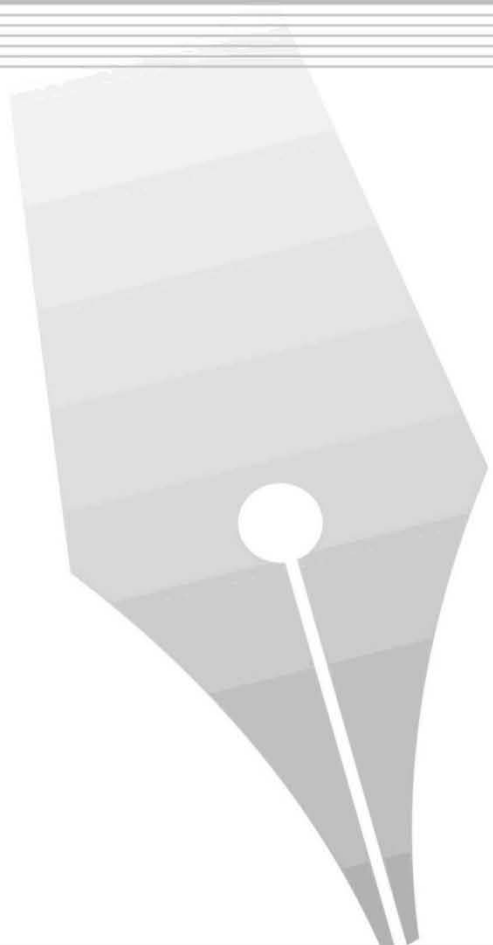


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO
WHISTLEBLOWER NO BRASIL**

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira

Textos para Discussão

175

Maio/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, J. M. F. **A Urgência de uma Legislação Whistleblower no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 28 de maio de 2015.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO *WHISTLEBLOWER* NO BRASIL

RESUMO

Este trabalho expõe os motivos pelos quais é necessária a edição de uma legislação *whistleblowing* no Brasil que preveja normas de proteção e incentivos aos denunciadores de atos ilícitos, destacadamente dos crimes de corrupção. Defende o sucesso do modelo norte-americano, com a previsão de sanções premiais aos denunciadores, consistente em percentual dos valores recuperados.

PALAVRAS-CHAVE: *Whistleblowing*. Corrupção. Denúncia de atos ilícitos. Gratificação financeira.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	DA DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DELAÇÃO PREMIADA E <i>WHISTLEBLOWING</i> ..	6
3	REQUISITOS DE UMA LEGISLAÇÃO <i>WHISTLEBLOWING</i>	7
4	DA EFETIVIDADE DA GRATIFICAÇÃO FINANCEIRA NA LEGISLAÇÃO <i>WHISTLEBLOWING</i>	14
5	CONCLUSÃO	17

A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO *WHISTLEBLOWER* NO BRASIL

Juliana Magalhães Fernandes de Oliveira¹

1 INTRODUÇÃO²

A doutrina de Direito Penal no Brasil há muito discute a legitimidade do instituto da delação premiada ou colaboração premiada, como citado na Lei nº 12.850, de 2013, que define as organizações criminosas. É comum a lição de que o instituto ofende os paradigmas éticos da Constituição Federal de 1988 e apresenta confiabilidade questionável, uma vez que o delator naturalmente tem interesse na condenação do comparsa delatado para ser beneficiado pelas vantagens legais.

Por essa razão, causa estranheza a ausência de uma legislação de *whistleblowing* no ordenamento pátrio. Trata-se de norma que vem se mostrando eficiente para o combate dos crimes de corrupção em diversos países e que não está sujeita às críticas lançadas contra a delação premiada, uma vez que a comunicação do ato ilícito não envolve o coautor do delito.

Ademais, referidas normas são fortemente marcadas por um elemento ético que estimula boas condutas nas corporações, públicas ou privadas. Assim, estão em consonância com os princípios constitucionais da moralidade e probidade.

