

# O *whistleblowing* no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos

Rodolfo Macedo do Prado

**Resumo:** O denominado Pacote Anticrime, do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, trouxe consigo a proposta de regulamentação do *whistleblowing*, uma poderosa ferramenta anticorrupção que se encontra em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo um instituto global. Todavia, a proposta necessita de reparos em sua técnica legislativa a fim de que possa prosperar e atingir os objetivos pretendidos, como retirar a subjetividade excessiva de alguns termos e deixar o texto em conformidade com a ordem constitucional.

**Palavras-chave:** *Whistleblowing*. *Whistleblower*. Pacote Anticrime.

## 1 Breve recapitulação histórica e teórica do *whistleblowing*

A proposta contida na “Medida XIX - Introdução do ‘informante do bem’ ou do *whistleblower*”, do Projeto de Lei Anticrime, é a de incluir os artigos 4-A, 4-B e 4-C na Lei Federal 13.608/18, a fim de finalmente regulamentar-se o *whistleblowing* – tido pela ONG Transparência Internacional como uma das seis melhores práticas globais contra a corrupção – no Brasil, decretando seu retorno após quase 200 anos.

Isso porque, quando era colônia de Portugal, o Brasil foi regido por três principais ordenamentos jurídicos, quais sejam as Ordenações Afonsinas (1446-1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603-1822). Especialmente nas duas últimas, o *whistleblowing* foi, de certa forma, disciplinado e aplicável na então próspera colônia. O “Oficial do Rei” (como juízes e desembargadores) que recebesse alguma dádiva ou presente para prolatar um despacho e o fizesse, perderia o ofício e ainda pagaria multa equivalente a 20 vezes o valor da dádiva, sendo metade destinada ao acusador, metade para o Reino (PRADO, 2019). Com a Independência, o instituto desapareceu do ordenamento brasileiro.

Hoje, o que se tem no artigo 4º, *caput*, da mesma Lei, é apenas a disposição que possibilita a criação do *whistleblowing* pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, mas sem critérios claros definidos, como a necessidade de existência do sistema de garantias e como se dará a recompensa (obrigatoriedade, limites mínimo e máximo, entre outros).

Antes de se analisar diretamente a proposta, faz-se uma breve recapitulação histórica e contextual do *whistleblowing*, a fim de que as ideias aqui apresentadas tenham o devido fundamento.

Diferentemente do que parte da doutrina sustenta, o *whistleblowing* não é um instituto norte-americano, mas sim de origem anglo-saxã. É atribuída ao Rei Withred, de Kent, a primeira Lei escrita tratando sobre o instituto, a qual se estima tenha sido publicada no ano 695, e que tinha cunho eminentemente religioso, ao afirmar que, em tradução livre, “se alguém ‘livre’ trabalhasse durante o sábado sabático, perderia todo o lucro daquele dia e, como premiação, o denunciante receberia metade da multa e os lucros do trabalho” (GARRETT, 2013).

Não à toa, os principais atos/leis/regulamentos do *whistleblowing* ao redor do mundo estão nos países da *commonwealth*, colonizados pela Inglaterra, como o *Whistleblower Protection Act* (EUA), o *The Public Interest Disclosure Act* (da própria Inglaterra), o *Public Servants Disclosure Protection Act*

**Abstract:** The so-called Anti-Crime Package by Minister of Justice and Public Safety Sergio Moro brought with it the proposed regulation of *whistleblowing*, a powerful anti-corruption tool that is found in many foreign legal systems and is a global institute. However, the proposal needs to be refined in its legislative technique so that it can prosper and achieve the intended objectives, such as removing the excessive subjectivity of some terms and leaving the text in conformity with the constitutional order.

**Keywords:** *Whistleblowing*. *Whistleblower*. Anticrime package.

(Canadá) e o *Public Service Code of Conduct* (Austrália).

Todavia, a versão moderna do instituto foi concebida nos EUA a partir do *False Claims Act*, que teve como pano de fundo a Guerra Civil que opôs Confederados e a União, onde eram muitos os casos de venda de material bélico intencionalmente defeituoso, envenenamento de rações distribuídas aos soldados e, ainda, vendas fraudulentas ao Governo. O senador que apresentou o projeto, Jacob Howard, acreditava que pagar recompensas àqueles que denunciavam as fraudes, mesmo que estes também fizessem parte da empreitada criminosa, era a forma mais eficiente de se descobrir os grandes esquemas fraudulentos (PRADO, 2019). Posteriormente, foram incluídas garantias às quais o denunciante faria jus, a fim de que fossem estimuladas e garantidas as denúncias.

