

Regulamentaram o “dedo-duro” no “país do jeitinho” — e por lei



Aury Lopes Jr.
Advogado

**Alexandre
Morais da Rosa**
Juiz de Direito - SC

Devemos nos acostumar a pensar o *whistleblower* no país do

jeitinho¹. Isso porque a Lei 13.608/18, de “carona”, regulamentou a figura do dito [“reportante do bem”](#), sugerido pelo artigo 33 da Convenção das Nações Unidas para o combate à corrupção.

Constou expressamente:

“Art. 2º Os Estados são autorizados a estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio.

“Art. 3º O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados.

“Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, **poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie**”.

O movimento compreende-se na linha da imposição de *compliance*, entendido como o dever de operar em conformidade com a legislação, regramentos internos e externos, não necessariamente públicos. Surge como discurso totalizador de redução de riscos, capaz de mitigar os efeitos de ações capazes de gerar implicações legais e prejuízos à reputação (da instituição ou dos administradores/empregados). A lógica do *compliance* é a de promover atividade preventiva e/ou repressiva no tocante à prática interna (legal, regulamentar, ética etc.), tanto dos atos da pessoa jurídica como dos agentes a ela vinculados, monitorando as práticas internas, controlando os desvios e abusos, bem assim responsabilizando internamente os desvios e, com isso, evitando possíveis responsabilizações externas (penal, cível e administrativo)².

Entretanto, o compartilhamento de informações entre a corporação e os órgãos estatais de controle é

sempre dependente da análise do custo/benefício da publicização, dado que pode ter efeitos negativos na imagem e responsabilização. Daí que o controle interno não é, necessariamente, levado ao espaço público, com os riscos inerentes. Surge um novo campo de investigação, pelo qual principalmente advogados emitem opiniões legais sobre a atividade, a saber, o risco da manutenção e os possíveis efeitos normativos.

Assim é que a busca de eficiência visa instaurar mecanismos de *whistleblower* (ato de "assoprar o apito"³ em que se comunica um ato ilícito/ilegal [de forma anônima⁴ ou às claras⁵], realizado em desconformidade com as práticas aceitas), consistentes em canais (eletrônicos e físicos) pelos quais membros internos (atuais ou já desligados formalmente) da instituição (pública ou privada) e terceiros podem informar ou delatar práticas ilegais e/ou irregulares, do ponto de vista do direito ou éticas, tanto à própria corporação como às autoridades (públicas e privadas). Não se confunde com os que exercem funções internas de controle e responsabilização, justamente por ser uma iniciativa fora do âmbito de atribuições, a da figura do *whistleblower*. Em princípio, não se trata de delação e/ou colaboração premiada, embora a ação do agente possa ser a de "parecer" colaborador autônomo com o fim de angariar simpatia dos órgãos de controle (privados e/ou públicos)⁶.

Para implementação eficiente da lógica do reportante/*whistleblower*, surge a discussão sobre o incentivo pecuniário (recompensa⁷), ou seja, a estipulação de percentual de sucesso, caso a denúncia/informação se mostre suficiente para descoberta das atividades e, por via de consequência, implique em benefícios ao Estado⁸. O fator diferencial é que o *whistleblower*, no ambiente americano, recebe percentual dos recursos estatais economizados ou descobertos, variando por estado, em percentuais de 25-30% — se atuou sozinho — ou de 15-25% na hipótese de colaboração estatal⁹. Trata-se de mais uma face do complexo jogo de interesses (público/privado de probidade e regularidade normativa), ainda não implementado no Brasil.

No Brasil, então, teremos o desafio de pensar uma nova forma de “mudar de lado”, aproveitando-se das oportunidades e informações que se tem acesso ou mesmo “tabelando” com terceiros, aparentemente idôneos, capazes de reportar de modo autônomo. Nos limites do pequeno texto e por fim, cabe a citação de Lívia Barbosa: “Para todos, grosso modo, o jeitinho é sempre uma forma ‘especial’ de se resolver algum problema ou situação difícil ou proibida; ou uma solução criativa para alguma emergência, seja sob a forma de burla a alguma regra ou norma preestabelecida, seja sob a forma de conciliação, esperteza ou habilidade. Portanto, para que uma determinada situação seja considerada jeito, necessita-se de um acontecimento imprevisto e adverso aos objetivos do indivíduo. Para resolvê-la, é necessário uma maneira especial, isto é, eficiente e rápida, para tratar do ‘problema’. Não serve qualquer estratégia. A que for adotada tem de produzir os resultados desejados a curtíssimo prazo. E mais, a não ser estas qualificações, nenhuma outra se faz necessária para se caracterizar o jeito. Não importa que a solução encontrada seja definitiva ou não, ideal ou provisória, legal ou ilegal”¹⁰.

