

COMPLIANCE, GESTÃO DE RISCOS E COMBATE À CORRUPÇÃO

INTEGRIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO

MARCO AURÉLIO BORGES DE PAULA
RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

Coordenadores

Prefácio
Benjamin Zymler



© 2018 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Márcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrcio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

C736 Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento/ Marco Aurélio Borges de Paula, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (Coord.) – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

452 p.

ISBN: 978-85-450-0473-8

1. Direito Administrativo. 2. Direito Econômico. 3. Compliance. I. Paula, Marco Aurélio Borges de. II. Castro, Rodrigo Pironti Aguirre de. III. Título.

CDD 341.3
CDU 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 452 p. ISBN 978-85-450-0473-8.

WHISTLEBLOWING NO AMBIENTE CORPORATIVO – STANDARDS INTERNACIONAIS PARA SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

André Castro Carvalho
Tiago Cripa Alvim

Introdução e balizamento do tema

Preliminarmente, destacamos que o uso de estrangeirismos, como *whistleblowing* e *whistleblower*, faz-se necessário em razão de a práxis corporativa não utilizar a tradução literal dos termos “assoprar o apito” ou “soprador”, que não carregam a conotação pejorativa dos termos em português comumente utilizados: para o ato, a *delação*, e para o sujeito, o *delator* (embora existam outros termos com menor carga valorativa, como “informante”). A palavra *denúncia* será utilizada dentro desse contexto, embora o termo *denunciante* será evitado por conta dos motivos expostos acima. Desde o início, o objetivo será justamente afastar a carga negativa que o *whistleblowing* carrega no país, sobretudo no imaginário popular e no senso comum – o qual costuma ser refratário a denúncias internas por considerá-las uma “traição”, e estigmatizam o delator, que passa a ser considerado pelos seus pares como “dedo-duro”, “fofoqueiro”, “traidor”.

Fundamento do *whistleblowing*

Feita a advertência inicial, cabe a seguinte pergunta introdutória: qual seria o fundamento do *whistleblowing*?

A Transparência Internacional (2013, p. 2) expressa que o ato de “soprar o apito” seria uma extensão da liberdade de expressão, e que as pessoas teriam direito a relatar e denunciar qualquer ilícito em razão de princípios como a *transparência* e *integridade*.

Quanto ao ponto de vista moral, o *whistleblowing* é um sopesamento de *males*, ou seja, entende-se que o mal de corromper a lealdade corporativa intrínseca às relações interpessoais é menor do que o mal que tal corporação está acometendo na sociedade com suas práticas irregulares. O indivíduo, o *whistleblower*, seria o juiz da difícil decisão de quebrar a lealdade que se espera dele de acordo com o seu próprio julgamento moral. A grande dificuldade é que não há uma “régua moral” que decida o que, quando e em que ocasião deve ocorrer o *whistleblowing*, razão pela qual é um contínuo processo de *learning by doing* por parte das corporações interessadas em fomentar tal conduta.

É análogo ao que vem ocorrendo atualmente com a ética em relação às decisões a serem tomadas pelos futuros carros automáticos em acidentes de trânsito: diante de uma *tragic choice*, a máquina deve decidir por salvar (ou matar) o pedestre ou o passageiro? Um experimento interessante em “decisões trágicas” que ilustra esse dilema é a *Moral Machine* do Massachusetts Institute of Technology – MIT (<<http://moralmachine.mit.edu/>>), e nos faz pensar como é sensível a questão do envolvimento da ética na tomada de decisões.

Nesse ponto, mesmo existindo manuais e procedimentos preestabelecidos, é a percepção individual, o sentimento de cada um ao se deparar com algo errado, que faz com que se rompa essa inércia e as informações sejam escaladas para averiguação. As estruturas formais não são suficientes, e o dia a dia faz com que, com base nas percepções de cada um, as políticas de compliance sejam efetivamente executadas. Por isso que comumente se utilizam metáforas como “algo cheira mal” ou “não me sinto bem” em relação a algum fato que possa representar uma irregularidade – ou, em termos ingleses, *gut feeling* – para que se possa chegar a uma *zona de conforto*, isto é, uma “dimensão hermenêutica do trabalho institucional e ético” que é levado a cabo pelos profissionais de compliance dentro da instituição (PÉREZTS; PICARD, 2015).

No que concerne às ideias mais modernas de ética empresarial, o *disclosure* interno, ou seja, o escalamento ou levantamento de preocupações, mediante os canais de compliance interno, não é visto como quebra de lealdade empresarial. Esses canais livres de restrições permitem a correção tempestiva de desvios dentro da empresa sem que tal deslize seja exposto ao público e traga danos ainda maiores, como o risco reputacional, financeiro e outros riscos legais.

Entretanto, caso a preocupação não seja levada adiante pela instituição, e os rumos não sejam corrigidos a tempo, o *whistleblower* teria uma lealdade maior perante a sociedade e, portanto, o interesse público e o dever de transparência justificariam a sua divulgação para membros externos. Nesse caso, seria essa uma solução para esse conflito de lealdades, visto que esse dever de lealdade *prima facie* perante as organizações seria em razão de suas missões, objetivos, condutas e valores, e não frente aos ativos físicos e humanos vinculados a esta corporação. Logo, como esses valores e objetivos empresariais são considerados legítimos socialmente, o seu desvio justificaria a comunicação à sociedade (ANDRADE, 2015).

Por exemplo, a sociedade considera legítima a atividade de mineração; mas não a considera legítima quando tal atividade extrapole os controles ambientais que a restringem em determinadas situações. Se um colaborador da empresa mineradora porventura detectar alguma prática irregular que esteja em desacordo com a regulação ambiental pertinente – por exemplo, pagamento de propinas a fiscais para fazerem “vista grossa” na fiscalização – tal fato legitimaria uma denúncia interna ou diretamente externa, de acordo com o juízo do caso por parte do observador. A própria Transparência Internacional (2017) reforça que o *whistleblowing* é o relato interno de potenciais condutas ilícitas. Esse ponto será reforçado mais adiante ao advogarmos pela preferência pelo uso de canais internos aos externos, a depender do caso.

Há, portanto, dois motivadores para o *whistleblowing*: um aspecto corporativo, de saúde empresarial (para evitar casos como o da Enron, em 2001, para citar um exemplo); e um aspecto de interesse público, vinculado aos interesses do Estado, que trata do cumprimento da lei pelas pessoas jurídicas. Esses dois aspectos são facetas de um mesmo fenômeno, isto é, o que se denomina compliance no direito estrangeiro. Pode-se adicionar à fórmula, também, a função social da empresa, que, de certa maneira, se situa entre os dois outros elementos. É comum a sobreposição parcial entre os três elementos e isso, por vezes, torna difícil a distinção entre eles.

Quem seria o soprador?

Qualquer pessoa, dentro de uma instituição, pode e deve soprar o apito. Portanto, trata-se de uma pergunta retórica, visto que o real fundo da questão é: quem seria mais propenso, dentro da instituição, a praticar o *whistleblowing*, considerando ser esta prática uma importante

reveladora de fraudes corporativas? Identificado esse grupo, seria salutar dotá-lo de maiores ferramentas para que possa soprar o apito?

Luigi Zingales (2015) especula que os maiores interessados seriam os acionistas, os que têm que pagar pelos custos trazidos pelas fraudes – isto é, o que se denomina no mercado como *custos de não compliance*. Mas, em razão de sua dispersão e dificuldades de acompanhamento, essa tarefa é naturalmente delegada a terceiros. Os auditores externos, embora estejam em boas condições de detectar fraudes, não consideram que essa seria sua responsabilidade, mas sim dos administradores das corporações – além disso, há um movimento de crescente preocupação desses profissionais com o seguimento dos procedimentos formais trazidos pela legislação contábil mais recente, o que acaba por lhes atrair o foco a esse campo específico.

Richard Kaplan (2004) também ressalta o fato de que a auditoria moderna tem enfocado muito mais os sistemas de informações dos clientes, utilizados para gerar as informações financeiras, do que realmente o teste direto das transações, estando em desacordo com o verdadeiro espírito da detecção de fraudes. Por essa razão, os auditores externos têm um papel relevante a desempenhar no controle, mas de maneira alguma podem ser os únicos responsáveis pela detecção de fraudes.