Com a evolução legislativa norte-americana, vieram outros instrumentos que também transformaram o *whistleblowing* – dos quais se destacam o *Dodd-Frank Act*, o *Sarbannes-Oxley Act* e o *Federal Whistleblower Protection Act*, entre outros mais de 50 documentos legais – determinando que todo *whistleblower* tenha um amplo e efetivo sistema de garantias, como acompanhamento psicológico, estabilidade laboral, proteção contra rebaixamento de posto ou função, garantia de integridade física, mudança de identidade, enfim, contra todo tipo de possível retaliação.

A legislação americana ainda dispõe que, quando, em razão da denúncia, se recuperarem verbas desviadas ou bens ilicitamente adquiridos, a recompensa deve variar de no mínimo 15% até o máximo 30% do valor recuperado, cujo critério de fixação deve ser a robustez do conjunto probatório apresentado pelo denunciante. É dizer: quanto menos trabalho o Estado tem com a investigação em razão da concretude da denúncia, maior a recompensa.

Mais bases podem ser encontradas na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (arts. 8º, § 4º, 13 e 33), na Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. 3º, § 1º), das quais o Brasil é signatário e cujos textos já foram ratificados em nosso ordenamento, na Convenção Penal Europeia Contra a Corrupção (art. 22) e no material produzido pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Dessa forma, estabelecem-se os dois principais pilares do *whistleblowing*: a existência e efetividade de um sistema de garantias e o pagamento de recompensa financeira.

O *whistleblowing* pode ser externo ou interno. Será externo quando o *whistleblower* não fizer parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que receberá e/ou contra a qual repousará

a denúncia. Geralmente, o *whistleblowing* externo ocorre no âmbito da administração pública, com um cidadão apresentando sua denúncia a um órgão governamental. Por seu turno, o interno ocorre quando o *whistleblower* faz parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que recebe ou contra o qual será feita a denúncia, ocorrendo, como regra, no âmbito privado.

Fixados estes alicerces teóricos, passa-se, então, à análise da “Medida XIX” propriamente dita.

## 2 A proposta de regulamentação do *whistleblowing*

Inicialmente, cabe destacar que o presente artigo, a fim de que se mantenha objetivo, conciso e coerente, concentrará sua análise nos dispositivos em que se detecta a necessidade de reparo.

Quanto à proposta do artigo 4-A, *caput*, cabe destacar que o PL Anticrime obriga apenas a Administração Pública, as empresas públicas e as sociedades de economia mista a manterem órgãos de ouvidoria ou correição, responsáveis pelo recebimento das denúncias apresentadas pelo *whistleblower*.

Em que pese tal disposição estar em conformidade com o artigo 8º, § 4º, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, o PL Anticrime optou por não incluir previsão que obrigue ou mesmo que incentive as empresas privadas, ONGs e a sociedade civil em geral a fomentarem os mesmos, em clara afronta ao artigo 13 da mesma Convenção.

A consequência de tal “escolha” é apresentada logo em seguida: o *whistleblowing* só seria possível nos crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e atos lesivos ao interesse público. Ficaram de fora, então, a corrupção privada, os ilícitos e fraudes civis e os crimes que não envolvam o interesse público. Privilegia-se o *whistleblowing* externo e olvida-se o interno.

O requisito do “interesse público” é questionável. Se por “interesse público” entende-se que seria qualquer questão criminal e/ou administrativa, não seria necessário, já que seria um conceito extremamente abrangente; ou, se entende-se por “interesse público” só aquilo que pode atrair o interesse dos meios de comunicação de massa, o conceito seria extremamente restritivo (RAGUÉS I VALLÈS, 2013).

De uma forma ou de outra, o requisito do interesse público presta, a nosso pensar, um desserviço à essência do instituto, que deveria abranger, como dito, todos os crimes, ilícitos administrativos e civis.

Outro ponto de importante discussão está na elegibilidade de um *whistleblower*. Segundo a proposta, “qualquer pessoa” pode relatar os tipos de informação antes destacados, recebendo as garantias e a recompensa financeira respectiva. Tal situação vai de encontro com as melhores experiências dos países que já possuem o *whistleblowing*.

Melhor explicando, aqueles que possuem a obrigação legal de reportar, investigar e/ou processar os ilícitos penais, administrativos e criminais – como policiais, corregedores, ouvidores, promotores, *chief compliance officers* e outros – não deveriam ser elegíveis como *whistleblowers* nos casos em que receberam a informação e/ou as provas em razão de seu cargo.

Isso porque, como está escrito o projeto hoje, quem recebe a informação por meio de seu ofício, por exemplo, poderia ir às autoridades competentes e pleitear recompensa por aquela informação, criando uma espécie de “mercado paralelo de informação”, semelhante ao *insider trading*.

Já em seu parágrafo único, tem-se um conceito demasiadamente

indeterminado e subjetivo: “considerado razoável o relato [...] ao informante será assegurada proteção integral”.

