

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
VINÍCIUS DE MATTOS FERNANDES**

**APLICABILIDADE DO WHISTLEBLOWING NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO PARA PREVENÇÃO E APURAÇÃO DE DELITOS
ECONÔMICOS**

**Juiz de Fora
2017**

VINÍCIUS DE MATTOS FERNANDES

**APLICABILIDADE DO WHISTLEBLOWING NO DIREITO PENAL BRASILEIRO
PARA PREVENÇÃO E APURAÇÃO DE DELITOS ECONÔMICOS**

Artigo elaborado como requisito parcial de conclusão do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob a orientação do Prof. Me. João Beccon de Almeida Neto.

**Juiz de Fora
2017**

**FOLHA DE APROVAÇÃO
VINÍCIUS DE MATTOS FERNANDES**

**APLICABILIDADE DO WHISTLEBLOWING NO DIREITO PENAL BRASILEIRO
PARA PREVENÇÃO E APURAÇÃO DE DELITOS ECONÔMICOS**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetido à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Me. João Beccon de Almeida Neto

**Profª. Ma. Kelvia de Oliveira Toledo
Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Profª. Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora**

PARECER DA BANCA

APROVADO
 REPROVADO

RESUMO

O artigo científico ora apresentado visa abordar o *whistleblowing* enquanto técnica de apuração dos delitos contra a Administração Pública e a ordem econômica, e, a partir da legislação estadunidense, sugerir modelo de aplicação no Direito Brasileiro. Para tanto, será tratado o instituto desde a sua conceituação, passando por sua evolução histórica, distinção do referido instituto para a colaboração premiada, mostrando, inclusive, a sua superioridade em relação a este. O ordenamento pátrio ainda é superficial ao tratar o tema, e as poucas propostas legislativas não dão o aprofundamento necessário às formas de aplicação do instituto. Portanto, o presente trabalho sugere elementos que demonstrem a importância da regulamentação do *whistleblowing* na redução dos casos de corrupção tanto no setor privado, em associação com as regras de *compliance*, como no setor público, sendo visto, atualmente, como a principal ferramenta na luta anticorrupção.

Palavras-chave: *Whistleblowing*. Apuração de delitos econômicos. Fraude. Ações *qui tam*. Anticorrupção.

ABSTRACT

The scientific paper presented here aims to approach whistleblowing as a technique for determining the crimes against the Public Administration and the economic order, and, from the US legislation, to suggest a model of application in Brazilian Law. In order to do so, the institute will be treated in its completeness, from its conceptualization, through its historical evolution, the distinction for the prizewinning delation, showing its superiority. The country order is still very incipient when it comes to dealing with the issue, and the few legislative proposals do not give the necessary deepening to the forms of application of the institute. Therefore, the present paper suggests elements that demonstrate the importance of whistleblowing regulation in the reduction of cases of corruption both in the private sector, associated with rules of compliance, and the public sector, currently seen as the main tool in the fight against corruption.

Keywords: Whistleblowing. Economic crimes investigation. Fraud. Qui tam actions. Anticorruption.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	4
2. WHISTLEBLOWING COMO TÉCNICA JURÍDICO-PENAL.....	6
2.1 Conceito e origens.....	6
2.2 Princípios correlatos	8
2.3 <i>Criminal compliance</i> x <i>Whistleblowing</i> x Colaboração premiada.....	9
3. WHISTLEBLOWING NO CENÁRIO INTERNACIONAL: ESTADOS UNIDOS.....	11
3.1 O advento do Whistleblower Protection Act	12
3.2 Influência do Caso Enron na evolução legislativa	13
3.3 Sarbanes-Oxley Act	14
3.4 Dodd-Frank Act	17
3.5 <i>False Claims Act</i> (FCA) e a propositura de ações <i>qui tam</i>	18
3.5.1 Caso Johnson & Johnson	19
4 ESTADO ATUAL DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	19
4.1 Tratados Internacionais contra a corrupção recepcionados no ordenamento brasileiro .	19
4.2 Propostas legislativas mais relevantes apresentadas ao Congresso Nacional.....	21
5 CRÍTICAS PERTINENTES E SUGESTÃO DE MODELO.....	25
6 CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem crescido a utilização de técnicas jurídico-penais para identificação e responsabilização dos autores de delitos contra a administração pública e ordem econômica, sendo que a principal delas, a colaboração premiada, acaba se tornando um verdadeiro negócio entre o juiz e o colaborador, sobretudo com o avanço das investigações na Operação Lava-Jato.

No entanto, para boa parte da doutrina, a colaboração premiada deve ter sua moralidade e constitucionalidade questionadas, face ser um presente àquele criminoso que trai seus comparsas e cujas informações fornecidas são, no mínimo, duvidosas.

Um estudo¹ da Association Certified Fraud Examiner – ACFE –, feito em 2010, revelou que, ao redor do mundo, as empresas chegar a perder US\$ 3 trilhões em razão de fraudes cometidas por sócios ou diretores. Em 2016, a Pesquisa Global sobre Crimes Econômicos² revelou que 12% das empresas brasileiras haviam sido vítimas de crime econômico nos últimos 24 meses, e 50% dos entrevistados acreditavam que os agentes públicos não estão preparados e treinados para investigar e punir crimes econômicos.

Nesta seara, surge o instituto do *whistleblowing* - em tradução literal, significa “assoprar o apito” -, que vem ganhando força nos sistemas estrangeiros. Tal instituto se diferencia da colaboração premiada porque nele o colaborador, a priori, não está envolvido no ilícito investigado, sendo um terceiro de boa-fé, interno ou externo, que denuncia atividade ilícita praticada por determinada empresa, e que, por seu ato, poderá ter uma série de incentivos a depender de seu grau de influência no resultado obtido, em que a que mais se destaca é a recompensa financeira sobre valores eventualmente recuperados.

¹ ACFE – **Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse**. Disponível em <http://www.acfe.com/rtn.aspx>. Acesso em 25/09/2017.

² WHITE, Trevor; ANDERSON, Mark; LAVION, Didier. **A oportunidade de agir: Tendências e fatores por trás dos crimes econômicos no Brasil e no mundo**. Disponível em <http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/2016/pwc-gecs-pt-16.pdf>. Acesso em 26/09/2017.

Para trazer completude ao tema, será analisado o funcionamento da referida técnica no ordenamento processual estadunidense, onde se obteve êxito em inúmeros casos, como os das multinacionais ENRON, Brown & Williamson e Johnson & Johnson.

Desde 2011, após o país ter ratificado tratados internacionais, foram elaboradas diversas propostas legislativas para regular o instituto e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, mas quase todas pecam por apresentar abordagens rasas e ineficientes, muito porque estudos aprofundados sobre o tema praticamente inexistem no Brasil. Tanto o é que sequer há consenso sobre qual termo seria o mais adequado na língua pátria para tradução de *whistleblowing* ou *whistleblower*, persistindo até hoje a utilização de estrangeirismos³.

Propõe-se o tema para que seja feita uma investigação sobre sua aplicabilidade no sistema jurídico nacional, compatibilizando-o com a CRFB/88, o Código de Processo Penal e legislação especial, tendo em vista ter se mostrado o instituto de sobremaneira efetivo nos países em que aplicado.