O presente texto pretende discorrer sobre as qualidades do instituto, comparando com o modelo norte-americano, para sugerir, ao final, a edição de uma lei penal brasileira sobre o assunto. Demais disso, conclui pela necessidade de criação de incentivos para a comunicação, inclusive financeiros, para que a norma seja verdadeiramente eficaz.

¹ Consultora Legislativa do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Penal, Processual Penal e Penitenciário. Correio Eletrônico: julimfo@senado.leg.br.

² Agradecemos a minuciosa revisão dos colegas Ernesto Freitas Azambuja e Tiago Ivo Odon.

2 DA DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DELAÇÃO PREMIADA E WHISTLEBLOWING

A legislação *whistleblowing* cria um instituto de política criminal para a descoberta de atos ilícitos. A ideia básica é transformar cidadãos em informantes (denunciante) em favor do Estado.

O instituto não se confunde com a chamada delação premiada, prevista em diversas leis brasileiras. A delação premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato processual³. Diz-se premiada por ser incentivada pelo legislador, que concede ao delator diferentes benefícios, a exemplo da redução da pena ou da extinção da punibilidade.

Ao contrário do delator, o agente *whistleblower* não está envolvido na organização criminosa. É um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto do seu trabalho, seja por razões eventuais.

A edição de uma legislação pátria de *whistleblowing* se revela inegavelmente relevante, sobretudo em tempos de “Operação Lava Jato”. Com efeito, festejados juristas se ergueram para sustentar que a delação premiada ou colaboração premiada não está respaldada pelas orientações éticas da Constituição Federal de 1988, tratando-se de prova ilícita, advinda de um ato de traição⁴.

Por sua vez, o agente *whistleblower* não tem interesse na incriminação do comparsa, pois disto não se beneficia, tampouco integra qualquer grupo criminoso. O *whistleblower* é impelido a agir por razões morais, diante da repugnância natural que exsurge pela constatação de um crime (ou ato ilícito, em geral), destacadamente aqueles cometidos em desfavor da Administração Pública.

³ JESUS, Damásio de. Estágio Atual da “delação premiada” no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 8 de maio de 2015.

⁴ O exemplo de Cláudio Costa: “Os setores conservadores acreditam na delação como uma nova (velha) ‘arma contra a criminalidade organizada’; esse mote sempre azeitou a fricção ética que a delação causa desde que os movimentos liberais iluminaram o direito penal. Uma breve – quase superficial-, porém imprescindível retrospectiva de fatos históricos pontuados pela delação – que eticamente pode ser considerada a filha bastarda da confissão, posto faltar-lhe a espontaneidade, aliada ao interesse a ser obtido em prejuízo de outro que revela –, denota os verdadeiros escrúpulos daqueles que escolhem essa clandestina escotilha de fuga do processo penal, hoje amplamente legislada no Brasil. A delação premiada acompanha os momentos mais sombrios da humanidade (...)”. COSTA, Cláudio. Reflexões sobre a delação premiada: processo, prova, ética e história. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista/ organização Roberta Duboc Pedrinha, Márcia Adriana Fernandes – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 265.

O interesse público se confunde com o interesse do cidadão informante e não há motivos constitucionais ou éticos que ponham em xeque a credibilidade do instituto, como ocorre com a delação premiada.

Não se pode olvidar, outrossim, que em decorrência dos avanços tecnológicos do terceiro milênio, a criminalidade se apresenta de forma sofisticada, organizada e especializada, sendo que os recursos jurídicos tradicionais muitas vezes revelam-se ineficazes para efetuar o controle das atividades ilícitas⁵. Dessa forma, a necessidade de uma legislação brasileira de *whistleblowing* nunca se demonstrou tão manifesta.

3 REQUISITOS DE UMA LEGISLAÇÃO *WHISTLEBLOWING*

A palavra *whistle* é traduzida de forma livre como ‘assobio’ ou ‘apito’, o que permite compreender que o agente *whistleblower* dá notícia de possível infração, independentemente de efetiva apuração administrativa ou judicial.