Nesse sentido, indaga-se:

[q]uem, afinal, traz as fraudes à luz? A resposta: uma improvável combinação de pessoas que têm outros papéis na organização. Em 17% dos casos que estudamos, a delação tinha sido feita por um único funcionário, muitas vezes pagando um alto preço por isso. Em 13% dos casos, reguladores externos ao mercado financeiro, como a Federal Energy Regulation Commission e a Federal Aviation Commission, tinham percebido as irregularidades. A mídia havia descoberto outros 13% dos casos. Os demais foram denunciados por analistas (14%), vendedores a descoberto (15%), concorrentes (5%), escritórios de advocacia (3%), acionistas (3%), auditores externos (10%) e pela SEC (7%, mencionados anteriormente). Por fim entendi: ninguém era encarregado de identificar fraudes. A maioria das fraudes era detectada por acaso. Se as coisas continuam assim, o que é provável, deve haver muitas fraudes em andamento sem serem detectadas. (ZINGALES, 2015, p. 51-52)

Percebe-se, portanto, que a atividade está bem pulverizada entre diversos agentes, o que só robustece a necessidade de programas de compliance que reforcem o *whistleblowing* nas instituições como uma obrigação de todos os que orbitam a corporação. Por vezes, diretores e

acionistas podem “fazer vista grossa” enquanto os demais níveis hierárquicos sob suas responsabilidades se engajam em atividades ilícitas em nome da lucratividade das atividades da empresa. Por essa razão, os níveis mais altos têm o dever de não depender exclusivamente da moral de seus subordinados: devem dar sinais claros de que comportamentos ilícitos justificados em nome da lucratividade não são tolerados na empresa (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016).

É o chamado *tone at the top*, ou seja, os níveis hierárquicos mais elevados são diretamente responsáveis por ditar o “clima ético” de uma organização. Nesse sentido, atualmente vem ganhando força o *reverse whistleblowing* (RWB), que é a situação na qual a parte de *senior management* da empresa identifica condutas ilícitas dos subordinados e, em troca de acordos de leniência ou até mesmo anistia, oferece evidências às autoridades. Funciona, portanto, como o outro lado da moeda do *employee whistleblowing* (EWB) (LAUFER, 2002), estabelecendo-se um duplo mecanismo de controle *bottom-up* e *top-down*, ficando claro que a responsabilidade ética é tanto coletiva como individual, independentemente da posição que cada um ocupa na organização.

No aspecto individual, cumpre também destacar o recente *Yates Memo* (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ, 2015), o qual salientou que o *accountability* individual deve permear a apuração dos ilícitos corporativos. A crítica feita pela *Deputy Attorney General* à época, Sally Yates, foi justamente no sentido de que os indivíduos não podem ocultar sua responsabilidade sob o véu corporativo das empresas, devendo a responsabilidade individual também ser foco nas investigações.

Logo, respondendo à pergunta retórica acima, *todos* têm responsabilidade em detectar situações atípicas e relatar os casos por meio dos canais competentes. Cada um exercendo a sua habilidade específica permite que a responsabilidade não repouse somente em órgãos de auditoria interna, auditoria externa ou autoridades, mas sobre toda a instituição e todos aqueles que se relacionem, direta ou indiretamente, com ela.

Por quais motivos alguém sopraria o apito?

Por fim, convém indagar: quais seriam os principais motivos pelos quais alguém denuncia alguma irregularidade?

Algumas sociedades podem ser mais amigáveis ao *whistleblowing*. Patrick O’Sullivan e Ola Ngau (2014) expõem que os americanos e anglo-saxões costumam ser mais propensos à prática do *whistleblowing*,

sobretudo em razão do individualismo de sua cultura e a influência da discordância própria inerente ao protestantismo. De outra sorte, no caso das culturas asiática e latina, no qual o senso de comunidade e de “boa-vizinhança” é mais forte, o espírito coletivo ou de grupo tende a ser mais saliente, e estas acabam sendo sociedades nas quais o *whistleblowing* é menos louvado e, por vezes, até mesmo reprimido pela sociedade. Isso pode, de alguma forma, refletir-se nas organizações empresariais próprias dessas regiões – há países nos quais a autoridade e o senso de hierarquia provoca menos ambiguidade; portanto, podendo trazer menos questionamentos (GLADWELL, 2008).

Embora essa possa ser uma justificativa sociológica ao fenômeno, não ajuda a explicar, por exemplo, o porquê de muitas empresas multinacionais originárias desses países envolverem-se em escândalos de corrupção fora de suas fronteiras, principalmente em países com baixo nível de institucionalidade, como alguns da África Subsaariana ou da América Latina. Poucas vezes esses casos são relatados internamente, para que a matriz possa tomar providências, cabendo, na prática, exclusivamente às autoridades a detecção de tais irregularidades. A preponderância do fator geográfico sobre o sociológico teve que motivar, inclusive, a elaboração de norma específica a fim de coibir esse tipo de prática, tal como o *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) nos Estados Unidos. Portanto, embora o fator sociológico tenha peso no *whistleblowing*, pode-se considerá-lo diminuto e de reduzida importância, jamais podendo servir como justificativa para a falta de ferramentas de estímulo para as denúncias.

Harold Hassink, Meindert de Vries e Laury Bollen (2007) elencam alguns motivos trazidos pela literatura empresarial que influenciariam a probabilidade de *whistleblowing*, como (i) *fatores psicológicos*, como a lealdade preexistente; (ii) *fatores éticos e culturais*, sobretudo em nações que prezam mais o coletivismo; (iii) *fatores estruturais, incluindo regulação e políticas*, visto que empresas que valorizam as denúncias têm mais probabilidade de recebê-las; (iv) *retaliação*, pois a sua probabilidade funcionaria como um fator de desestímulo às denúncias; e (v) *tipo de ilícito*, já que o tipo e a gravidade do delito servem como fatores para a denúncia.

Esses motivos destacados abarcam as principais razões pelas quais alguém assopra o apito. Não são as únicas, conforme será visto a seguir. De fato, muitas das principais razões são de foro íntimo e resultado de uma conjugação de fatores que depende do *background* moral, ético e profissional de cada empregado – e, na maioria das vezes, acaba sendo uma decisão solitária e de foro íntimo. Por essa razão que,

dentro de uma corporação, de acordo com o caso concreto, *qualquer um* (com possíveis exceções a advogados e auditores em determinadas hipóteses, pelas regras de sigilo e confidencialidade próprias dessas profissões) pode ser um *whistleblower*.

6.1 Conceito de *whistleblowing*

Possivelmente o caso mais famoso de *whistleblowing* seja o de Judas Iscariotes, um caso-símbolo de traição a Jesus de Nazaré – e, por conta disso, o ato de informar tenha tanta conotação negativa até os dias de hoje. Mas Gerald Vinten (1994) explica que o conceito de *whistleblowing* é ainda mais antigo, datado de milhares de anos, representado pela denúncia de injustiças perpetradas por maus governantes na história da humanidade. Mais modernamente, no mundo corporativo, a ideia e sua terminologia passaram a ser utilizadas com mais frequência a partir do caso de Otto Otopka nos EUA em 1963 – o então funcionário público revelou documentos confidenciais a um alto servidor do Senado, sendo demitido, em seguida, por “conduta inapropriada”.

Uma definição comumente utilizada para o *whistleblowing* no meio empresarial é a de Janet Near e Marcia Miceli (1985, p. 4, tradução do original), que definem o ato como “[...] a revelação, por membros de uma organização (antigos ou atuais), de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas sob o controle de seus empregadores, a pessoas ou organizações que podem ser capazes de tomar ações”. Embora seja definição bastante ampla, é a mais utilizada como ponto de partida para o estudo do tema.

No meio corporativo, a tradução de *whistleblowing* coaduna-se mais proximamente à *denúncia de transgressões ou irregularidades*, já que o termo *delação* pode por vezes ter implicações penais, como a conhecida “delação premiada” mais recentemente introduzida no direito brasileiro. Roberta Ann Johnson (2003) ressalta a necessidade de quatro partes essenciais para a caracterização do *whistleblowing*: (i) a atuação por parte de um indivíduo para tornar pública uma informação; (ii) tal informação é transmitida para terceiros que a tornam pública; (iii) tal informação tem que estar relacionada a um real ou potencial delito relevante; e (iv) o indivíduo que denuncia deve fazer ou ter feito parte da organização, não se enquadrando na definição jornalistas ou outros alheios à organização.