Antes de ver como o tema é abordado nas legislações, é salutar uma breve introdução sobre a relação entre corrupção e governos autoritários e deslegitimados para explicar um dos motivos do porquê ainda não ter se dado o devido destaque ao *whistleblowing*. Nosso país não segue um caminho diferente quando comparado a outros em desenvolvimento ou emergentes. Em países que tiveram fortes experiências com regimes autoritários, como Brasil, Itália e Rússia, os índices de corrupção tendem a ser mais altos e, conseqüentemente, os incentivos às denúncias sobre tais atos, menores. Essa relação ocorre em razão da forte presença de censura, de modo que muitos escândalos sequer chegam às mídias.

Para Filgueiras⁴, a corrupção está intrinsecamente relacionada à decadência de governos, representando o momento em que ele se degenera para formas injustas ou que tenham sua ética viciada, não sendo uma exclusividade dos

³ No presente trabalho serão utilizados os termos “informante”, “reportante” e “denunciante” como sinônimos de *whistleblower* para melhor fluidez na abordagem.

⁴ FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

regimes ditatoriais, mas também da democracia, quando o interesse privado se sobrepõe ao interesse público. Segundo Filgueiras *et al*⁵,

A proteção do Estado contra a corrupção demanda a repartição de papéis entre a administração pública e a sociedade, implicando um inevitável distanciamento formatado pela engenharia jurídica, de modo a tutelar, judicialmente, os interesses privados e o interesse público.

Nesse sentido, a simbiose entre administração pública e a sociedade civil é a melhor alternativa no combate à corrupção sistêmica.

2. WHISTLEBLOWING COMO TÉCNICA JURÍDICO-PENAL

2.1 Conceito e origens

A expressão *whistleblowing* vem do inglês e é composta por duas palavras: *whistle* = apito e *blow* = assoprar. É utilizada para fazer referência ao *whistleblower*, indivíduo que, ao tomar conhecimento da prática de algum ilícito, reporta à autoridade de governo competente para que possa o ato ser investigado e os infratores punidos. Em troca, o reportante recebe proteções legais, podendo, em alguns casos, receber parte de verba eventualmente recuperada. Nas palavras de Johnson⁶, *whistleblowing* possui quatro características essenciais, a saber: (a) é um ato que publiciza determinada informação, posteriormente (b) divulgada por algum órgão ou entidade, tornando-se parte dos registros públicos. Além disso, (c) essa informação deve revelar uma infração grave da empresa, não podendo ser algo corriqueiro ou facilmente contornável. Por último, (d) o informante necessariamente deve fazer ou ter feito parte, ainda que ocasionalmente, da organização que pretende denunciar.

⁵ FILGUEIRAS, Fernando et al. **Corrupção, cultura política e reformas no Brasil**. Revista do Centro de Ciências Humanas Volume 10 nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010.

⁶ JOHNSON, Roberta Ann. **Whistleblowing: when it works – and why**. Boulder City, Colorado: Lynne Rienner, 2002.

Já para Schultz e Harutyunyan⁷, *whistleblowing* é “o ato praticado por algum indivíduo de dentro de uma organização que divulga uma informação para denunciar a prática de corrupção”, que adotam, ainda, outras duas características:

(...) there are two other possible attributes regarding the whistleblower. One, that person is primarily motivated by the desire to expose wrongdoing. The emphasis on the primary motive is important for two reasons. First, it excludes whistleblowing as primarily a vengeful act or done simply for embarrassing another. Second, it excludes individuals who potentially blow the whistle simply or solely for economic gain. However, to exclude all financial gain from whistleblowing is not appropriate. One because some individuals do blow the whistle and expose wrongdoing in part because they will receive some compensation or reward for doing so. Such rewards either compensate for the ostracization and loss of job opportunities many whistleblowers confront after going public, and because such incentives, as are increasing being offered in laws in countries such as the United States, incentivize individuals to look out for illegal or unethical behavior or otherwise create the conditions under which whistleblowing becomes possible.

Two, the individual blowing the whistle does so as a last resort. The hope or goal is that organizations can police themselves. By that, under normal circumstances organizations have internal checks to detect and correct illegal and inappropriate behavior and that there are mechanisms for individuals within organizations to report wrongdoings. Whistleblowing is meant as an alternative – it is another channel to use to report wrongdoings when internal chains of command or structures preclude or make difficult the ability to otherwise report or correct inappropriate behavior.

Sua utilização se justifica na insuficiência estrutural do Estado em fiscalizar e prevenir integralmente o cometimento de delitos em todo o território, sobretudo se consideradas as complexas relações sociais e econômicas do mundo contemporâneo. Surge, então, a necessidade de se recorrer aos cidadãos, que, pelo dever de proteção ao patrimônio público, insculpido no art. 5º, LXIII, CF, não só podem como devem tomar para si uma parte desse múnus, auxiliando na prevenção e persecução da criminalidade econômica.

Os primeiros registros do instituto datam do século VII, na Inglaterra⁸. Apesar disso, foi apenas entre os anos de 1861 e 1865, durante a Guerra Civil

⁷ SCHULTZ, David; HARUTYUNYAN, Khachik. Combating corruption: The development of whistleblowing laws in the United States, Europe and Armenia. **International Comparative Jurisprudence**. Amsterdã. Elsevier.. Volume 01. p. 87-97. Dez. 2015. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000141> >. Acesso em: 23 Out 2017.

⁸ Em 656, o rei Witred de Kent declara: “se um homem livre trabalha durante o sábado, ele deve perder os lucros, e o homem que denunciá-lo deve ficar com metade da multa imposta e dos lucros

Norte-Americana, que o instituto ganhou mais corpo. Este período ficou marcado por diversas fraudes cometidas tanto pelos estados da União quanto pelos Confederados. Em 1863, visando combater tais condutas, Abraaham Lincoln promulga a False Claims Act (FCA), permitindo que cidadãos não-vinculados ao governo defendam os interesses do Estado contra empreiteiros que cometessem fraude contra o governo. Em razão disso, normas desse gênero também são chamadas de *qui tam*⁹. Ainda vigente nos dias atuais, estima-se os EUA tenham recuperado aproximadamente 4.7 bilhões de dólares em casos sob o manto da FCA, segundo o Departamento de Justiça¹⁰.

2.2 Princípios correlatos

O primeiro e mais importante é o princípio da proteção do denunciante (*protection of the whistleblower*): O Estado deve conceder proteção especial aos reportantes, instituindo canais acessíveis e confiáveis para oferecimento de denúncias e outros mecanismos aptos a evitar retaliações e tratamentos discriminatórios, garantindo a integridade e sigilo do denunciante. Sem este, a legislação está fadada ao fracasso, pois as partes nessa relação estão separadas por uma diferença abissal no poder, devendo ser instituídas penalidades para quem promover, praticar ou permitir (quando houver o dever legal de evitar) retaliações contra o denunciante. Deste princípio decorrem o princípio da imunidade (*waiver of liability*), que abrange os âmbitos civil, penal e administrativo para o reportante de boa-fé; princípio da proteção da identidade (*protection of identity*), a qual somente será revelada com consentimento do denunciante ou quando o interesse público se sobrepuser ao individual.