Aqui, a crítica que fica é que não havia a necessidade de tamanha subjetividade. A eficácia do sistema de garantias e a alta probabilidade de recebimento de recompensa são os dois principais pilares do *whistleblowing*. Quando a proposta afirma que o *whistleblower* só receberá a proteção caso seu relato seja razoável, é possível que o instituto acabe inócuo e dando margem a retaliações, já que as informações prestadas nesse limbo jurídico não terão qualquer proteção.

Dentro desse contexto, importante destacar um dispositivo presente no Projeto de Lei 3.165/2015, que dispunha que o *whistleblower* poderia condicionar o início do relato à aplicação de medidas protetivas. Caso a autoridade entenda insuficiente ou falso o relato, poderia facilmente revogar tais medidas. Tal alternativa parece-nos mais adequada.

Adiante, o artigo 4-B, § 2º, dispõe que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”. Se, por um lado, a proposta está em conformidade com a Constituição Federal, a qual proíbe o anonimato, e em simetria com a colaboração premiada (já que ninguém pode ser condenado exclusivamente com base no relato do colaborador), por outro, gera insegurança jurídica com sua parte final. Se a identidade for revelada, poderá haver condenação apenas com base no depoimento do *whistleblower*?

Caso a resposta seja positiva, como o próprio texto permite concluir, parece-nos grave; e sua alteração é urgente e necessária, já que não se pode perder de vista que sempre há um interesse presente na denúncia apresentada (nesse caso, financeiro), razão pela qual sempre se deve buscar a prova que acompanhará o relato, consagrando o devido processo legal e todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal. A ideia deveria ser no sentido de que, mesmo que revelada, não se pode condenar alguém só com base no relato de um *whistleblower*.

Por fim, no artigo 4-B, § 3º, urge a necessidade de deixar mais claro o efeito da não concordância do *whistleblower* com a revelação de sua identidade, assim como o § 1º, do mesmo artigo, possui. O relato perderá o valor probatório automaticamente? Não poderá haver, de forma alguma, a revelação da identidade sem concordância? Haverá necessidade de motivação da recusa?

Já no tocante à recompensa financeira, o artigo 4-C, § 3º, estabelece que “poderá ser fixada”, tirando do magistrado a obrigatoriedade de recompensar o *whistleblower* e, depois, que, fixada, deverá ser de “até 5% o valor recuperado”.

O primeiro apontamento que se faz é que, como dito anteriormente, a recompensa financeira é um dos pilares do *whistleblowing*. Dessa forma, caso haja recuperação de bens e/ou valores, sua obrigatoriedade deveria constar em Lei, tirando a subjetividade de cada magistrado fixá-la ou não.

Além disso, o valor de até 5% é muito menor do que a média mundial. Nos EUA, país onde o *whistleblowing* é mais utilizado, o pagamento é obrigatório e sua margem pode chegar a 30%, não podendo ser menor do que 15%. Já foram recuperados mais de US\$ 59 bilhões desviados utilizando-se o *whistleblowing* nos EUA, sendo US\$ 1.700 milhões só em 2018.

Ademais, os EUA preveem o critério necessário para aferir, dentro dos limites mínimo e máximo, o quanto será a recompensa financeira do *whistleblower*. Como visto, quanto menor o trabalho

do Estado na investigação para se chegar à conclusão final, devido ao volume e concretude de informações e provas apresentadas, maior será a recompensa.

Mas também há pontos positivos.

Cabe destacar aqui que a proposta é o mais próximo que já se chegou à “espinhal dorsal do *whistleblowing*” – criada pela ONG Transparência Internacional – no Brasil, depois de 9 projetos de lei apresentados sem êxito no Congresso Nacional.

De uma forma ou de outra, completa ou incompletamente, foram cumpridos os requisitos: (a) *protection against retribution* – previsão expressa de proteção contra retaliações, como demissão, rebaixamento de posto, transferência, etc; (b) *incentivise internal reporting and whistleblower complains authority* – estimular a criação de sistemas e órgãos, tanto no setor público quanto no privado, para receber as denúncias; (c) *rewards systems* – previsão de recompensas e como serão oferecidas e pagas; (d) *protection of identity* – proteção da identidade do denunciante; (e) *reversed burden of proof* – inversão do ônus da prova na comprovação da denúncia; (f) *waiver of liability* – imunidade civil, penal e administrativa para o denunciante de boa-fé; (g) *penalty for retaliation and interference* – previsão de punição àquele que fizer retaliações ou tentar interferir no trabalho ou na denúncia; (h) *no sanctions for misguided reporting* – ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto; e, (i) *no circumvention* – invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante.