Com relação ao item “iv”, é importante mencionar que indivíduos que possuem ou possuíam alguma relação que não seja empregatícia, tais como consultores, contratados, *trainees* ou estagiários,

voluntários e temporários, também estão enquadrados no conceito (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2013). Alguns autores, como O'Sullivan e Ngau (2014), apresentam um conceito mais estrito quanto à legitimidade do agente para o *whistleblowing*, abarcando apenas um empregado ou gerente júnior. Se olharmos sob a perspectiva brasileira dentro da complexidade das relações profissionais que podem existir dentro de uma corporação, entendemos que o conceito de O'Sullivan e Ngau seria incompleto – tornando o da Transparência Internacional (que apresentamos adiante), por consequência, mais apropriado para a realidade local. Portanto, entendemos que a restrição do conceito quanto ao agente não abrange todas as relações profissionais que são originadas no meio corporativo.

No que concerne às transgressões cobertas pela prática, é salutar uma abordagem com um bom grau de amplitude e não exaustiva quanto às condutas. Nessa linha, a Transparência Internacional (2013, p. 4, tradução do original) exibe uma definição bem detalhada:

whistleblowing é a revelação ou o relato de transgressões, incluindo, mas não se limitando a corrupção; delitos criminais; violações de obrigações legais; denegação de justiça; perigos específicos à saúde pública, segurança e meio ambiente; abuso de autoridade; uso não autorizado de recursos ou propriedade pública; desperdício ou má gestão; conflito de interesses; e atos para encobrir qualquer um dos relatados acima.

6.2 Princípio norteador do *whistleblowing*

Um princípio básico do *whistleblowing*, conforme já discutido, é o da transparência e integridade. A sociedade teria o direito de ter ciência do que ocorre de errado dentro das instituições e que esteja em colisão com seus objetivos de bem-estar geral, sobretudo se o fato é relatado internamente e nenhuma medida é tomada para sanar a irregularidade.

No microcosmo, o *whistleblowing* é um princípio de ética empresarial, pois ele seria a própria manifestação da “consciência ético-social” de uma organização. Andrade (2015, p. 334) expressa, nesse sentido, o conceito de *whistleblower-as-parrhesiastes* (o “contador de verdades” da Antiga Grécia):

O *whistleblower-as-parrhesiastes* representa o debate contínuo da sociedade no que concerne ao trade-off entre atividade empresarial e bem-estar social. O *whistleblower-as-parrhesiastes* torna-se a consciência social coletiva da organização, a qual representa o limite de transgressão aceitável que será tolerada pela sociedade em geral, e um específico acionista em

particular, em um determinado momento no tempo. O *whistleblower* então não é a pessoa que se coloca em oposição à organização, mas sim a própria manifestação desta. Ao retaliar o *whistleblower*, a organização (sem efeito) somente retalia ela mesma. O *whistleblower-as-parrhesiastes* torna-se a fronteira ética da organização, forçando-a a manter a demarcação de suas fronteiras de maneira flexível, assim estando relacionalmente responsiva aos seus acionistas.

Dessa maneira, relativamente àquilo que tenha sido “soprado”, retira-se o foco do *whistleblower*, devolvendo-o à organização, que é o seu lugar de direito e dever. Essa é uma abordagem mais interessante do que focar o *whistleblower* como alguém que “sopra o apito” das faltas cometidas pelos jogadores do próprio time (O'SULLIVAN; NGAU, 2014). O destaque, portanto, tem de ser dado à empresa, e não ao indivíduo.

Não raro, vislumbra-se uma evidente má prática empresarial nas situações em que condutas irregulares são expostas ao público, em uma equivocada estratégia de relações públicas: quando a estratégia não é pela negativa dos fatos (“a empresa desconhece os fatos narrados pelo colaborador”), ela se volta contra o indivíduo, acusando-o das mesmas condutas (“o colaborador teve papel fundamental nas condutas que relata e jamais tomou medidas para evitá-las”), denegrindo sua imagem (“o colaborador sempre apresentou problemas internos e tinha dificuldades de compreender a missão da instituição”) e tecendo ameaças (“a empresa informa que tomará as medidas legais cabíveis”), em vez de tentar compreender primeiramente o que aconteceu (“a empresa irá apurar internamente os fatos narrados pelo colaborador”) e fazer o *mea culpa* caso a denúncia seja pertinente.

Colin Grant (2002, p. 392; 398) destaca que, de acordo com o perfil dos *whistleblowers*, são inadequadas as visões de que eles sejam “traidores” ou “heróis” com relação à corrupção corporativa, sendo necessária uma terceira caracterização que se coadune à maioria dos casos práticos que vêm ocorrendo. Sugere então que suas atitudes costumam ser mais apreciadas se essas pessoas forem vistas como “santos de uma cultura secular”, sobretudo para aqueles que possuem uma influência religiosa mais forte por detrás de seus atos de “autossacrifício”.

E, para tanto, exige-se a existência de canais abertos e de confiança para as denúncias de irregularidades, bem como proteção contra qualquer retaliação (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2013), à exemplo das más práticas relatadas acima. Caso contrário, regressa-se à figura do *whistleblower* como herói-mártir, imagem que deve ser evitada.

Um princípio importante é que deve haver certa *preferência* – se possível, diante do caso concreto – pelo uso dos canais internos antes

que o caso seja levado a público. Para isso, é fundamental a existência de *ferramentas de aconselhamento* como linhas de conselho, *hotlines*, portais, *compliance officers* e *ombudspersons* para que a corporação tenha a oportunidade de corrigir eventuais equívocos (Transparência Internacional, 2013). Ou seja, a ausência dessas ferramentas ou a inviabilidade de sua utilização – quando a corrupção é endêmica dentro da corporação, funcionando como *business as usual* – pode restar por não dar essa oportunidade de uma investigação interna mais detalhada. Se houver risco à incolumidade física ou moral da pessoa, ou ainda se os canais são inacessíveis aos colaboradores em geral, isso representaria algumas situações-limite que levariam a uma denúncia às autoridades.

Jingyu Gao, Robert Greenberg e Bernard Wong-On-Wing (2015) defendem que o sistema de escalamento e recebimento de denúncias seja administrado por terceiros – por exemplo, uma empresa contratada –, e não internamente na instituição, pois os empregados de níveis mais básicos da instituição tendem a se sentir mais seguros quanto ao anonimato nessas situações. No entanto, os níveis mais elevados na hierarquia costumam preferir o escalamento exclusivamente interno, administrado pela própria empresa. Esse posicionamento vai ao encontro da teoria tradicional exposta por Lawrence Ponemon (1994, p. 128), no sentido de que, sob o aspecto organizacional, os canais internos seriam mais eficientes que os externos em razão da questão da proteção da confidencialidade. De acordo com a estrutura corporativa em questão, soluções mistas podem ser vislumbradas a fim de atender às preocupações desses dois estratos dentro da empresa.

Por conseguinte, o que se exige como princípio norteador é que o sistema de escalamento interno (isto é, o levantamento de preocupações ou inquietações, por parte de interessados vinculados à empresa, ao setor de compliance da instituição) seja *independente*, pois a falta de independência acarretará a desconfiância de seu funcionamento por parte dos empregados. Isso vale também para o *outsourcing* da estrutura de recebimento de denúncias, devendo tal independência ser garantida expressamente no contrato celebrado e, se possível, tal cláusula tornada pública aos empregados da empresa.

6.3 Marcos legais do *whistleblowing*

Consoante já destacado, há países em que a cultura do *whistleblowing* é mais difundida do que nos demais, sobretudo naqueles em que houve um amadurecimento das práticas de compliance nos últimos

anos. Embora o ato tenha encontrado resistência inicial entre parcela da academia especializada em ética corporativa e administração – conforme colaciona Gerald Vinten (1994) ao denominá-los *anti-whistleblowers* –, o surgimento de novos casos relevantes no meio corporativo acabou trazendo sua maior aceitação nos dias de hoje. Os Estados Unidos, por exemplo, após grandes casos de corrupção corporativa, sempre foram responsivos normativamente no que concerne à governança corporativa e ao aprimoramento do compliance em sua jurisdição. Talvez, por essa razão, eles sejam a grande baliza mundial no que concerne à sistemática do *whistleblowing*.