Nos textos que tratam sobre o tema, a exemplo do Relatório da Transparência Internacional “*Whistleblowing: an effective tool in the fight against corruption*”⁶, define-se *whistleblowing* como a denúncia e a revelação de informações sobre malfeitos – ou risco da ocorrência destes – detectados em uma organização para indivíduos ou entidades capazes de ações efetivas.

Pelo mesmo Relatório, depreende-se o *whistleblower* como aquela pessoa que relata informações que acredita ser evidência de crime, violação de regras de trabalho, conduta ímproba ou antiética, atos de corrupção ou qualquer outra atividade ilegal ou irregular que deva ser de conhecimento das autoridades responsáveis, em razão de seu interesse público. Assim, a aplicação do instituto pode ser dar além do processo penal, se assim desejar o legislador.

O termo *whistleblower* foi descrito pela primeira vez nos Estados Unidos da América por volta de 1960 e, nas décadas que se seguiram, a legislação tornou-se um importante ingrediente na luta anticorrupção.

⁵ ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. Vol. 42, Jan/2003, p. 192.

⁶ Disponível em: http://www.transparency.org/whatwedo/publication/policy_position_01_2010_whistleblowing_an_effective_tool_in_the_fight_again. Acesso em 6 de abril de 2015.

Roberta Ann Johnson⁷ destaca que os cidadãos norte-americanos se utilizam da legislação contra o desperdício de recursos públicos, fraudes e abusos em geral, mais do que qualquer outro país do mundo, e atribui este fenômeno ao menos a sete fatores: 1) a mudança na burocracia governamental; 2) leis encorajando as denúncias; 3) leis que protegem os denunciantes; 4) a mídia e os novos suportes organizacionais, como entidades não governamentais; 5) existência institucional dos pesos e contrapesos; 6) valores culturais do povo norte-americano; e 7) o “onze de setembro”.

O fato de o Estado ser responsável por áreas estratégicas, como saúde pública e defesa nacional, por si só, estimula os servidores públicos a serem potenciais *whistleblowers*. A própria burocracia estatal que cuida de aspectos extremamente relevantes da vida pública e da promoção do bem-estar social cria um ambiente propício para denúncias sobre fraudes. Deste modo, é plausível afirmar que uma postura *whistleblower* é intrínseca ao serviço público, ainda que lei nenhuma preveja o instituto.

Defende a mesma autora que, nos Estados Unidos, foram elaboradas diversas leis federais, códigos de ética e atos normativos infralegais determinando aos servidores públicos federais a divulgação de desperdício de recursos públicos, fraudes e abusos às autoridades competentes. Em todas as agências federais foram instaladas “linhas-diretas” para as comunicações *whistleblowing*, fator que igualmente incrementou a consolidação do instituto naquele país.

Destaque-se, nessa seara, o *The False Claims Act* (FCA) ou *Informer’s Act* ou *Qui Tam Statute* norte-americano, cuja promulgação se deu ainda em 1863⁸.

A norma assegura aos denunciantes percentual do dinheiro que for economizado pelos cofres públicos, se as denúncias forem comprovadas na Justiça. As chamadas *qui tam actions* permitem ao *whistleblower* iniciar um processo, até mesmo de forma individual, como fonte originária de conhecimento do ato ilícito, em desfavor da pessoa física ou jurídica investigada, e este perceberá, por recompensa, um percentual dos valores recuperados.

⁷ JOHNSON, Roberta Ann. *Struggle against Corruption: A Comparative Study*. Gordonsville, VA, USA: Palgrave Macmillan, 2004. ProQuest ebrary. Web. 19 May 2015, p. 41.

⁸ U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 37, Subchapter III, § 3729-3733

O montante varia conforme o Estado tenha intervindo ou não no processo: de 25% a 30% se o denunciante tiver atuado sozinho e de 15% a 25%, se obteve auxílio da intervenção estatal⁹.

Ademais, o *The False Claims Act* atribui ao advogado-geral competência para apurar as referidas fraudes, mediante condenação do fraudador à reparação de danos e sanções de natureza civil que contemplam multa e pagamento de três vezes o valor do dano¹⁰.