A partir da conhecida Lei de Gérson — levar vantagem em tudo —, abre-se um novo campo em que se deve verificar com cuidado as fontes e a cadeia de custódia das informações, para que se não reitere a figura do *insider trading*, ou seja, de agentes que dispõem de informações privilegiadas, em geral, valiosas, que podem se mostrar taticamente relevantes para instauração de um novo comércio penal no Brasil¹¹. Sempre poderá aparecer um agente pirata tentando valer-se dos jeitinhos. Todo cuidado é pouco.

¹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

² BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011; KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA, Gimeno, Inigo Ortiz (orgs.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013; HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; BATISTA, Quetilin de Oliveira. *Criminal compliance e a lei de lavagem de capitais: uma análise acerca dos limites da responsabilidade do advogado*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

³ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação de whistleblower no Brasil*. Consultar: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175>, p. 7: “A palavra *whistle* e? traduzida de forma livre como ‘assobio’ ou ‘apito’, o que permite compreender que o agente *whistleblower* da? noti?cia de possi?vel infrac?a?o, independentemente de efetiva apurac?a?o administrativa ou judicial. Nos textos que tratam sobre o tema, a exemplo do Relato?rio da Transpare?ncia Internacional “*Whistleblowing: an effective tool in the fight against corruption* define-se *whistleblowing* como a denu?ncia e a revelac?a?o de informac?o?es sobre malfeitos — ou risco da ocorre?ncia destes — detectados em uma organizac?a?o para indivi?duos ou entidades capazes de ac?o?es efetivas. Pelo mesmo Relato?rio, depreende-se o *whistleblower* como aquela pessoa que relata informac?o?es que acredita ser evide?ncia de crime, violac?a?o de regras de trabalho, conduta i?mproba ou antie?tica, atos de corrupc?a?o ou qualquer outra atividade ilegal ou irregular que deva ser de conhecimento das autoridades responsa?veis, em raza?o de seu interesse pu?blico. Assim, a aplicac?a?o do instituto pode ser dar ale?m do processo penal, se assim desejar o legislador”.

⁴ Avalia-se, também, a possibilidade de cometimento de infração penal em face da exposição de um segredo decorrente do exercício das funções (CP, artigo 153, 154 e 325).

⁵ LOBATO, José Danilo Tavares; PAULINO, Hélder Lacerda. *Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e whistleblower*. Boletim IBCCRIM, n. 275, outubro/2015, p. 4-5: “Somente com a implantação de um sistema fundando no anonimato do delator seria possível garantir-lhe indenidade, mas ao custo de se permitir delações falsas, abusivas ou criminosas. Todo e qualquer sistema de coleta de informações, que almeje obter dados dotados de credibilidade e funcionalidade jurídica, não pode garantir anonimato ao noticiante. Inclusive, há de se observar que um sistema baseado no anonimato não passa pelo filtro constitucional previsto no art. 5º, IV, da CF. Diante da necessidade de fiabilidade da informação coletada, os sistemas de *wistheblower* interno vêm assumindo o modelo da confidencialidade. Nesse, o delator é identificado, mas sua identidade não é revelada. (...) Em contrapartida, o termo *wistheblower* externo designa a hipótese em que uma pessoa, que detenha relações passadas ou presentes com uma organização empresarial, participe a terceiros a ocorrência de

ilicitudes no âmbito da atividade econômica desta”.

6 MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153: “Na realidade, a condenação de terceiros por atos ‘cheater’ [trapaceiros] é uma das maneiras mais fáceis de construir uma reputação altruísta, já que não é necessária nenhuma atitude direta do indivíduo (ele não precisa demonstrar seu altruísmo por ações próprias, basta condenar as alheias)”.

7 OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação de whistleblower no Brasil*. Consultar: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175>, p. 17: “É urgente a edição de uma legislação de whistleblowing no ordenamento pátrio. Esse tipo de norma é extremamente eficiente no combate dos crimes de corrupção em diversos países, destacadamente nos Estados Unidos da América, bem como estimula a ética e as boas condutas nas organizações, públicas ou privadas. Trata-se de um primeiro passo para a criação, no Brasil, de uma cultura de denúncia prática de crimes e atos ilícitos em geral, seja no serviço público ou em atividades de natureza privada. Para conferir maior efetividade a essa legislação, no entanto, é preciso que se proteja e se recompense o denunciante, com medidas antirretaliação e de compensação financeira, respectivamente”.

8 SOUZA, Teresa Cristina de. *Recuperação de valores devidos ao erário no direito norte-americano: qui tam action e false claims act*. In: *Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV, n. 16, v.1, março/2012, p. 302-303.

9 Consultar: *The False Claims Act*, disponível no Departamento de Justiça americano em: http://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf.

10 BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 41.

11 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EModara; Emais, 2018.

Date Created

02/02/2018