É salutar verificar como até mesmo a opinião de um dos maiores pensadores da administração moderna, Peter Drucker (1981) – para quem o *whistleblower* seria uma espécie de “informante”, citando até mesmo as práticas de *whistleblowing* estimuladas durante o regime ditatorial de Mao Zedong –, acabou evoluindo no seio da literatura mundial com o aumento da complexidade das práticas empresariais. Atualmente, tem sido opinião minoritária esta consideração pejorativa do *whistleblower*, como se fosse um “Judas traidor” dentro da empresa. Essa concepção acaba sendo mais disseminada entre a população em geral – é interessante, por exemplo, o uso do termo em inglês, *rat* (ratazana), para *informante* no jargão popular norte-americano, ou “dedo-duro”, no brasileiro. No cinema, filmes como *O denunciante* (*The informer*) (1935), *O informante* (*The insider*) (1999) ou *Os infiltrados* (*The departed*) (2006) popularizaram a figura do *whistleblower*, mas somente em 2010, com o filme *A informante* (*The whistleblower*), é que o termo foi mais reforçado na cultura popular. Com isso, tornaram a personagem *whistleblower* mais complexa e multidimensional do que as figuras históricas de Judas ou Brutus. Atualmente, o caso de Edward Snowden tem suscitado novos debates populares acerca dos limites do *whistleblowing* no que concerne à informação classificada como confidencial *versus* o grau de vigilância digital que pode ser realizada por parte do governo (como no filme *Snowden*, de Oliver Stone, de 2016).

Nos Estados Unidos, sempre houve tradição de estudos sobre fraudes corporativas – cite-se, por exemplo, o Coso no que concerne aos controles internos. Após os escândalos de fraude corporativa da Enron e WorldCom, afetando também a empresa de auditoria Arthur Andersen, surgiu o principal marco legal atual com o *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) em 2002, juntamente à obrigação de estabelecimento de uma cultura de recebimento de denúncias dentro da instituição, além da respectiva proteção do denunciante, conforme dispõem as *Sections 301 e 806*. A Seção 1.107 descreve até mesmo como *felony* (delito) a retaliação,

com conhecimento de causa, ao indivíduo que tenha reportado o fato às autoridades (ROSENBERG, 2004). Por essa razão é que um apropriado aconselhamento jurídico aos gestores nas relações que estes tiverem que travar com o *whistleblower* é fundamental a fim de evitar a exposição a tais tipos de riscos (BAGLEY; DAUCHY, 2012).

Com a crise dos *subprimes* e o célebre caso de Bernard Madoff em 2008, surgiu em 2010 um novo marco legal com o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)*, o qual promoveu uma revolução no marco legal do *whistleblowing*. Além do aspecto legal, o país também exibe diversas instituições não governamentais relevantes que se ocupam de difundir o tema, como exemplo, o *Government Accountability Project (GAP)*, fundado em 1977 como uma instituição específica em promover o *whistleblowing*.

No que concerne ao sistema tributário, relembra Givati (2015) que o *Internal Revenue Service (IRS)* promoveu mudanças a partir de 2006 para estimular ainda mais o pagamento de recompensas ao *whistleblower*, além de estabelecer um *Whistleblower Office* dedicado a essa finalidade. Dessa forma, de acordo com o *Internal Revenue Code*, é possível ao IRS pagar entre 15-30% do valor coletado ao *whistleblower* (26 U.S.C., §7623(b)). Além desses casos mais comuns no sistema financeiro e tributário, o autor levanta mais de vinte provisões de *whistleblowing* no país nos mais diversos setores, como meio ambiente, segurança alimentar, infraestrutura e serviços públicos, seguro de saúde, etc., protegendo empregados de eventuais retaliações que porventura possam surgir.

Na Europa, a situação do *whistleblowing* é um pouco diferente. David Schultz e Khachik Harutyunyan (2015) demonstram a dificuldade de se intensificar uma cultura de *whistleblowing* no seio da União Europeia, onde em cada três cidadãos não reporta os casos de corrupção que presencia. Isso evidenciaria a necessidade de mecanismos legais e canais livres para que possam ser reportados casos de transgressões. Além disso, o *whistleblowing* precisa perder a sua conotação negativa de “informante” que ainda permeia em alguns países do continente. Os autores mencionam as legislações britânicas e da Romênia como bastante abrangentes à prática do *whistleblowing* – embora, neste último país, haja uma falta de cultura de denúncias.

Já no Reino Unido, o *Public Interest Disclosure Act 1998* funciona como importante marco legal para o *whistleblowing* no direito anglo-saxão europeu. Conforme relembrado no estudo de Ian Dewing e Peter Russell (2016), há algumas condicionantes na lei não observadas em algumas legislações, como na estadunidense: por exemplo, somente algumas categorias de pessoas e determinados tipos de ilícitos recebem

a proteção legal. Além disso, há um sólido marco institucional para o *whistleblowing* por parte da atuação direta do governo britânico: relembram Hassink, de Vries e Bollen (2007) que a *Financial Services Authority* – atualmente subdividida em *Financial Conduct Authority* e *Prudential Regulation Authority* – trouxe ao conhecimento das empresas o *Combined Code on Corporate Governance* em 2003, o qual contém sugestões para arranjos institucionais a fim de garantir e fomentar a prática de *whistleblowing* nas empresas.

O fato é que a legislação varia de acordo com o regime de proteção e estímulo para a prática do *whistleblowing*. Os arcabouços jurídicos dos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Japão costumam servir como representação dos países com o maior grau de proteção e previsões expressas em temas como legislação expressa, proteção contra retaliação, encorajamento de denúncia interna e externa, e incentivos regulatórios para o *disclosure* (DLA PIPER, 2015). Nos EUA, merece menção o *Whistleblower Protection Act of 1989, Pub.L. 101-12*, diploma legislativo que insere a proteção ao *whistleblower* em uma norma federal.

Há países, como a Romênia, em que o *whistleblower* é isento de responsabilização caso reporte um caso de recebimento de suborno antes de iniciada uma investigação por parte das autoridades – tal fato, no entanto, é criticado pelo Grupo de Estados contra a Corrupção (Greco) por enfraquecer o *enforcement* das leis contra suborno. A Hungria, por exemplo, também tem isenções legais aos *whistleblower* e normas bastante rígidas no tema, porém, com pouco *enforcement* na prática (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 218).

Em geral, cada legislação terá sua idiossincrasia local e, por essa razão, há tentativas de uniformização no âmbito global – como as recomendações e boas práticas emitidas pela Transparência Internacional (2013). O que sói ocorrer no meio corporativo, sobretudo em multinacionais de origem norte-americana ou britânica com filiais em outros países, é que os controles de compliance adotados e os procedimentos internos para denúncia fatalmente acabam seguindo a legislação do país onde está localizada a sede ou onde a empresa está constituída (*incorporated*), se a legislação do país da filial for mais deficiente ou insuficiente. Seria, *e.g.*, o caso da legislação brasileira, umas das mais mal avaliadas no quesito *proteção ao whistleblower* – ao lado de outros países como Bélgica, Hong Kong, Índia, Indonésia e Cingapura (DLA PIPER, 2015). No caso de a legislação local ser mais restrita ou insuficiente, acaba-se usualmente aplicando a conjugação da legislação da sede/constituição com a legislação local nos procedimentos internos.

Ou seja, no caso de uma multinacional atuando no Brasil, é bem provável que os seus programas de compliance local sigam os *standards* internacionais aplicados nas jurisdições mais exigentes nas quais a empresa atua, levando a uma melhor governança corporativa na instituição ao atuar globalmente. Por isso que o tema do *whistleblowing* transcende à regulação nacional para as empresas multinacionais, razão pela qual elas devem se pautar pelas melhores práticas internacionais.

No que tange às organizações internacionais, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em um de seus documentos internos de governança (versão 1 da IGDS nº 186, de 8.9.2010), trata sobre a “[é]tica no escritório: a proteção ao *whistleblower*”. Esse documento refere já no item 2 de sua introdução que “todos os funcionários merecem proteção contra retaliação por relatar más condutas e cooperar com uma auditoria ou uma investigação” e deixa claro que há “passos a serem seguidos para a proteção dos denunciantes contra retaliação”.

Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, na sua Recomendação de 26.11.2009, para Desenvolvimento do Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (a convenção sobre o tema, de 1997, foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.678, de 30.11.2000), indica que seus países-membros devem assegurar que sejam adotadas medidas adequadas para a proteção, contra processos discriminatórios ou disciplinares, a empregados públicos e privados que relatem, de boa-fé e com bases razoáveis, para as autoridades competentes, suspeitas de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. A recomendação também visa a proteger auditores externos no exercício da mesma atividade.