Com exceção da inversão do ônus da prova, que não é prevista no Anteprojeto de Lei e absolutamente inaplicável no processo penal brasileiro, os requisitos apresentados pela ONG Transparência Internacional são abordados de modo satisfatório pela proposta, embora necessitem de reparos.

Sob o ponto de vista da análise econômica do Direito, podemos notar ainda mais a importância e eficácia do instituto.

A teoria econômica da alocação do tempo determina que o agente econômico dispõe de uma unidade de tempo e deve decidir como distribuí-la nas três atividades básicas: trabalho, lazer e controle social. A atividade de trabalho proporciona renda que, por sua vez, permite o consumo privado do agente. O lazer não proporciona renda; no entanto, o tempo dedicado a essa atividade gera satisfação ao agente. Finalmente, o tempo dedicado ao controle social pode contribuir para que os recursos desviados sejam recuperados, e essa recuperação tem dois efeitos positivos sobre a utilidade do agente. Em primeiro lugar, permite consumo de maior quantidade de bens públicos providos pelo Estado. Em segundo lugar, lhe causa direta satisfação por ter contribuído com o esforço de controle social, sua “satisfação cívica” (BECKER, 1965).

Nesse modelo, o tempo e o esforço dedicados pelo cidadão ao controle da corrupção competem com suas outras atividades, em particular o trabalho, que lhe gera renda, e o lazer, que lhe gera felicidade. Em outras palavras, para dedicar-se ao controle da corrupção, o cidadão deve abrir mão do tempo de trabalho, reduzindo sua renda, ou do tempo dedicado ao lazer. Sem dúvida, ele será beneficiado indiretamente por sua ação, pelo benefício que será gerado para a sociedade como um todo, pelo uso apropriado do recurso público recuperado. No entanto, esse último benefício é diluído por toda a sociedade, enquanto a perda, seja em termos de horas de trabalho, seja de lazer, é exclusivamente sua. Por essa razão, o envolvimento social espontâneo tende a ser muito reduzido, ficando muito aquém do que seria ótimo para a sociedade (BUGARIN; VIEIRA, 2008).

É justamente neste aspecto – o de incentivar maior envolvimento social – que o *whistleblowing* tem lugar, permitindo equilíbrio maior entre os instrumentos de combate à corrupção e a prática do crime em si. A eficiência está justamente na possibilidade de a Lei prever um instituto que, no lugar de dissuadir o criminoso, incentiva os cidadãos a praticarem atos cívicos (neste caso, as denúncias). No jargão econômico, a política criminal coordena os cidadãos para alcançar o equilíbrio entre pouca criminalidade e prática de cidadania (COOTER; ULEN, 2007).

Assim, resta cristalina a eficácia e necessidade da regulamentação do instituto.

### 3 Conclusão

É de se parabenizar o extenso sistema de garantias previsto no PL Anticrime, o que nenhum dos outros 9 projetos de lei possuía. Esse, como visto, é o mais importante pilar do *whistleblowing* e está previsto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e na Convenção Interamericana Contra a Corrupção, das quais o Brasil é signatário e já ratificou seus textos.

Também é louvável que, finalmente, depois de quase 200 anos, o *whistleblowing* retorne ao ordenamento jurídico brasileiro.

Realizado este breve apanhado, tem-se que, ao nosso sentir, a proposta respeita a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, mas necessita de reparos para sua aplicação prática.

A necessidade de reparo é, sob nosso ponto de vista, absolutamente imprescindível à efetividade do *whistleblowing* no Brasil. Sem melhorias no sistema de recompensa (principalmente), melhor definição de quem é elegível para ser um *whistleblower*, retirada de expressões demasiadamente subjetivas, ampliação do espectro possível de ser delatado, maior clareza nos efeitos da revelação da identidade do denunciante e a consagração de que ninguém será condenado apenas com base no relato do *whistleblower*, o *whistleblowing* pode ser tornar inócuo; ou, pior, servir a interesses que não de sua essência.

### Referências

- BECKER, Gary S. A theory of the allocation of time. *The Economic Journal*, v. 75, p. 493-517, set. 1965.
- BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit sharing: an incentive mechanism for social control of government expenditure. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, n. 4, p. 673-690, 2008.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: The Addison-Wesley series in economics, 2007.
- GARRETT, Nathaniel. Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai 2013.
- PRADO, Rodolfo Macedo do, et alli. *Novos Instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, 146 p.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.

**Rodolfo Macedo do Prado**

Mestrando pela Delaware Law School (EUA).  
Especialista em Direito Penal Econômico pela  
Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.  
ORCID: 0000-0001-8439-7452  
rodolfoprado91@gmail.com

Recebido em: 28.02.2019

Aprovado em: 31.05.2019

Versão final: 05.07.2019