Princípio da inversão do ônus da prova (*reversed burden of proof*): embora seja muito utilizado nos sistemas processuais de origem anglo-saxã, deve

do trabalho ilegal". BECK, J. Randy. The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation. North Carolina Law Review. Vol 539; Março 2000. Disponível em

⁹ *qui tam* refere-se à frase em latim "*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*", que traduzida significa "aquele que processa em favor do rei, mas também por si próprio".

¹⁰ Department Of Justice. **Justice Department Recovers Over \$4.7 billion from False Claim Act Cases in Fiscal Year 2016**. Disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-47-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2016>. Acesso em: 03 Out. 2017.

ser feita ressalva quando se tratar de matéria penal. Mais à frente será feita uma abordagem mais apropriada.

Princípio da publicação de informações (*disclosure of information*): Deve-se promover a divulgação de mecanismos que incentivem denúncias de modo a constranger novas práticas criminosas.

Não seria salutar, entretanto, simplesmente esquecer o denunciado, presumindo-se sua culpa. Algumas medidas protetivas também devem alcançá-lo, pois as graves acusações por ele suportadas, se infundadas, podem trazer profundos prejuízos à imagem tanto do controlador como da empresa investigada, afetando sua existência.

2.3 Criminal compliance x Whistleblowing x Colaboração premiada

Não há exatamente um conflito entre os dois primeiros institutos, mas uma simples diferenciação em seus sentidos e natureza. *Compliance* é o conjunto de normas e regulamentos a serem seguidos pelas empresas de modo a mantê-las em conformidade às exigências de transparência de órgãos reguladores, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), evitando desvios e irregularidades.

O compliance enquanto instituto somente entrou em foco no Direito brasileiro no final dos anos 1990, com a Resolução 2.554/98, do Conselho Monetário Nacional. Por sua vez, o *criminal compliance* consiste na avaliação das condutas praticadas por determinada empresa, a fim de evitar a infração das normas penais.

Como é possível perceber, os institutos acabam tendo semelhanças, pois ambos são mecanismos preventivos. A diferença reside no momento de aplicação, pois sendo o compliance um conjunto de regras a serem seguidas, incidirá somente no momento prévio ao cometimento do delito, ao passo que o *whistleblowing*, além de poder ser utilizado em qualquer momento do processo, é o instrumento pelo qual são denunciadas as infrações às regras de compliance, sejam elas penais ou não.

Com relação ao conflito entre *whistleblowing* e colaboração premiada, uma única diferença mostra o quanto são diversos os institutos e suas finalidades: a posição do agente em relação ao fato. Na colaboração premiada, prevista no art. 3º, I, Lei 12.850/2013, o colaborador obrigatoriamente está envolvido no ilícito

investigado, e somente o faz porque visa algum benefício no momento da dosimetria de pena. No art. 4º do referido diploma legal está previsto:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Esse instituto divide opiniões quanto à sua moralidade, pois, para alguns juristas, estar-se ia diante de um verdadeiro negócio entre colaborador e juízo da persecução criminal, em que se barganha a traição a comparsas através da coerção estatal institucionalizada. Sobre essa dualidade, Cesare Beccaria¹¹, principal expoente da corrente que levou à humanização das penas, assevera em sua obra *Dos delitos e das penas*:

Alguns tribunais oferecem a impunidade àquele cúmplice de delito grave que denuncie seus companheiros. Tal expediente tem seus inconvenientes e suas vantagens. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque não menos fatais a uma nação os delitos de coragem que os de vileza: porque a coragem não é frequente, já que só espera uma força benéfica e diretriz que faça concorrer ao bem público, enquanto a vileza é mais comum e contagiosa, e sempre mais se concentra em si mesma. Ademais o tribunal revela a sua própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a ofende(...).

O instituto, nos moldes como atualmente utilizado, tem sua credibilidade colocada em xeque, pois se recorre a ele de maneira demasiada, dando-se crédito demasiado às informações obtidas do colaborador, a prejuízo da devida investigação pelo Estado.

Um dos argumentos contrários possíveis de se elencar à colaboração premiada é a violação ao princípio da isonomia, pois se dá tratamento desigual a praticantes do mesmo delito. Além disso, não serviria a colaboração premiada para

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas. Dos atentados, cúmplices, perdão*. São Paulo. Hunter Books. Fevereiro de 2012. p. 112.

prevenção da criminalidade, pois, além de tornar inócuas as finalidades repressiva e retributiva da pena, o infrator, desde as fases preparatórias do crime, pensando na hipótese de ser descoberto, criaria artifícios para dificultar a persecução penal e possibilitar a redução da pena imposta, valendo-se dos meios legais para tanto.

Apesar de tais críticas, não se pretende, aqui, inutilizar por completo a colaboração premiada, até porque, em inúmeros casos, na ausência de capacidade investigativa estatal, ela é o único meio de prova possível para elucidação do delito. Entretanto, inclusive se comparado à *plea bargaining* norte-americana, utilizada como modelo para implementação da colaboração premiada no Brasil, é possível elencar inúmeras diferenças tanto entre os instrumentos como entre os sistemas processuais envolvidos. Na busca pela efetividade no processo penal, acaba-se adotando instrumentos que permitam a justiça negociada a prejuízo de garantias fundamentais.

O art. 4º, Lei 12.850/2012 estabelece que eventual sentença condenatória proferida não pode se fundamentar somente nas declarações do colaborador, devendo ser obtidos outros meios de prova, ainda que decorrentes da colaboração, de modo que as informações do colaborador servirão como reforço no conjunto probatório, suprimindo a ineficiência estatal.

Por outro lado, o *whistleblower* necessariamente não está envolvido no delito em comento, sendo um terceiro de boa-fé que denuncia o ilícito às autoridades, portanto, não objetiva receber benefícios em eventual aplicação de pena. Aqui, o interesse do informante coincide com o interesse público, não havendo óbices éticos capazes de deslegitimá-lo, em regra.

Atualmente, a única previsão legal está na Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção -, no art. 7º, VIII. Tal dispositivo, na verdade, prevê que as regras de compliance serão levadas em consideração no momento de sua aplicação. Dentre essas regras, está o incentivo dado pelas pessoas jurídicas à denúncia de irregularidades.

3. WHISTLEBLOWING NO CENÁRIO INTERNACIONAL: ESTADOS UNIDOS

O processo penal nos países de origem anglo-saxã (*common law*), em muito se diferencia do brasileiro, oriundo da tradição romano-germânica (*civil law*). Sobre o tema, a maior das diferenças talvez seja a interpretação sobre responsabilização criminal de pessoas jurídicas¹², pois nos ordenamentos anglo-saxônicos vige a teoria da identificação (*identification theory*), pela qual se entende que os atos empreendidos por uma pessoa física, se cometidos por representante da pessoa jurídica no exercício ou em condições correlatas, para esta se transferem.

Atualmente, a grande referência em legislação *whistleblowing* tema são os Estados Unidos, devido ao seu pioneirismo. A seguir serão abordadas quatro leis federais em vigor que mais se destacam: *Whistleblower Protection Act* (WPA), *Sarbanes-Oxley Act* (SOA), *Dodd-Frank Act* (DFA) e o *False Claims Act* (FCA).