No mesmo diapasão, os líderes do Grupo dos 20 – G20 reúnem-se anualmente desde 2009, apresentando, a cada encontro, seus compromissos anticorrupção e que, consequentemente, afetam as orientações a serem tomadas nas políticas de compliance. Em 2013, o grupo renovou seu comprometimento de compartilhar as melhores práticas e fazer cumprir a legislação para proteger os denunciantes.

6.4 Recompensa

No setor público, a exposição da corrupção perpetrada pelos oficiais superiores, bem como a recusa em fazer parte de algum esquema ilícito, pode ser vantajoso para o empregado. Em alguns países, há

recompensas pecuniárias, promoções, recomendações, além de outras premiações para quem expõe casos de corrupção pública (KLITGAARD, 1983). Já no caso de corrupção no setor privado, esse tipo de recompensa não costuma existir naturalmente.

A previsão de oferecimento de recompensa na legislação pode (i) contribuir para o fortalecimento dos controles internos da instituição, com mais pessoas atentas às práticas que vêm sendo desenvolvidas no seio corporativo; e (ii) estimular empregados em posições-chave da organização, que possuem maior acesso a informações restritas e que tenham condições de revelar transgressões corporativas reportadas e não sanadas internamente, a denunciarem os feitos delituosos às autoridades.

Sob o ponto de vista da eficiência econômica, a recompensa ao *whistleblowing* pode ser uma variável justificável. Conforme afirma Yehontan Givati (2015, p. 2, tradução livre do original):

[u]ma vantagem central de obter informações sobre violações da lei por parte de *whistleblowers*, ao invés de oficiais da polícia ou investigadores, é que o emprego de oficiais e investigadores consome recursos reais, enquanto que a recompensa ao *whistleblower* é meramente uma transferência de riqueza.

A recompensa ao *whistleblower*, conforme expõe Wim Vandekerckhove (2011), foi um tema de importante debate no grupo de trabalho da OCDE de 1999, havendo quem advogasse que esse não seria um dos motivos legítimos para caracterizar o ato de *whistleblowing*, retirando-lhe o caráter altruísta subjacente ao ato. Porém, a ideia ganhou corpo nos últimos anos, havendo até mesmo quem defendesse a criação de um fundo para custear as recompensas do *whistleblowing*. O autor ressalta que essa tem sido a passagem de um modelo de ideia mais antiga – no qual a motivação e os valores do *whistleblower* eram mais importantes – para um modelo mais recente, no qual a obtenção de informação é mais relevante do que a motivação do agente, com isso almejando-se à eficiência corporativa – visto que a fraude ou corrupção seria um fator de ineficiência na alocação dos recursos.

Além dessa consideração econômica, há uma evidente consideração jurídica a ser destacada, em homenagem ao princípio da eficiência da Administração Pública, que deve buscar alternativas que maximizem os ganhos para toda a sociedade sem violar direitos e garantias a ela resguardados. Se a obtenção de informação não for violadora de nenhum direito ou garantia, ela poderia se justificar com fundamento no mencionado princípio em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Luigi Zingales (2015, p. 228):

[o]s delatores beneficiam a sociedade, mas em média saem perdendo no nível individual: veem-se demitidos e, com frequência, são relegados ao ostracismo. Encontrar maneiras de compensar os delatores pelas valiosas informações proporcionadas por eles no combate às fraudes incentivaria um maior número deles a revelar o que sabem.

Por essa razão é que há uma maior aceitabilidade da recompensa nos dias atuais em comparação à que havia no passado. A Transparência Internacional (2013), nas suas boas práticas para legislação em *whistleblowing*, recomenda a existência de *sistemas de recompensa*, que podem ser de cunho pecuniário através de percentual do que foi recuperado ou das multas, ou medidas de reconhecimento público, como condecorações ou desculpas oficiais.

O recente trabalho de Givati (2015, p. 26, tradução do original) procurou construir um modelo com implicação na formulação das políticas públicas de recompensa:

De acordo com o modelo (Equação 6), cinco fatores devem ser considerados quando se estabelecem recompensas para *whistleblowers*: (1) o benefício pessoal ao violador por violar a lei; (2) o custo pessoal do *whistleblower*; (3) a probabilidade de uma denúncia falsa bem-sucedida; (4) a probabilidade de uma denúncia verdadeira bem-sucedida; e (5) o tamanho da sanção por violar a lei. Um aumento nos primeiros três fatores deve levar a um aumento na recompensa, enquanto que um aumento nos últimos dois fatores deve levar a uma diminuição na recompensa. É mais interessante, uma maior probabilidade de uma denúncia falsa deve levar, contraintuitivamente, a uma maior, e não menor, recompensa ao *whistleblower*.

As críticas ao sistema de recompensa é que isso pode levar a um movimento de fuga de informações para as autoridades ao invés de uma preferência pelo compliance interno, quebrando as expectativas dos reguladores quanto à função das companhias de *stewards* (ou “administradores”) do mercado, perdendo-se uma excelente oportunidade para que desvios possam ser corrigidos ainda no estágio embrionário.

Porém, é certo que isso não será um problema em todos os casos, visto que, em determinadas situações, práticas fraudulentas ou de corrupção podem ser *business as usual* dentro da corporação – e, portanto, o sistema de compliance interno pode simplesmente ser um procedimento pró-forma, não levando a cabo as investigações necessárias. É o caso da racionalização de comportamentos antiéticos

amplamente disseminados dentro de uma organização, o que dificulta o reconhecimento institucional e dos próprios empregados de que há algo de errado dentro da corporação (ANAND; ASHFORTH; JOSHI, 2004), estrutura típica das “organizações governadas ditatorialmente” (O’SULLIVAN; NGAU, 2014, p. 411).

Outro sério problema no funcionamento das políticas de compliance é quando os procedimentos passam a se tornar *box-ticking*, o que faz com que situações mais complexas não sejam capturadas pelos canais de denúncias e, portanto, perdem-se boas oportunidades de detecção e remediação de irregularidades.

Para essas hipóteses trazidas acima, e em havendo sérios indícios de que isso esteja ocorrendo no seio da instituição, a recompensa não estaria proporcionando um “atalho” ao *whistleblower*. Tais fatos têm que ser analisados caso a caso para que justamente seja possível homenagear os programas de compliance interno que efetivamente levem a resultados práticos. Uma observação importante com relação ao código de ética das empresas é que nem sempre as situações descritas serão bem claras ou estarão cobertas na integralidade no texto dos códigos, sobretudo nas hipóteses em que ele não tenha sido redigido por profissionais do setor (O’SULLIVAN; NGAU, 2014) ou então tenha sido elaborado na forma de “prateleira”, não ilustrando as reais necessidades e desafios da instituição.

Além disso, há que se considerar que a existência de recompensas internas pode ajudar a mitigar os efeitos nocivos do *whistleblowing*, como a proteção do *status* e das funções, gastos com honorários de advogados, compensações; porém, que sejam dependentes da atmosfera moral da empresa (PONEMON, 1994; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2013). Esse ponto será mais bem explicitado adiante.

6.5 O princípio do *qui tam* no direito norte-americano

Conforme relembra Wim Vandekerckhove (2011), a ideia de recompensa no *common law*, presente na *False Claims Act* (FCA) de 1863 (31 U.S.C. Sections §§3729-3731), é a do princípio de *qui tam pro domino rege sequitur quam pro se ipso* (em tradução livre: “aquele que processa em nome do rei também processa em nome próprio”), o que comumente se denomina de ações *qui tam*. A legitimidade ativa desse tipo de ações é de qualquer empregado ou ex-empregado, e a ideia principal é que a pessoa que propõe a demanda receba um percentual sobre o que o governo conseguir recuperar ao cabo da investigação. De acordo com as

mudanças introduzidas em 1986 no FCA, se o governo figurar no polo ativo, o *whistleblower* pode receber 15-20% do montante recuperado; caso contrário, esse percentual pode ser em torno de 25-30%. A partir dessas mudanças, há diversos estudos que demonstram que os casos de denúncia de fraudes aumentaram substancialmente, resultando em significativas recuperações de ativos por parte do governo norte-americano – bem como em generosos pagamentos de recompensas aos *whistleblowers* pelas informações reveladas.