O *FCA* protege os denunciantes que não trabalham para o governo, mas são sabedores de fraudes, por exemplo, perpetradas por empreiteiros de obras públicas contra o erário. Por sua vez, o *Federal WhistleBlower Protection Act*¹¹, legislação revisada em 1989 e em 1994 e modificada em 2012 pelo *Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 (WPEA)*¹², é destinado para a proteção de funcionários públicos federais.

Referida legislação prevê interessantes medidas antirretaliação, para os casos em que se mova uma ação contra o denunciante, como a inversão do ônus da prova e o direito de o servidor público obter honorários e custas decorrentes do litígio. Ademais, resguarda-se o agente informante da demissão sem justa causa, até mesmo mediante reintegração ao posto de trabalho ocupado, com indenização, entre outras formas de proteção contra a perseguição¹³. Todas essas medidas servem de estímulo à realização de denúncias.

⁹ Síntese da legislação *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. Acesso em 19 de abril de 2015.

¹⁰ 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, pp.302-303.

¹¹ Public Law 101-12 – Apr. 10, 1989.

¹² Disponível em: <https://www.congress.gov/112/bills/s743/BILLS-112s743enr.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2015.

¹³ (h) RELIEF FROM RETALIATORY ACTIONS

(1) IN GENERAL.– Any employee, contractor, or agent shall be entitled to all relief necessary to make that employee, contractor, or agent whole, if that employee, contractor, or agent is discharged, demoted, suspended, threatened, harassed, or in any other manner discriminated against in the terms and conditions of employment because of lawful acts done by the employee, contractor, or agent on behalf of the employee, contractor, or agent or associated others in furtherance of other efforts to stop 1 or more violations of this subchapter.

(2) RELIEF. – Relief under paragraph (1) shall include reinstatement with the same seniority status that employee, contractor, or agent would have had but for the discrimination, 2 times the amount of back pay, interest on the back pay, and compensation for any special damages sustained as a result of the discrimination, including litigation costs and reasonable attorneys' fees. An action under this subsection may be brought in the appropriate district court of the United States for the relief provided in this subsection. Disponível em: http://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf. Acesso em 26 de maio de 2015.

The Federal Whistleblower Protect Act já foi utilizado por milhares de servidores federais contra atos de retaliação. Até 2003, todos os cinquenta estados norte-americanos igualmente possuíam legislação de proteção aos *whistleblowers*.

Embora o termo *whistleblower* geralmente seja associado com os servidores estatais que relatam fraudes cometidas contra o governo, como visto, a legislação pode contemplar a denúncia em organizações privadas, haja vista o interesse público na descoberta de fraudes corporativas, violações de regras de trabalho, conduta ímproba ou antiética, etc.

Assim, o *Sarbanes-Oxley Act*¹⁴ inovou ao estabelecer direitos e garantias a funcionários de empresas de capital aberto que forneçam indícios ou informações sobre fraudes ou colaborem nas investigações. A lei foi originada por escândalos financeiros corporativos, dentre eles o da Enron, e reproduziu normas de governança adequada das empresas.

É fácil observar, portanto, que a vasta legislação norte-americana de proteção dos denunciantes de fraudes e de atos ilícitos em geral é um importante elemento na luta contra a corrupção naquele país. O sucesso da legislação, outrossim, está umbilicalmente relacionado à existência de uma retribuição financeira ao *whistleblower*, como forma de compensação dos prejuízos morais e financeiros sofridos após a denúncia.

No que tange à menção da existência de uma mídia influente e organizações não governamentais, é interessante mais uma vez o caso norte-americano. Naquele país, dezenas de organizações profissionais oferecem aos *whistleblowers* auxílio financeiro, psicológico, legal e social¹⁵.