3.1 O advento do Whistleblower Protection Act

Apesar de a *False Claims Act* ter sido a primeira norma regulamentadora a prever as ações *qui tam*, foi somente em 1989, com a *Whistleblower Protection Act*, que passou-se a oferecer proteção aos indivíduos, exclusivamente servidores públicos federais, que denunciasses atos lesivos às agências ou órgãos do governo. Para isso, a lei traz logo na Seção 2 (a) seu âmbito de atuação:

(a)(1) Os servidores federais que denunciarem qualquer dos atos previstos no Título 5 da Seção 2302(b)(8)¹³ da Constituição Federal, servem ao

¹² A despeito de não haver responsabilização penal das pessoas jurídicas no Brasil, o STF, no julgamento do RE 548181/PR, de relatoria da Min. Rosa Weber, entendeu que a decisão vergastada proferida pelo STJ violava comando expresso da Constituição Federal, previsto no artigo 225, 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam tanto pessoas físicas quanto jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do RE, a Constituição não faz nenhum condicionamento às sanções, como fez o STJ ao exigir o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física.

¹³ US CODE Title 5. Sec. 2302 (b) (8) take or fail to take, or threaten to take or fail to take, a personnel action with respect to any employee or applicant for employment because of- (A) any disclosure of information by an employee or applicant which the employee or applicant reasonably believes evidences- (i) any violation of any law, rule, or regulation, or (ii) gross mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety, if such disclosure is not specifically prohibited by law and if such information is not specifically required by Executive order to be kept secret in the interest of national defense or the conduct of foreign affairs; or (B) any disclosure to the Special Counsel, or to the Inspector General of an agency or another employee designated by the head of the agency to receive such disclosures, of information which the

interesse público ao auxiliar na eliminação de fraudes, desperdícios, abusos e gastos governamentais desnecessários. (tradução livre do autor)

O propósito da norma é fortalecer a proteção dos direitos de servidores federais, de modo a prevenir retaliações e ajudar na eliminação dos atos lesivos ao Estado, sejam eles criminosos ou não, após a denúncia ter sido feita. Nas palavras de Thomas Devine¹⁴, um dos principais problemas resolvidos com a edição da lei foi a chamada síndrome do queijo suíço (*swiss cheese syndrome*), ocasionada pela ínfima proteção ao informante após a revelação de sua identidade, que inevitavelmente sofria inúmeras retaliações de diversos agentes.

Nesse caso, se o indivíduo for prejudicado ou estiver na iminência de sê-lo, terá duas opções: reportar-se diretamente ao Conselho Especial (*Office of Special Counsel*), órgão estatal que possui jurisdição para investigar as retaliações ou ajuizar a ação por conta própria. Comprovadas as alegações, a vítima fará jus a compensação financeira e outros benefícios inerentes ao cargo exercido, em caso de demissão, conforme previsão da Seção 6 (B), sujeitando o infrator a penalidades administrativas, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

3.2 Influência do Caso Enron na evolução legislativa

Trata-se do caso paradigma, interpretado pelo congresso norte-americano como o estopim para a explosão das legislações *whistleblowers*. Fundada em 1985, após a fusão das empresas Houston Natural Gas e Internorth, a Enron era, até o início dos anos 2000, uma das maiores companhias de gás natural do mundo, chegando a faturar mais de 101 bilhões de dólares em 2000, sendo a 7ª nesse quesito nos EUA¹⁵.

employee or applicant reasonably believes evidences- (i) any violation (other than a violation of this section) of any law, rule, or regulation, or (ii) gross mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.

¹⁴ DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act of 1989: Foundation for the modern law of employment dissent. **Administrative Law Review**. Washington, p. 531-579: American Bar Association, Vol. 51, nº2, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40709995?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 Nov. 2017.

¹⁵ *ENRON: the smartest guys in the room*. Direção: Alex Gibney. Produtoras HDNet Films, Jigsaw Productions. 100 min. 2005.

Por meio de falhas contábeis e elaboração de relatórios financeiros incautos, os executivos Kenneth Lay, Richard Causey e Jeffrey Skilling, entre outros, camuflaram bilhões de dólares em dívidas negociais, fraudando os registros financeiros. Entre as acusações suportadas pelos réus estavam: lavagem de capitais, fraude, abuso de informação privilegiada e conspiração.

Tais fraudes somente vieram à tona quando Sherron Watkins, vice-presidente de desenvolvimento corporativo, enviou um memorando a Kenneth Lay – à época CEO - sobre as suspeitas que tinha sobre irregularidades praticadas dentro da empresa, após ter contato com os relatórios internos relativos ao terceiro trimestre de 2001. Como o escritório de auditoria e serviços jurídicos Arthur Andersen também estava envolvido no esquema bilionário, as informações ali constantes foram ocultadas a mando de Lay.

A atuação de Watkins foi colocada em xeque pelos próprios colegas de trabalho, que a questionavam e acusavam de querer sabotar a empresa ¹⁶, tentando convencê-la de que suas conclusões estavam equivocadas. Watkins ainda relata o quanto foi importante o suporte jurídico recebido à época. Como as leis vigentes somente protegiam o empregado caso lhe fosse determinada a execução de alguma prática ilícita, ela não poderia ser protegida pelo Estado¹⁷.

Pouco menos de dois meses após o anúncio de perdas superiores a 638 milhões de dólares no terceiro trimestre de 2001, a Enron pediu proteção da Lei de Falência, quando suas ações despencarem de 75 dólares para 72 centavos de dólar¹⁸.

3.3 Sarbanes-Oxley Act

¹⁶ WATKINS, Sherron. The Emperor's new clothes: My Enron story. In: CALLAND, Richard; DEHN, Guy. **Whistleblowing around the world: Law, Culture and Practice**. Londres: ODAC Editora, 2004.

¹⁷ "I contacted a lawyer and although he represented companies, and not employees, he did tell me that whistleblower protections were only available if the employee was asked to do something illegal. That was not my case, so I prepared myself for being fired. Nevertheless, I thought that my dismissal would be a private matter. I was unprepared for the media circus that happened months later on January 2002 when the congressional committee investigating Enron collapse found my memos in a box of documents and made them public". Idem.

¹⁸ CHERRY, Miriam A. – **Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=614582>. Acesso em 20 Out. 2017.

Em resposta a este e outros inúmeros casos de fraude ocorridos no início dos anos 2000, como das multinacionais WorldCom e Xerox, em julho de 2002, por iniciativa do senador Paul Sarbanes e do deputado Michael Oxley, o congresso promulga a Sarbanes-Oxley Act (SOA). Assim, visa atribuir responsabilidades aos executivos das grandes empresas e, com isso, restaurar a credibilidade dos mercados de capitais, combalidos após os escândalos, mediante criação de mecanismos de auditoria interna nas empresas, coibindo as práticas ilícitas.

A SOA¹⁹ abarca todas as empresas de capital aberto em atuação no território norte-americano, registradas na Securities and Exchange Commission (SEC), agência estatal equivalente à nossa CVM. O diploma contém inúmeras seções interessantes de serem abordadas, entretanto, para manter o foco no tema principal, será feito um breve apontamento sobre as mais destacáveis e que abrangem as principais normas de compliance e *whistleblowing* a serem adotadas pelas empresas.