Há, dessa forma, uma importante correlação a ser destacada entre a melhora da regulação da recompensa por parte da legislação e o aumento de casos reportados ao governo. O princípio do *qui tam* parece servir como um mecanismo de estímulo para que os *whistleblowers* possam reportar casos, sabendo que haverá uma compensação pelos prejuízos pessoais e profissionais que sua conduta eventualmente acarretará.

Há, no entanto, alguns pontos a serem relevados com relação a esse princípio, consoante destaca Wim Vandekerchove (2011). O primeiro é que isso fomentou denúncias contra indústrias em geral, e não contra a empresa em si – que seria o espírito do *whistleblower* interno –, a fim de potencializar as recompensas aos *whistleblowers*. Esse tipo de prática pode ser questionável sob a ótica da qualidade do *whistleblowing*, pois se perde a especificidade da informação quando se expande da empresa para a indústria em geral. Esse tipo de comportamento, no entanto, pode ser limitado por meio de uma legislação que circunscreva a figura do *whistleblower* a condutas internas na corporação, para privilegiar justamente as informações internas às quais uma investigação externamente teria acesso.

Um segundo ponto apontado, relacionado com governança corporativa – e mais difícil de ser solucionado com a legislação –, é que isso pode não ajudar a fomentar um câmbio na chamada “atmosfera moral” da companhia, mas sim incentivar uma busca incessante, por parte dos empregados, em registrar erros alheios, criando um sentimento de desconfiança geral na companhia. Lawrence Ponemon (1994, p. 124, tradução do original) define o que vem a ser *atmosfera moral*:

“Em termos simples, a atmosfera moral é definida como a parte de uma cultura organizacional ou filosofia informal que lida com problemas éticos e a resolução de conflitos morais”. Dessa maneira, em uma atmosfera moral positiva, há “[...] um ambiente que contém um grau saudável de diversidade entre os empregados, incluindo seus níveis hierárquicos superiores de gerência, em termos de crenças éticas individuais, valores

e características de raciocínio ético. Aqui, como resultado da diversidade de individual, as pessoas se sentem livres para expressar um ponto de vista moral que pode ser notavelmente diferente dos outros na mesma organização”.

O terceiro e final ponto do autor é que isso pode fomentar denúncias que não estejam fundamentadas em evidências ou suspeitas razoáveis (*reasonable suspicion*) em sua maior parte, mas simplesmente em preocupações ou fatos duvidosos sem comprovação suficiente (*smoking-gun evidences*), já que a recompensa é devida com base em informações proporcionadas que possam ser utilizadas para uma investigação – aproximando-se dos esquemas estilo *perfito* aplicados aos ex-membros da máfia italiana. Esse tipo de problema é evitado nos “modelos antigos”, nos quais o motivo é mais relevante que a informação.

E essa não é uma crítica isolada ao sistema. Mark Arszulowicz (2011) também é cético quanto ao sistema de recompensa, pelo risco de se criarem “*whistleblowers* profissionais”, além de fomentar um sistema de recompensa por perdas que porventura não venham a ocorrer, o que torna a tarefa de difícil quantificação. O *whistleblower* profissional seria aquela figura inconveniente dentro da organização que está mais preocupada em registrar, anotar e gravar potenciais erros e equívocos cometidos por parte de outros empregados e superiores que podem resultar em uma transgressão, aproximando-o justamente do conceito de *rat* do imaginário popular.

Kathleen Boozang (2012) demonstra também que um dos efeitos negativos que vem ocorrendo por meio de ações *qui tam* com base no FCA, especialmente no setor de saúde e *life sciences*, é que ex-advogados e consultores internos (*in-house*), além de *compliance officers* que são registrados como advogados, têm atuado como *whistleblowers* e tomado parte ativa em ações *qui tam*, não observando o dever de confidencialidade exigente dentro da profissão.

Nos EUA, conforme demonstra Roberta Ann Johnson (2003), diferentemente do que ocorre no Brasil, o ambiente para *whistleblowing* é favorável: a legislação encoraja a prática, além de proteger o *whistleblower*, estando, ainda, inserida em uma cultura que valoriza esse tipo de atitude. E, como observado, também há um incentivo econômico, já que o FCA permite que em alguns casos haja uma premiação de 15-25% do valor que é recuperado em razão da denúncia realizada, o que serve de motivação em casos de relevante expressividade. É ilustrativo o caso de Pat Shull, que recebeu, em 1998, 25 milhões de dólares em razão de uma denúncia referente a más práticas por parte do Bank of America.

Porém, defende-se que esse tipo de recompensa econômica não seja o principal motor para o *whistleblowing* no sistema norte-americano.

Colin Grant (2004) é favorável ao sistema de recompensas pelos prejuízos que o *whistleblower* pode sofrer; no entanto, entende que uma indicação de antecipação da recompensa pode retirar todo o mérito ético do ato. Nesse ponto, a legislação estadunidense define previamente um percentual que pode ir de encontro a esse aspecto ético do ato – e essa é uma das críticas do autor ao FCA.

Em síntese: o sistema de recompensas, sob uma perspectiva pública, pode ser excelente a fim de aumentar o número de relatos de casos; porém, se não aplicado com parcimônia, pode ser desastroso sob uma perspectiva privada no seio da corporação. Por essa razão, é um sistema recomendável, mas que deve estar minuciosamente regulamentado em políticas internas (para o caso de recompensas dentro da organização) e na legislação pertinente (para os relatos externos).

6.6 O sistema de recompensa previsto no *Dodd-Frank Act*

O *Dodd-Frank Act* promoveu uma alteração no *Securities Exchange Act* de 1934, adicionando a *Section 21F*, denominada *Securities Whistleblower Incentives and Protection*, estabelecendo um processo de recompensa (*award process*), além de criar um departamento para receber tais denúncias, chamado de *Office of the Whistleblower*. Explicam Michael Hurwitz e Jonathan Kovacs (2016) que o referido programa permite, em casos que envolvam mais de 1 milhão de dólares, que o *whistleblower* possa receber entre 10-30% das sanções monetárias impostas à entidade sob investigação, considerando quatro critérios materiais, como (i) a importância da informação, (ii) o grau de assistência do *whistleblower*, (iii) o interesse governamental em evitar violações da lei, e (iv) a participação nos sistemas internos de compliance (este último, embora haja omissão legislativa, foi adotado pela *Securities and Exchange Commission* – SEC para estimular a utilização das estruturas internas da companhia). Desde o início do programa, já foram pagas recompensas a diversos *whistleblowers*, e o caso de maior repercussão, ainda em andamento, deverá conceder ao *whistleblower* um prêmio de 30-35 milhões de dólares.

Os autores também explicam que alguns requisitos procedimentais devem ser atendidos para a caracterização do *whistleblowing*: (i) o ato deve ser voluntário (não se enquadra o fornecimento obrigatório legal de informações); (ii) a informação deve ser original e independente;

(iii) o ato deve conduzir a uma ação de *enforcement* bem-sucedida; e (iv) o requisito monetário de levar a multas superiores a 1 milhão de dólares, como já apontado (HURWITZ; KOVACS, 2016).

Há fatores negativos que podem influir no percentual descrito acima, como (i) a interferência com os sistemas internos de compliance e de denúncia, (ii) a culpabilidade do *whistleblower*, e (iii) o atraso desastroso ao oferecer a denúncia (HURWITZ; KOVACS, 2016).

Existem algumas críticas a esse sistema estabelecido pelo *Dodd-Frank Act*. Joshua Ernst (2011) demonstra que as provisões de recompensa ao *whistleblower* no *Dodd-Frank Act* podem prejudicar o cumprimento do FCPA pelas empresas, sendo um verdadeiro “combustível” ateado no “fogo” do FCPA. Ou seja, isso estaria acabando com a *cultura de compliance* que o FCPA veio a querer inculcar nas empresas nas últimas décadas, visto que estaria havendo uma fuga de informações diretamente aos reguladores ao invés de se priorizar e utilizar os canais internos necessários antes de qualquer medida externa. Talvez – e aqui especulamos as razões para tal fato – o *Dodd-Frank Act* tenha justamente tomado esse viés por uma compreensão por parte dos legisladores norte-americanos de que os sistemas de compliance das empresas não vinham funcionando como o esperado, sobretudo no sistema financeiro. A crise de 2008, portanto, acabou por catalisar esse processo de maior “fuga” de informações aos reguladores.