A organização da sociedade civil nos Estados Unidos é realidade ainda muito distante da experiência brasileira. Todavia, não é insensato considerar que nunca a mídia, incluindo as sociais, exerceu tanta influência nos processos políticos no Brasil e que, atualmente, existe uma proliferação dos entes não governamentais. Também por este motivo, é extremamente oportuno o nascimento da legislação ora discutida.

¹⁴ Public Law 107-204 – July 30, 2002.

¹⁵ Apenas como exemplo, mencione-se o *National Whistleblowers Center*, disponível em: http://www.whistleblowers.org/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=42. Acesso em 21 de maio de 2015. De acordo com a missão descrita em seu site, trata-se de uma organização sem fins lucrativos, não partidária, dedicada a proteger a divulgação legal de casos de desperdício, fraude e abuso, por parte dos empregados.

Considerando que o modelo brasileiro de *checks and balances* é em grande medida similar ao norte-americano, podemos considerar que a obrigação de fiscalização dos atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional também contribuirá para a efetividade de uma futura legislação *whistleblowing*.

Como bem notado por Ann Jonhson¹⁶, *whistleblowers* podem oferecer aos legisladores-fiscalizadores informações internas sobre as agências em que trabalham, informações estas que dificilmente seriam descobertas por outros meios.

A reunião dos fatores acima narrados culminou em números alarmantes que demonstram a real efetividade da legislação nos Estados Unidos.

Segundo o *US Department of Justice Civil Fraud Division*¹⁷, o país recuperou somente no ano de 2014 U\$ 5,69 bilhões e estima-se que o total de recuperações ao longo dos últimos cinco anos alcance o montante de U\$ 22,75 bilhões.

Trata-se de experiência extremamente vitoriosa que demonstra como uma legislação pode modificar a postura dos seus cidadãos para incluí-los nos processos públicos. Não é por outra razão que o exemplo norte-americano influenciou diversos outros países a criarem legislações *whistleblowing* semelhantes.

No direito comparado, pode-se citar o *Whistleblower Protection Act* (Japão, 2004), o *Public Interest Disclosure Act – PIDA* (Reino Unido, 1998), o *Protected Disclosures Act – PDA* (África do Sul, 2000), o *Public Servants Disclosure Protection Act – PSDPA* (Canadá, 2005), o *Public Service Code of Conduct* (Austrália, 2009) e o *Whistle Blowers Protection Act* (Índia, 2011)¹⁸.

Ao se analisar a legislação internacional, verifica-se a adoção de um sistema homogêneo ou puro, quando se tutela apenas o setor público ou privado (no caso do setor público, pode-se citar o Canadá e a Austrália), ou de um sistema heterogêneo ou misto, quando envolve a proteção de servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada (como ocorre no Reino Unido, Japão e África do Sul).

¹⁶ JOHNSON, Roberta Ann. *Struggle against Corruption: A Comparative Study*. Gordonsville, VA, USA: Palgrave Macmillan, 2004. ProQuest ebrary. Web. 19 May 2015, p. 42.

¹⁷ Disponível em: <http://www.whistleblowerattorneys-blog.com/2014/11/u-s-department-justice-recovers-close-6-billion-false-claims-act-cases-2014.html>. Acesso em 21 de maio de 2015.

¹⁸ Este item foi construído com o substancioso auxílio da Nota Técnica nº 899, de 2015, do colega consultor legislativo Daniel Osti Coscrato, que abordou o tema na Consultoria Legislativa do Senado Federal, em 1º de abril de 2015.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada por meio do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, prevê, no item 8 de seu art. III, que os Estados Partes ficam comprometidos a criar

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

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 33, que

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

No art. 13, propõe-se ainda a adoção de medidas apropriadas para

garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

Há ainda a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que traz normas gerais contra a corrupção.

Finalmente, pode-se citar a reunião da Cúpula do G20, em novembro de 2010 em Seul (Coreia do Sul), que por meio do *G20 Anti-Corruption Working Group – AWG* – identificou a proteção dos denunciadores como uma das áreas de alta prioridade em sua agenda de combate à corrupção mundial.