- Seção 302: Responsabilização das corporações por seus relatórios financeiros: determina que a alta cúpula das empresas (CEO's e CFO's) aprove, anualmente, os relatórios financeiros a serem apresentados à SEC.

- Seção 404: Certificação dos mecanismos de controle interno pela administração: Nos relatórios anuais, os executivos devem demonstrar que toda a estrutura e demais procedimentos de controle interno estão adequados e são eficazes. Para atender a tais requisitos, as empresas devem monitorar o acesso ao sistema de relatórios financeiros e de dados que alimentam seus sistemas, monitorar os softwares instalados, detectando eventuais vírus ou *malwares* que coloquem em risco sua segurança estrutural, dar o treinamento necessário aos funcionários para que sejam reduzidas as chances de exposição a informações sigilosas, dentre outras medidas.

No âmbito das penalidades, a Seção 802 as prevê da seguinte maneira: nos casos de alteração, destruição, ocultação ou falsificação de registros em investigações federais e em casos de falência, ao infrator poderá ser aplicada pena de até 20 anos de prisão e/ou multa. Já a destruição de registros auditoriais pelo

¹⁹ Department of Justice. Public Law 107-204. U.S. Congress. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 28 Out. 2017.

contador enseja pena de multa e/ou prisão de até 10 anos. A Seção 906 prevê pena de até 20 anos de prisão e/ou multa de até US\$ 5 milhões para o executivo que certificar um relatório financeiro fraudulento.

Com relação especificamente ao *whistleblower* interno, a SOA é, até hoje, a principal fonte de proteção legal para esse tipo de informante. Diferentemente de outras leis regentes do tema, ela não se limita a dar proteção aos empregados demitidos injustamente. Além disso, contém outras quatro provisões deveras relevantes para proteção dos empregados, a saber:

1) Seção. 301. Exigência da criação de comitês de auditoria²⁰ interna independente pelas empresas de capital aberto. Como parte disso, tais empresas devem estabelecer procedimentos que auxiliem os funcionários a apresentarem as denúncias e que protejam a sua confidencialidade.

2) Seção 307. Ficam estabelecidos novos padrões éticos para advogados que atuem frente à SEC. Sob certas circunstâncias e respeitando as regulamentações da SEC, advogados devem denunciar seu empregador/cliente caso seja constatada alguma irregularidade. Aqui cabe uma breve, mas importante ressalva: Como fica o dever de sigilo na relação advogado-cliente? Essa provisão, além de perigosa para as relações profissionais, é antiética, pois o livre exercício da advocacia acaba sendo tolhido, considerando que uma de suas premissas é que as informações obtidas pelo advogado em razão de sua profissão deveria ser mantido em sigilo entre as partes. O advogado, de defensor do acusado, passou a poder ser o colaborador do seu cliente.

3) Seção 1107. Criminaliza as retaliações contra informantes que fornecerem informações verdadeiras às autoridades sobre o possível ou efetivo cometimento de crime federal. Essa disposição não se restringe às empresas de capital aberto, mas a todos os empregadores do país. Wells²¹ esclarece que tal proteção somente tem início quando recebida pelo órgão/agente estatal incumbido

²⁰ Section 2. (3) AUDIT COMMITTEE.—The term “audit committee” means— (A) a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer and audits of the financial statements of the issuer; and (B) if no such committee exists with respect to an issuer, the entire board of directors of the issuer.

²¹ WELLS, Joseph. **Manual da Fraude na Empresa**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 410-496.

de receber denúncias do gênero. Violações a essa seção são punidas com multas pesadas e penas de prisão de até 10 anos.

4) Seção 3 (b). Dispõe que a violação de qualquer dos dispositivos previstos na lei será tratado como violação à *Securities Exchange Act*. Dessa forma, concede jurisdição à SEC para efetivar qualquer previsão da SOA, incluídas as de proteção ao denunciante.

3.4 Dodd-Frank Act ²²

Alçada à categoria de Lei Federal em 21 de julho de 2010, regula as relações consumeristas, dando a elas maior transparência. Surge após a grande crise econômica de 2008, ocasionada pelo desregulado mercado de financiamento de imóveis estadunidense, causando a bolha imobiliária. Suas provisões buscam diminuir a dependência que as instituições financeiras “grandes demais para falir” ²³ tem em relação aos recursos federais emergenciais.

Dentre suas provisões e finalidades, uma medida está entre as mais famosas e, em termos, polêmica: o sistema de recompensa para colaboradores.

A Seção 922 da DFA, entre outras disposições, prevê recompensa ao denunciante externo, entre 10% a 30% do valor da multa aplicada ao(s) infrator(es), quando superiores a US\$ 1 milhão. As condições para recebimento de tais valores estão dispostas na subseção 21F, são elas: 1) a denúncia deve ser voluntária, antecipando-se a qualquer pedido ou inquérito das entidades reguladoras; 2) a informação prestada deve ser original, fruto de conhecimento e investigação própria do denunciante, sem qualquer ciência dela pela SEC ou que já tenha sido publicada em processos, auditorias ou outros meios de comunicação social.

Segundo Ayres²⁴, a exigência do valor mínimo de multa em 1 milhão de dólares feita pela Seção 922 pode se tornar um grande problema. Em alguns casos,

²² *Dodd-Frank Wall Street Reform And Consumer Protection Act*

²³ *too big to fail*: Essa expressão refere-se à atitude que os governos têm para com grandes instituições em iminência de falir. Caso elas falissem, os prejuízos na economia do país seriam abissais, o que praticamente obriga o governo a dar suporte financeiro.

²⁴ AYRES, Carlos Henrique da Silva - **Breves comentários sobre Dodd-Frank e o programa de recompensa para delatores de fraudes**. 2011. Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143556,51045-Breves+comentarios+sobre+Dodd-Frank+e+o+programa+de+recompensa+para+delatores+de+fraudes>. Acesso em 23 Out. 2017.

o informante, quando sabedor da infração quando ainda embrionária, espera o rombo financeiro aumentar para reportá-la às autoridades, com vistas à recompensa. Tal questão acaba sendo uma falha no sistema de recompensas da DFA, pois dificulta também que as empresas apliquem suas regras de compliance sem serem autuadas pelos órgãos reguladores.

3.5 *False Claims Act (FCA)*²⁵ e a propositura de ações *qui tam*

Também chamada de Lincoln Law, responsabiliza empresas que praticarem fraude contra programas governamentais ou contratos firmados com o Estado, permitindo que particulares ingressem com ações em seu nome, as chamadas *qui tam*.

Há algumas circunstâncias em que a lei veda o ingresso da ação pelo particular:

1) § 3730 (d) (3). Se o proponente for condenado pela prática de algum crime decorrente de sua denúncia: A vedação vem justamente para evitar que a atividade criminosa resulte em gratificação financeira ao infrator, que somente poderá ter benefício por meio da *plea bargaining*, instituto semelhante à colaboração premiada tupiniquim, mas com sensíveis diferenças.