Cumpre destacar a principal discussão jurídica que vem ocorrendo atualmente quanto à extensão da proteção do *whistleblowing* sob o *Dodd-Frank Act*, que estabelece que esta seria somente aos fatos relatados à SEC. No entanto, em março de 2017, uma decisão da U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit (*Somers v. Digital Realty Trust*) prescreveu que deve ser considerada uma interpretação mais ampla do instituto, para também proteger os que relatam internamente as irregularidades, e pode fazer com que o caso chegue futuramente à Suprema Corte (TODD, 2017).

6.7 Evitando o *bountyhunter* no *whistleblowing*: estabelecer uma recompensa ou uma compensação?

O *bountyhunter* é o que se convencionou denominar em português como “caçador de recompensas”, atividade muito comum nos Estados Unidos para capturar indivíduos com problemas legais (criminosos, fugitivos etc.), fazendo parte do sistema de *law enforcement* do país. Idealizados em diversos livros e filmes na época do Velho Oeste

norte-americano, atualmente esses profissionais são chamados de *bribe enforcement agents*. A motivação financeira é o que move essas pessoas a correrem diversos riscos e a se aventurarem nesse tipo de prática considerada não tão nobre pela sociedade norte-americana em geral.

Mas o que isso tem a ver com o ambiente corporativo e o *whistleblower*? No Brasil, o sistema de recompensas pode estimular as denúncias, melhorando a governança corporativa das empresas e, por conseguinte, reduzindo o nível de corrupção governamental em contratos administrativos, por exemplo. Em um nível hierárquico superior, quando o *whistleblower* é a própria pessoa jurídica, ela pode se beneficiar participando da licitação novamente, sendo tal fato já uma boa representação de um benefício ao denunciante (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016).

É certo que o fator financeiro jamais pode ser o mote ou a principal razão para o *whistleblowing*, mas pode se constituir em uma importante ferramenta a fim de que forneça o terreno necessário para a sua ocorrência. Todavia, se mal desenhado, pode criar a figura do *bountyhunter* do meio corporativo, o empregado em busca de uma brecha para poder enriquecer em uma só “tacada”.

É certo que não é a intenção de qualquer legislação fomentar o surgimento de *bountyhunters* corporativos, à semelhança de Boba Fett, Rooster Cogburn, William “Will” Munny, The Man with No Name ou Dr. King Schultz (famosos caçadores de recompensas nos filmes de Hollywood); entretanto, é sabido que o mundo corporativo, sobretudo em determinadas indústrias, é relativamente “pequeno”, e as pessoas em posições-chave são conhecidas pelo respectivo mercado. Adicionem-se, a esse contexto, as redes sociais corporativas que cada vez mais ganham força como instrumento de *network* profissional e têm um efeito multiplicador com relação à disseminação dessas informações. Dessa forma, um *whistleblower* em determinada indústria pode ter a sua carreira comprometida ao revelar algum escândalo corporativo ou de corrupção que envolva a sua atual organização. Por isso, mais que uma recompensa, o objetivo final é, verdadeiramente, uma compensação.

Há pesquisas empíricas, como de Heumann (2015), que sugerem que a opinião pública é mais refratária a apoiar o *whistleblower* se há indícios de que o principal motor tenha sido o favorecimento pessoal. Ademais, há uma preferência na opinião pública no sentido de que o caso seja escalado internamente ao invés de ir a público diretamente – situação esta na qual o apoio tende a ser menor. Por essa razão que o fator pecuniário, se existente, não deve ser o enfoque da prática do *whistleblowing*, devendo ser tratado como um fato consequencial.

Todavia, entendemos que, no mercado brasileiro, por conta de algumas peculiaridades, esse fator financeiro possa ser um importante gatilho para novos casos de *whistleblowing*. Atentos a isso, escritórios de advogados norte-americanos estão enviando cartas a funcionários de empresas brasileiras listadas em Nova York, explicando o funcionamento do *whistleblowing* e incentivando-os a apresentar denúncias à SEC (TORRES, 2017). Há certa distinção entre as estruturas corporativas de empresas anglo-saxãs e brasileiras, no sentido de que a centralização de decisões empresariais relevantes é maior no último contexto, sobretudo em cargos de posição-chave da empresa. Por essa razão, no Brasil, o pressuposto geral é que um indivíduo que possa ser um potencial *whistleblower* ocupe uma posição relevante dentro da corporação, a qual lhe permita ter acesso a informações mais restritas e que possam estar conectadas com alguma potencial transgressão por parte da corporação.

Paul Sullivan (2012) demonstra como a prática do *whistleblowing* pode destruir a carreira corporativa de um profissional, levantando que os “prêmios” pagos em casos de delação de assuntos fiscais pela IRS, por exemplo, giram ao redor de 330 mil a 500 mil dólares, sem contar os impostos e honorários advocatícios que podem incidir sobre a quantia. Logo, não são montantes que mudarão para sempre a vida de um empregado, visto que tais quantias representam o valor de um imóvel em um bairro de classe média em uma cidade de médio porte no país (não permite, por exemplo, que o *whistleblower* possa viver dos frutos desse valor). Ademais, a taxa de insucesso desses casos, ou seja, se o Departamento de Justiça – DOJ leva adiante a investigação, é elevada – ao redor de 80%. E a confidencialidade da identidade do *whistleblower* nesses casos, por se tratar de casos na condição *sub judice*, não tem como ser preservada – diferentemente dos casos administrativos da SEC e da própria IRS (mas que, mesmo assim, podem ser revelados posteriormente se os *whistleblowers* tiverem que atuar como testemunhas).

Por essa razão que entendemos, analogamente ao caso de transgressões que levam ao *whistleblowing*, que não se trataria de uma recompensa nessas hipóteses, mas sim de uma compensação pelos prejuízos com os quais o *whistleblower* terá que arcar em razão de seus atos. Portanto, a compensação deve ser justa e arbitrada de acordo com os danos, sofridos e potenciais, suportados pelo profissional.

Conclusão

Em fechamento, à guisa de aprendizado com as experiências estrangeiras, e vislumbrando oportunidades de *lege ferenda* para o ordenamento

jurídico brasileiro, vale chamar a atenção para o fato de que as boas práticas recomendadas pela Transparência Internacional (2013) sugerem que a legislação sobre *whistleblowing* seja clara e sem emendas, razão pela qual deve se tratar de uma *norma específica e autônoma* a respeito do tema, em homenagem à clareza que se espera de tais regras.

O *whistleblowing* e seus elementos estão presentes em debates legislativos de outros países também. No processo de alteração legislativa do *Public Interest Disclosure Act* de 2013 (PIDA) da Austrália, houve muita discussão a respeito dos benefícios da possível introdução de um *bounty system* no estilo americano, que poderia aumentar o número de relatos feitos por parte de *whistleblowers* (BRAND; LOMBARD, 2015).

No Brasil, na Austrália ou em outros países em que se procure habilitar legalmente a prática do *whistleblowing*, há também que se considerar que um dos principais temores nas denúncias é o risco de retaliação. Programas de compliance e de treinamento e as *whistleblower hotline policies* tendem a destacar as proteções contra retaliação aos seus respectivos empregados; no entanto, há estudos (WAINBERG; PERREAULT, 2016) que indicam que isso pode ter um efeito *backfire* ao deixar mais salientados os riscos pessoais que envolvem tais denúncias, elevando ainda mais o temor de reportar por parte dos empregados.

Embora pareça contraintuitivo, isso deve ser levado em consideração pelas empresas na feitura dos respectivos programas de compliance – muito embora a legislação brasileira tenha que ser interpretada de maneira teleológica, visto que prescreve textualmente a necessidade de estabelecimento de mecanismos de proteção ao denunciante. Talvez os mecanismos devam estar presentes, mas não explícitos a todos, caso se queira estruturar uma política na linha da recomendação do supracitado trabalho.

Por fim, um ponto fundamental é a conscientização e a mudança de cultura que deve haver nas instituições. Conforme afirmam Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 496, tradução do original):

lejm grande medida, as medidas corporativas de anticorrupção guardam paralelo com aquelas dos governos. As empresas devem estabelecer e disseminar um forte código de ética corporativa, contratar empregados honestos que se identificam com aquele código, remover incentivos que induzem os empregados a se envolver em comportamento de corrupção, e tomar medidas para detectar violações com auditorias internas e proteções ao *whistleblower*.