Assim, existem diversos compromissos firmados internacionalmente pelo Brasil para a criação de mecanismos de proteção de funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção. Todavia, o País prossegue omissis há anos em sua obrigação de criar referida legislação.

Para guiar a edição de legislações *whistleblowing* no mundo, a organização não-governamental Transparência Internacional, que tem como principal objetivo o combate à corrupção, recomenda em seus relatórios diversos princípios¹⁹.

Dentre eles, podemos citar os seguintes: *i*) proteção ao *whistleblower* contra qualquer tipo de retaliação (*protection against retribution*); *ii*) criação de sistemas e órgãos internos de delação (*incentivise internal reporting* e *whistleblower complains authority*); *iii*) mecanismos ou incentivos para estimular a delação (*rewards systems*); *iv*) proteção da identidade do delator (*protection of identity*); *v*) inversão do ônus da prova na comprovação da delação (*reversed burden of proof*); *vi*) imunidade civil, penal e administrativa para o delator de boa-fé (*waiver of liability*); *vii*) punição àquele que fizer retaliações ao delator (*penalty for retaliation and interference*); *viii*) ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto (*no sanctions for misguided reporting*); *ix*) invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante (*no circumvention*).

Entende-se que tais critérios são um bom ponto de partida para a criação de uma legislação brasileira. Ademais, boa parte das legislações existentes no mundo exige que a denúncia seja razoável e oferecida de boa-fé, ainda que o *whistleblower* não tenha absoluta certeza da verdade das acusações, pois muitas vezes não conhece as minúcias dos fatos apurados.

No Brasil, é bom ressaltar que não existe legislação exatamente com tal abordagem, embora de alguma maneira o tema apareça na nova Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011), nos seguintes termos:

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

¹⁹ Disponível em:

http://www.right2info.org/resources/publications/publications/09_12_02%20ti-draft%20principles%20WB%20legislation.pdf. Acesso em 21 de maio de 2015.

Igualmente, a Lei de Acesso à Informação incluiu no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, a determinação de que constitui dever do servidor público *“levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração”*.

Tais dispositivos não podem ser considerados como uma efetiva legislação *whistleblowing* no formato existente nos países já citados. Além da falta de instrumentos específicos para propiciar a denúncia, como mecanismos de proteção real ao informante e percepção de parte dos valores recuperados, eles se referem exclusivamente a servidores públicos federais.

4 DA EFETIVIDADE DA GRATIFICAÇÃO FINANCEIRA NA LEGISLAÇÃO WHISTLEBLOWING

A criação de compensação ou remuneração financeira para indivíduos e organizações que defendam o interesse público por meio de demandas coletivas não é tema totalmente estranho no País.

As quatro minutas de código de processo coletivo já feitas tangenciam o tema por meio da percepção de uma gratificação financeira aos denunciantes que iniciassem uma demanda coletiva²⁰.

O texto do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009²¹, oriundo do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, não prevê hipótese de gratificação financeira, mas o texto apresentado ao Ministério da Justiça, em 2007, a previa nos seguintes termos²²:

²⁰ 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, pp. 306-307. Segundo a autora: “Foram publicados, no Brasil, quatro anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo. O primeiro é de autoria de Antonio Gidi, elaborado entre 1993 e 2002 e denominado pelo seu autor “Anteprojeto Original”. O segundo, desenvolvido entre 2003 e 2005, denominado “Código Modelo Ibero-Americano”, teve como relatores Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Coube ainda a Ada Pellegrini Grinover coordenar o “Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP” – “Anteprojeto USP” – elaborado de 2003 a 2006. O quarto anteprojeto consiste no “Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa” – “Anteprojeto URJ/Unesa”–, desenvolvido ao longo de 2005 sob coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.”

²¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 21 de maio de 2015.

²² Idem, pp. 307-308.

Art. 17. Custas e Honorários

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba de sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo de Interesses Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade (...)