2) § 3730 (b) (5). Se já há outra ação do gênero envolvendo as mesmas partes e fato investigado.

3) § 3730 (e) (3). Se já há procedimento cível ou administrativo sobre a mesma infração

4) § 3730 (e) (4) (A). Se a informação que dá azo à ação já foi disponibilizada ao público por outros meios.

Se nenhuma das condições estiver presente, o proponente deve seguir algumas etapas para entrar com a ação *qui tam*. Apesar de não ser uma condição de admissibilidade, a reunião de provas documentais - não necessariamente escritas

²⁵ U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 37, Subchapter III, § 3729-3733

- é essencial para o recebimento da denúncia pelo Estado e seu prosseguimento. Nesta devem constar: o papel do empregador – usualmente - na fraude cometida, data, local da ocorrência e descrição dos fatos. Reunidas as provas, para que o caso seja submetido ao Advogado-Geral, é essencial que o informante esteja representado por advogado. Recebida a denúncia, ter-se-á o prazo de 60 dias para concluir as investigações, ficando a ação suspensa. Findo o prazo, o Estado deve notificar a Corte caso entre com a ação. Em caso negativo, o particular poderá prosseguir por conta própria.

3.5.1 Caso Johnson & Johnson

Em 2010, o Governo estadunidense realizou um dos maiores acordos provenientes de ações *qui tam* da história. Em foco, a gigante multinacional Johnson & Johnson, acusada de fomentar o uso de medicamentos não aprovados pela agência FDA (*Food And Drug Administration*), pagar propina a médicos e a fornecedores de medicamentos para terapias de longa duração.

Entre penalidades cíveis e criminais, a empresa fez acordo de pagamento de mais de 2.2 bilhões de dólares com o governo federal norte-americano, dos quais 167 milhões são referentes a premiações a *whistleblowers*²⁶. Ao total foram oito os denunciantes a participar do processo diretamente e a fornecer evidências dos ilícitos praticados.

4 ESTADO ATUAL DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

4.1 Tratados Internacionais contra a corrupção recepcionados no ordenamento brasileiro

²⁶ Department of Justice. **Johnson & Johnson to Pay More Than \$2.2 Billion to Resolve Criminal and Civil Investigations.** Office of Public Affairs. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/johnson-johnson-pay-more-22-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations>>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

O aumento das relações comerciais entre estados latino-americanos, sobretudo com a criação do Mercosul em 1991, propiciou o surgimento de situações favoráveis à transnacionalização da corrupção. Diante disso, a Convenção Interamericana contra Corrupção, adotada em 1996 pelos países da OEA e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 4.410/2002, previu (art. III, 8) alguns instrumentos a serem adotados pelos países signatários, obrigando-os a criarem

sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

O referido tratado também prevê a criação de “mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção” (art. III, 11). Uma interpretação sobre os tais mecanismos referidos permite que se insira no ordenamento brasileiro a figura do *whistleblower* e as medidas de incentivo pecuniário, posto que não há qualquer vedação moral a esta.

Outro importante instrumento no combate à corrupção é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), também conhecida por Convenção de Mérida, recepcionada no Brasil com o Decreto-Legislativo 348 de 2005. Assim como a Sarbanes-Oxley Act, é resposta aos diversos escândalos ocorridos no mercado norte-americano no início da década.

Em seu art. 13, propõe adoção de medidas apropriadas pelos países signatários, de modo a

[...] fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;

Não obstante o tratado tenha força de lei ordinária, contenha normas programáticas que determinem a adoção de medidas aptas a coibir a corrupção e

não necessite de regulamentação, sua efetividade se restringe ao mundo das ideias. O “acesso eficaz do público à informação” a que se refere o dispositivo acima, como forma de fomentar a participação da sociedade civil, é um dos pontos não atendidos pelo ordenamento interno brasileiro. Isso fica ainda mais evidente quando se analisa tal dispositivo em conjunto ao art. 33 do referido tratado, que assim prevê no tocante à proteção aos denunciantes:

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

No entanto, como se verá a seguir, as propostas legislativas posteriores aos tratados assinados não dão o aprofundamento necessário no que se refere à proteção dos denunciantes ou da organização para recebimento das denúncias. A ausência de inclusão de órgãos importantes, como o COAF²⁷, Ministérios Públicos Federal e Estadual e TCU, reduzem em muito sua efetividade a curto e longo prazos.

4.2 Propostas legislativas mais relevantes apresentadas ao Congresso Nacional

São poucos os projetos de lei que pretenderam alterar o ordenamento pátrio de modo a incluir - ainda que tangencialmente - o instituto em questão. Todas as propostas são posteriores a 2011 e, até o momento, nenhuma foi concluída positivamente.

- PLS 664/2011, de autoria do Senador Walter Pinheiro (PT/BA). Atualmente, se encontra pronto para a pauta da Comissão de Constituição e Justiça. Sua pretensão é alterar o art. 5º, § 3º, CPP, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

²⁷ Conselho de Controle de Atividades Financeiras – órgão administrativo subordinado ao Ministério da Fazenda e instituído pela Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem/ocultação de capitais e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela referidos. É o órgão responsável por receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas que envolvam o crime de lavagem de dinheiro - art. 14.

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

Na justificação do projeto de lei afirma-se que o principal motivo para que as pessoas não denunciem as práticas irregulares é o medo de desagradar os criminosos, geralmente parte de organizações. Em nosso ordenamento, a omissão pura e simples diante de um delito não é criminalizada. Há somente três hipóteses em que o Código Penal, em seu art. 17, criminaliza a omissão: quando o indivíduo possui a obrigação legal (ex. mãe-filho, agente penitenciário-detento, médico-paciente), quando assume a responsabilidade de impedir o resultado do delito e quando seu comportamento anterior cria o risco da ocorrência do resultado. Nos delitos econômicos, além de não haver tal obrigação, há grande desproporção entre os capitais econômico e social do agente criminoso e do possível informante.

Ainda que a retribuição pecuniária ao informante seja uma das boas formas de incentivo, outros elementos são ainda mais relevantes. A proteção do indivíduo deve ser a primeira das preocupações, pois a promessa de vantagem econômica torna-se inócua se não houver segurança, pois ele assumirá uma posição de vulnerabilidade após a publicização das informações.

Ademais, outro ponto não tocado pela proposta é a viabilidade dos órgãos já existentes em receber e apurar as denúncias. Quem seria responsável por tal encargo? Seria necessário criar um órgão específico para isso? À medida que há incentivos para denúncias, também deve haver infra-estrutura institucional para recebê-las, o que não se verifica atualmente.

Tais deficiências fazem desse projeto um tanto genérico e deveras limitado, não atendendo a todas as necessidades que o instituto carece.

- PL 1.701/11, de autoria do deputado Manato (PDT/ES), institui o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção e prevê recompensa pecuniária ao informante bem sucedido. Atualmente, se encontra paralisado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP).

O autor justifica a previsibilidade de gratificação afirmando que

Não obstante ser dever do cidadão denunciar atos irregulares de que tenha conhecimento, o incentivo à denúncia por meio de recompensa pecuniária auxiliará a Polícia e o Poder Judiciário na coleta de provas, agilizando os procedimentos investigatórios e judiciais, e propiciando um aumento na resolução de crimes da espécie de que trata a presente lei. Ademais, desestimulará a prática desses crimes uma vez que cada membro da sociedade fiscalizará com maior interesse qualquer ato que possa vir a prejudicar a coletividade.