Por essa razão, a Transparência Internacional (2013, p. 10) recomenda um amplo programa de treinamento corporativo contínuo

a respeito, para que os dispositivos fiquem claros a todos no ambiente de trabalho. Sem uma cultura empresarial que destaque a importância do *whistleblowing* e do escalamento interno de preocupações, a mera existência de normas, políticas e procedimentos não é suficiente a fim de fomentar as melhores práticas corporativas nessa seara.

Referências

- ANAND, Vikas; ASHFORTH, Blake E.; JOSHI, Mahendra. Business as usual: the acceptance and perpetuation of corruption in organizations. *Academy of Management Executive*, v. 19, n. 4, p. 9-23, 2004.
- ANDRADE, Julio A. Reconceptualising whistleblowing in a complex world. *Journal of Business Ethics*, v. 128, p. 321-335, 2015.
- BAGLEY, Constance E.; DAUCHY, Craig E. *The entrepreneur's guide to business law*. 4. ed. Singapore: South Western Cengage Learning, 2012.
- BOOZANG, Kathleen. The new relators: in-house counsel and compliance officers. *Journal of Health & Life Sciences Law*, v. 6, n. 1, p. 1-16, 2012.
- BRAND, Vivienne; LOMBARD, Sulette. Good governance practice in relation to corporate whistleblowing. *Governance Directions*, v. 67, n. 1, p. 10-13, 2015.
- DEWING, Ian P.; RUSSELL, Peter O. Whistleblowing, governance and regulation before the financial crisis: the Case of HBOS. *Journal of Business Ethics*, v. 134, n. 1, p. 155-169, 2016.
- DLA PIPER. *Whistleblowing: an employer's guide to global compliance*. 2. ed. Londres: DLA Piper, 2015. Disponível em: <https://www.dlapiper.com/~/media/Files/Insights/Publications/2015/06/Whistleblowing_Law_Report_2015.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- DRUCKER, Peter F. What is "business ethics"? *The McKinsey Quarterly*, n. 3, p. 2-15, Autumn 1981.
- ERNST, Joshua. The Dodd-Frank whistleblower provision: throwing fuel on the fire for Foreign Corrupt Practices Act compliance. *Arizona State Law Journal*, v. 43, n. 4, p. 1313-1343, 2011.
- G20. *G20 Anti-Corruption Action Plan 2017-2018*. Disponível em: <http://g20.org/English/Documents/Current/201609/t20160927_3508.html>. Acesso em: 31 out. 2016.
- G20. *G20 Leaders Anti-Corruption Commitments*. 2013. Disponível em: <http://www.g20.org/English/Documents/PastPresidency/201512/P020151225683214819877.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.
- GAO, Jingyu; GREENBERG, Robert; WONG-ON-WING, Bernard. Whistleblowing intentions of lower-level employees: the effect of reporting channel, bystanders, and wrongdoer power status. *Journal of Business Ethics*, v. 126, p. 85-99, 2015.
- GIVATI, Yehonatan. A theory of whistleblower rewards. *Journal of Legal Studies*, v. 45, p. 43-72, 2016. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682939>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- GLADWELL, Malcolm. *Fôra de sério: Outliers*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.

- GRANT, Colin. Whistle blowers: saints of secular culture. *Journal of Business Ethics*, v. 39, n. 4, p. 391-399, 2002.
- HASSINK, Harold; VRIES, Meindert de; BOLLEN, Laury. A content analysis of whistleblowing policies of leading European companies. *Journal of Business Ethics*, v. 75, p. 25-44, 2007.
- HEUMANN, Milton et al. Public perceptions of whistleblowing. *Public Integrity*, v. 18, p. 6-24, 2015.
- HURWITZ, Michael H.; KOVACS, Jonathan. An overview of the SEC's whistleblower award program. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. XXI, n. 3, p. 531-580, 2016.
- JOHNSON, Roberta Ann. *Whistleblowing: when it works – and why*. London: Lynne Rienner Publishers, 2003.
- KAPLAN, Richard L. The mother of all conflicts: auditors and their clients. *The Journal of Corporation Law*, v. 29, n. 2, p. 363-369, 2004.
- KLITGAARD, Robert E. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, 1987.
- LAUFER, William S. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. *Iowa Law Review*, v. 87, n. 2, p. 643-667, 2002.
- MARTINS, Jomar. Whistleblower é um aliado do Estado no combate à corrupção. *Revista Consultor Jurídico*, 20 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-20/whistleblower-aliado-estado-combate-corrupcao>>. Acesso em: 24 out. 2016.
- MOTA JUNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (whistle-blower). Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Direito y Cambio Social*, Lima, ano IX, n. 30, 2012. Disponível em: <http://www.derechoyambiosocial.com/revista030/Prote%C3%A7%C3%A3o_ao_servidor.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.
- NEAR, Janet P.; MICELL, Marcia P. Organizational dissidence: the case of whistle-blowing. *Journal of Business Ethics*, v. 4, n. 1, p. 1-16, 1985.
- O'SULLIVAN, Patrick; NGAU, Ola. Whistleblowing: a critical philosophical analysis of the component moral decisions of the act and some new perspectives on its moral significance. *Business Ethics: a European Review*, v. 23, n. 4, p. 401-415, 2014.
- OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related Documents*. Disponível em: <http://www.oecd.org/da/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.
- OIT. *Office Procedure – IGDS Number 186 (Version 1) – Ethics in the Office: Whistleblower protection*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/ethics/download/whistle-blower.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.
- PÉREZTS, Mar; PICARD, Sébastien. Compliance or comfort zone? The work of embedded ethics in performing regulation. *Journal of Business Ethics*, v. 131, p. 833-852, 2015.
- PONEMON, Lawrence A. Whistle-blowing as an internal control mechanism: individual and organizational considerations. *Auditing: a Journal of Practice & Theory*, v. 13, n. 2, p. 118-130, 1994.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.

- ROSENBERG, Jill L. Preventing Sarbanes-Oxley and other whistleblower claims. *The Journal of Investment Compliance (Euromoney)*, v. 5, n. 3, p. 15-20, 2004.
- SCHULTZ, David; HARUTYUNYAN, Khachik. Combating corruption: the development of whistleblowing laws in the United States, Europe, and Armenia. *International Comparative Jurisprudence*, v. 1, p. 87-97, 2015.
- SULLIVAN, Paul. The price whistle-blowers pay for secrets. *The New York Times*, Sept. 21, 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/09/22/your-money-for-whistle-blowers-consider-the-risks-wealth-matters.html?_r=0>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- TODD, Ross. Ruling 2-1, Ninth Circuit adopts broad whistleblower definition. *The Recorder*, March 8, 2017. Disponível em: <<http://www.therecorder.com/id=1202780882159/Ruling-21-Ninth-Circuit-Adopts-Broad-Whistleblower-Definition?srreturn=20170214084131>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- TORRES, Fernando. Brasil virou alvo de recompensa. *Valor Econômico*, 21 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4906882/brasil-vira-alvo-de-cacadores-de-recompensa>>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *International principles for whistleblower legislation: best practices for laws to protect whistleblowers and support whistleblowing in the public interest*. Berlin: Transparência Internacional, 2013.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *The business case for "speaking up": how internal reporting mechanisms strengthen private-sector organisations*. Berlin: Transparência Internacional, 2017.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ. *The Yates Memo*. Office of the Deputy Attorney General. Sept. 9, 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>>. Acesso em: 15 fev. 2017.
- VINTEN, Gerald. Whistleblowing – Fact and fiction. Na introductory discussion. In: VINTEN, Gerald (Ed.). *Whistleblowing – Subversion or corporate citizenship?* London: Paul Chapman Publishing, 1994.
- WAINBERG, James; PERREAULT, Stephen. Whistleblowing in audit firms: do explicit protections from retaliation activate implicit threats of reprisal? *Behavioral research in accounting*, v. 28, n. 1, p. 83-93, 2016.
- WANDEKERCKHOVE, Wim. Rewarding the whistleblower: disgrace, recognition or efficiency? In: ARSZUŁOWICZ, Marek; GASPARSKI, Wojciech (Ed.). *Whistleblowing: in defense of proper action*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2011.
- ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: Bei Comunicações, 2015.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *Whistleblowing no ambiente corporativo – Standards internacionais para sua aplicação no Brasil*. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 121-147. ISBN 978-85-450-0473-8.