Para que a norma *whistleblowing* seja verdadeiramente eficaz, é necessário resgatar a ideia de gratificação financeira eliminada pelo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Em verdade, não somente a ideia deve ser recuperada como a lei já deve fixar um percentual dos valores recuperados a serem destinados ao agente *whistleblower*.

A ideia de estímulo em dinheiro é realista, pois percebe que os denunciante em geral são mais prejudicados do que beneficiados por suas denúncias. Ainda que existissem normas antirretaliação na legislação, não seriam elas suficientes para incentivar os *whistleblowers* a abrir mão de sua paz em prol do interesse público²³.

Ademais, como bem observado por Teresa Cristina de Souza²⁴, a gratificação viabiliza o adequado aparelhamento e profissionalização das associações legitimadas, para que possam atuar em igualdade de condições com os réus, em geral detentores de superioridade econômica.

Não se olvida de os riscos da inovação legislativa transformar os processos coletivos em atividade profissional e lucrativa, ainda mais se os patamares percentuais forem fixados de modo muito elevado, com base no prejuízo causado ou valores recuperados pelo erário, a exemplo do que é praticado nos Estados Unidos da América.

Contudo, concorda-se com Gidi²⁵ que não é suficiente punir o infrator, é preciso premiar e incentivar a sociedade civil a representar o interesse público em juízo. Se a

²³ Demonstrando preocupação com a inefetividade da legislação *whistleblower* britânica: MARIA, Willian de. Law & Social Change, 1997, pp. 139-163. Kluwer Academic Publishers. *The British whistleblower protection bill. A shield too small? e* BOULOY, de Kelly. *The Public Interest Disclosure Act 1998: Nothing more than a “Cardboard Shield”*, disponível em: http://www.humanities.manchester.ac.uk/medialibrary/law/main_site/Research/Student_Law_Review1/MSLR_Vol1_1%28Bouloy%29.pdf. Acesso em 26 de maio de 2015.

²⁴ 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. 308.

²⁵ GIDI, Antônio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

remuneração financeira poderá acarretar o ajuizamento de demandas por representantes mais interessados na gratificação do que no bem social, trata-se de risco comum a qualquer pagamento de serviço, como honorários médicos, e ninguém defende que médicos devam trabalhar gratuitamente. Risco maior, portanto, é a não efetividade da legislação, como é comum em tantas outras leis de nosso País.

O tema se insere dentro do contexto jurídico-sociológico das chamadas sanções premiais. O legislador em diversos países, até mesmo no Brasil, já percebeu que dispositivos legais estimulantes induzem a sociedade a atender melhor determinados comandos legais.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a técnica tradicional de intimidação gradativamente cede lugar à técnica de estimulação. Com efeito, a adoção nas últimas décadas do Estado de bem-estar social acarretou a escolha legislativa cada vez mais frequente das técnicas de motivação encorajadoras positivas²⁶. Hodiernamente, portanto, é bem relevante o número de medidas positivas de reforço da ordem jurídica, dado seu evidente incremento de efetividade.

Excessos, se houver, poderão ser minorados por legislação superveniente, porém, entende-se imprescindível que haja ao menos uma experiência pioneira no direito pátrio de gratificação financeira ao denunciante para compensar os inúmeros aborrecimentos que advirão da denúncia.

A necessidade de compensação financeira no Brasil é ainda mais evidente do que em outros países, pois as instituições públicas aqui, a exemplo da polícia civil ou do próprio Poder Judiciário, são tradicionalmente incapazes de proteger tempestivamente seus cidadãos vítimas de perseguições e ameaças.

Portanto, se não houver a determinação de uma gratificação financeira, futura legislação *whistleblowing* no Brasil correrá o risco de se tornar mais uma lei de baixa efetividade social. A necessidade de construção de uma legislação com previsões financeiras, dessa maneira, é imperiosa para que a lei *whistleblowing* no País gere todo o impacto social que ela sabidamente é hábil a gerar.

²⁶ BOBBIO *apud* FRANÇA, R. Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. N° 67. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 43.

5 CONCLUSÃO

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 à 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 anterretaliação e de compensação financeira, respectivamente.