Em comparação ao PL 664/2011, esse se revela mais abrangente. O art. 5º prevê a criação de um Fundo de Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais relativos a crimes cometidos contra a Administração, que providenciará a devolução dos valores aos entes lesados e deduzirá do montante a porcentagem devida ao informante, que somente fará jus a eventuais valores se cumprir os requisitos do art. 3º:

Art. 3º, I – a descrição dos fatos de forma clara e detalhada, contendo informações relevantes e elementos úteis à apuração dos fatos narrados; II – provas e documentos comprobatórios da prática do ilícito, se possível; III – indicação do autor do ilícito ou descrição que possa levar à sua precisa identificação.

Outra diferença apresentada é que os atos passíveis de denúncia não se restringem aos criminosos, mas também alcança os ilícitos administrativos, fiscais e outras irregularidades, o que traz um efeito positivo na abrangência da fiscalização pela sociedade civil.

Como forma de proteção ao informante, no art. 7º há previsão de que, se necessário, este poderá ser admitido no Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas. Entretanto, a proteção ao informante não se resume ao seu ingresso no citado programa. Há vinculação entre este e o investigado, seja por fazer ou ter feito parte do quadro de empregados efetivos, seja por ser um prestador de serviços eventuais. A proibição de retaliações deve abranger de sobremaneira a esfera trabalhista.

- O PLS 362/2015, de autoria do senador Aloysio Nunes (PSDB), inegavelmente foi o mais abrangente e com melhor fundamentação, até quando foi retirado pelo autor em abril de 2016. Inegavelmente mais abrangente, previa

medidas de proteção e incentivo a trabalhadores que denunciasses práticas de crime, improbidade, violação de direitos trabalhistas ou outros ilícitos na relação de trabalho. Conceitualmente, o mais adequado é a definição de Johnson sobre *whistleblowing*, pois prevê que o informante, além do dever de estar munido de boa-fé para denunciar, precisa apresentar indícios razoáveis da prática da infração penal ou outro ilícito. Em comparação à legislação americana, conversa tanto com a *Whistleblower Protection Act* quanto com a *Sarbanes-Oxley Act*, pois contém dispositivos de proteção e incentivo ao servidor público e ao empregado de empresa privada²⁸. Assim como o projeto anterior, previa concessão de incentivos financeiros e honorários aos que obtivessem sucesso, como o pagamento de 15% a 50% do valor da multa aplicada ao infrator, promoções na carreira (no caso de servidor público) e concessão de medalha de honra – art. 4º.

Também considerando o previsível aumento de denúncias, estabelece que, caso constatada a má-fé, o informante estará sujeito à responsabilização penal, civil e administrativa, sem fazer, entretanto, maiores pormenorizações de quais as sanções aplicáveis. Não se exige que haja efetivamente um ilícito sendo praticado, mas apenas que a denúncia se baseie em indícios razoáveis para tanto.

Sobre as medidas protetivas, em seu art. 2º, § 1º, previa a preservação da identidade do informante, que somente seria revelada com sua autorização ou se estritamente necessária e a inversão do ônus da prova do alegado pelo reportante – art. 2º, § 4º. Aqui cabe uma grande ressalva.

Sob a luz da Constituição Federal, a distribuição do ônus da prova no processo penal, via de regra, não recai sobre a Defesa, pois configuraria ofensa ao princípio da presunção de inocência. A prova da existência de crime deve sempre recair sobre a acusação, ressalvadas as presunções legais, como aduz Eugênio Pacelli²⁹:

²⁸ Art. 1º Esta Lei tem como objetivo estabelecer medidas de proteção e incentivos a trabalhadores que, de boa-fé, denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ato ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho. § 1º A presente Lei abrange qualquer tipo de relação de trabalho ou emprego, tanto no serviço público quanto na iniciativa privada, e qualquer tipo de trabalhador, incluindo servidores públicos federais, estaduais, distritais ou municipais, empregados públicos, agentes privados que prestam serviço para a Administração Pública e trabalhadores da iniciativa privada.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. **A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz**, 21ª edição, São Paulo: Editora Atlas S. A., 2017.

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

No mesmo sentido, Badaró³⁰ infere que

Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova. O ônus da prova não supõe que exista, necessariamente, uma repartição de tal ônus. Mesmo que não haja repartição do ônus da prova é necessário que haja regra de julgamento, determinando que em qualquer caso, a dúvida sobre fato relevante será decidida sempre contra o autor, ou sempre contra o réu. No caso do processo penal o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento unidirecional. O ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva.

Percebe-se, portanto, que o referido projeto peca em não ter ressaltado a hipótese de estar-se diante de um ilícito penal, pois da maneira como originalmente redigida possibilita a presunção de culpabilidade, ofendendo garantias constitucionais. Tratando-se de um ilícito civil, não-penal, deve-se admitir a inversão do ônus *probandi* somente nos casos em que houver a chamada “prova diabólica”, consistente na extrema dificuldade ou impossibilidade de ser produzida pela parte que alega o fato negativo indeterminado. Dessa forma inverter-se-ia o encargo, no que pese ter o Código de Processo Civil ter adotado a teoria estática de distribuição do ônus da prova. Ressalta-se: para prosseguimento da ação ou até mesmo para recebimento da denúncia, é mister que haja um mínimo razoável de indícios que sustentem as alegações.

5 CRÍTICAS PERTINENTES E SUGESTÃO DE MODELO

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo. R. dos Tribunais, 2003. p. 283-286.

As críticas feitas costumam focar em dois aspectos: o possível elevado número de pessoas que passarão a denunciar quaisquer atos com intenção de obter vantagem financeira e a efetividade dos mecanismos de proteção ao denunciante, entretanto, será dada maior atenção ao segundo. Isso porque existem diversas medidas que podem ser tomadas visando coibir denúncias infundadas ou de má-fé, tais como a imposição de multa ou outras restrições, exigência de indícios documentados sobre o ilícito para acolhimento da denúncia e a vedação às denúncias anônimas ou com dados falsos, as quais, se devidamente implementadas, tornam-se meios idôneos a evitar a sobrecarga do órgão incumbido de receber as denúncias.

Sobre essa crítica, Ragués i Vallès *apud* Macedo³¹ destaca:

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

Para evitar o abarrotamento de denúncias, seria apropriado exigir o esgotamento da via administrativa ou prova da recusa em analisar o caso por meio dos escritórios de auditoria interna.

A efetivação das medidas protetivas esbarra no mesmo problema que outras boas legislações no papel, mas de difícil aplicação. Justamente por isso se faz ainda mais necessária a gratificação financeira para os indivíduos interessados em defender o interesse público. Sem a previsão dela, não há garantias de que os informantes se sentirão motivados a denunciar, pois, como visto, feita a denúncia, a

³¹ RAGUÉS I VALLE, Ramon *apud* MACEDO, Cássio Rocha de. **Prática de Whistleblowing e Direito Penal: da possibilidade de uma legislação whistleblowing enquanto estratégia de política criminal**. 2015. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/134899/000986716.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 Out. 2017.

vida do reportante é afetada em todos os aspectos de maneira negativa. A incerteza gera insegurança, que não pode ser suportada somente pela motivação de proteger o interesse público.

Feitas as ponderações, pode-se depreender algumas exigências para a inserção da legislação *whistleblower* no ordenamento pátrio. (I) deve-se garantir a proteção do informante de boa-fé em todas as áreas (cível, penal administrativa e trabalhista) – inclusive já prevista de certo modo no art. 126- A da Lei Anticorrupção³², de modo que ele se sinta confortável para representar o interesse público. Tal proteção pode ser feita como previsto no PL 664/2011, mas é essencial a proteção trabalhista, sobretudo quando se tratar de empregado denunciando empregador. A proteção da identidade e a garantia de estabilidade são essenciais nesse caso; (II) Gratificação financeira, como já previsto por alguns dos projetos aqui abordados, tem se mostrado eficiente nos países que já aplicam o instituto com mais experiência, pois serve como indenização pelos prejuízos a serem suportados com a publicização da denúncia, bem como premiação pela atitude em prol do interesse público; (III) Inversão do ônus da prova, exceto quando se tratar de matéria processual penal, garantindo o estado de inocência.; (IV) Criação de órgão específico para recebimento e apuração das denúncias quando esgotada a via da auditoria interna. (V) Penalidades (multa, sanções administrativas) adequadas aos que efetuarem denúncias com teor falso ou infundado, objetivando apenas depreciar terceiro; (VI) Exigência da criação de auditorias internas às empresas de capital aberto, submetendo a elas relatórios financeiros, que devem ser aprovados anual ou semestralmente.

6 CONCLUSÃO

³² Lei 12.527/2011. Art. 126-A: Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública

O presente artigo buscou sondar a possibilidade de aplicação do instituto do *whistleblowing* no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à baila argumentos favoráveis ao seu uso ao compará-lo com a colaboração premiada e o que diz a legislação estadunidense sobre o tema, pois revela-se a mais abrangente e bem sucedida.

Em suma, a análise demonstrou como os institutos do *whistleblowing* e da colaboração premiada são distintos e que aquele pode ser utilizado sem prejuízo de eventuais novas colaborações premiadas, ficando esta aplicável apenas residualmente. Como visto, a legislação americana se mostra deveras efetiva na descoberta de fraudes, aplicação de penas vultosas e na recuperação de valores devidos ao erário, estimados em 4.7 bilhões de dólares³³ somente em 2016.

A despeito de serem muitas as possíveis críticas ao *whistleblowing*, este tem demonstrado ser o mais eficiente método no combate à corrupção sistêmica, ao transformar todos os cidadãos em fiscalizadores e potenciais denunciadores de práticas irregulares tanto no setor público quanto no privado. Importante salientar que a atuação do *whistleblower* não se restringe às hipóteses de crimes, mas também alcança qualquer caso em que houver interesse público envolvido.

Não obstante as conclusões aqui obtidas possam representar um importante passo para elevar o nível do debate científico sobre a arte no país, em virtude de não haver muitos estudos aprofundados, é necessário dar mais peso ao instituto, aumentando as discussões de fomento às estratégias político-criminais de combate à corrupção.

³³DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department Recovers Over \$4.7 Billion From False Claims Act Cases in Fiscal Year 2016**. Office of Public Affairs. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-47-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2016>>. Acesso em: 26 out. 2017

REFERÊNCIAS

ACFE – **Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse**. Disponível em <http://www.acfe.com/rtnn.aspx>. Acesso em 25 Set. 2017.

AYRES, Carlos Henrique da Silva - **Breves comentários sobre Dodd-Frank e o programa de recompensa para delatores de fraudes**. 2011. Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143556,51045-Breves+comentarios+sobre+Dodd-Frank+e+o+programa+de+recompensa+para+delatores+de+fraudes>. Acesso em 23 Out. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p. 280.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. **Dos atentados, cúmplices, perdão**. São Paulo: Hunter Books, Fevereiro 2012. p. 112.

BECK, J. Randy. **The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation**. North Carolina. North Carolina Law Review. Vol 539; Março 2000. Disponível em <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3855&context=nclr>. Acesso em 10 Nov. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei 1701 de 2011. **Institui o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção por meio do qual o informante que contribui para a elucidação de crime contra a Administração e Patrimônio públicos, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados, recebe recompensa pecuniária, e dá outras providências**. Brasília, DF, Jun. 2017

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 664 de 2011. **Altera o § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal para garantir retribuição pecuniária à pessoa que dá notícia de crime contra a Administração, de cujo processo resulte recuperação de valores**. Brasília, DF. Out. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 362 de 2015. Dispõe sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho. Brasília, DF, Jun. 2015

CERRY, Miriam A. – **Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=614582. Acesso em 20 Out. 2017.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **Johnson & Johnson to Pay More Than \$2.2 Billion to Resolve Criminal and Civil Investigations**. Office of Public Affairs. Disponível

em <<https://www.justice.gov/opa/pr/johnson-johnson-pay-more-22-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations>>. Acesso em 27 Out. 2017.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department Recovers Over \$4.7 billion from False Claim Act Cases in Fiscal Year 2016**. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-47-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2016>. Acesso em: 03 Out. 2017.

Department of Justice. **Public Law 107-204**. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 28 Out. 2017.

DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act of 1989: Foundation for the modern law of employment dissent. **Administrative Law Review**. Washington, p. 531-579: American Bar Association, Vol. 51, nº2, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40709995?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 Nov. 2017.

ENRON: the smartest guys in the room. Direção: Alex Gibney. Produtoras: HDNet Films, Jigsaw Productions. 100 min. 2005.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando *et al.* **Corrupção, cultura política e reformas no Brasil**. Revista do Centro de Ciências Humanas Volume 10 nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010.

JOHNSON, Roberta Ann. **Whistleblowing: when it works – and why**. Boulder City, Colorado: Lynne Rienner, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. **A distribuição do ônus da prova e a iniciativa probatória do juiz**. 21ª edição, São Paulo: Editora Atlas S. A, 2017.

RAGUÉS I VALLE, Ramon apud MACEDO, Cássio Rocha de. **Prática de Whistleblowing e Direito Penal: da possibilidade de uma legislação whistleblowing enquanto estratégia de política criminal**. 2015. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/134899/000986716.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 Out. 2017.

SCHULTZ, David; HARUTYUNYAN, Khachik. Combating corruption: The development of whistleblowing laws in the United States, Europe and Armenia. **International Comparative Jurisprudence**. Amsterdã. Elsevier.. Volume 01. p. 87-97. Dez. 2015. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000141>>. Acesso em: 23 Out 2017.

U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 37, Subchapter III, § 3729-3733

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

WELLS, Joseph. **Manual da Fraude na Empresa**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 410-496.

WHITE, Trevor. ANDERSON, Mark. LAVION, Didier. **A oportunidade de agir: Tendências e fatores por trás dos crimes econômicos no Brasil e no mundo**. Disponível em <http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/2016/pwc-gecs-pt-16.pdf>. Acesso em 26 Set. 2017.