

ARTIGOS

Denunciante premiado?

Whistleblower no Brasil e o Direito Antitruste

Amanda Athayde

Mylene Matos

28/03/2018 – 06:28



Flickr/ Kate Ter Haar

ANTITRUSTE

DESTAQUES

WHISTLEBLOWER

Em 10 de janeiro de 2018 foi publicada a Lei nº. 13.608/2018, que a nosso ver instituiu formalmente a figura do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro.¹ Cumpre primeiro entender o que vem a ser propriamente um *whistleblower*, denominado aqui como “denunciante premiado”, antes mesmo de analisar a lei e a sua interface com o direito antitruste. Em suma, trata-se de um terceiro, não participante do ilícito ou crime, que decide reportá-lo à autoridade competente², com vistas à obtenção de alguma recompensa (como uma retribuição pecuniária).

Diz a “lenda” que essa figura teria nascido ainda na Idade Média, na Inglaterra, quando o Rei *Wihfred of Kent* estabeleceu que, se um homem livre trabalhasse durante o período proibido (*the sabbath*), ele perderia seu emprego. A fim de desincentivar a prática proibida, instituiu-se que o homem e/ou a mulher que reportasse às autoridades este fato obteria metade dos bens e lucros decorrentes do trabalho proibido executado³. Posteriormente, essa figura foi institucionalizada pelo *Common Informers Act*, na Inglaterra, e pelo *False Claims Act* e pelo *U.S Securities and Exchange Commission – SEC*⁴, nos Estados Unidos. A experiência internacional assevera, assim, que para uma adequada implementação do instituto do *whistleblower* é necessária a criação de um robusto sistema de incentivos.

O primeiro incentivo ao *whistleblower* é a **proteção de sua identidade**, a fim de evitar possíveis retaliações diretas e indiretas.⁵

Nos Estados Unidos, um *whistleblower* pode realizar uma denúncia anônima no âmbito da SEC, desde que devidamente representado por seu advogado, e caso identifique-se, a SEC é obrigada a manter o sigilo da identidade do *whistleblower*, salvo em determinadas situações excepcionais.⁶ No Brasil, no âmbito da Lei nº. 13.608/2018, também foi assegurado o sigilo dos dados do informante⁷, que deve ser interpretada, a nosso ver, como uma garantia de sigilo da identidade do informante.

Por sua vez, o segundo incentivo ao *whistleblower* é a existência de uma **recompensa**, tipicamente na forma de **retribuição pecuniária**.

Nos Estados Unidos, a SEC pode recompensar um *whistleblower* com determinado percentual (de 10% a 30%) sob o valor final da multa aplicada aos infratores denunciados caso a informação resulte em sanções pecuniárias superiores a USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares). No Brasil, no âmbito da Lei nº. 13.608/2018, também foi autorizado o estabelecimento de formas de recompensa pelo oferecimento de informações úteis à prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos.⁸ Não foram definidas, porém, em quais circunstâncias tais recompensas serão aplicáveis: ficará condicionada ao resultado? O resultado deverá ter cunho financeiro? Será um percentual desse resultado? Tais condicionantes deverão ser regulamentadas, portanto, de modo infralegal, pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

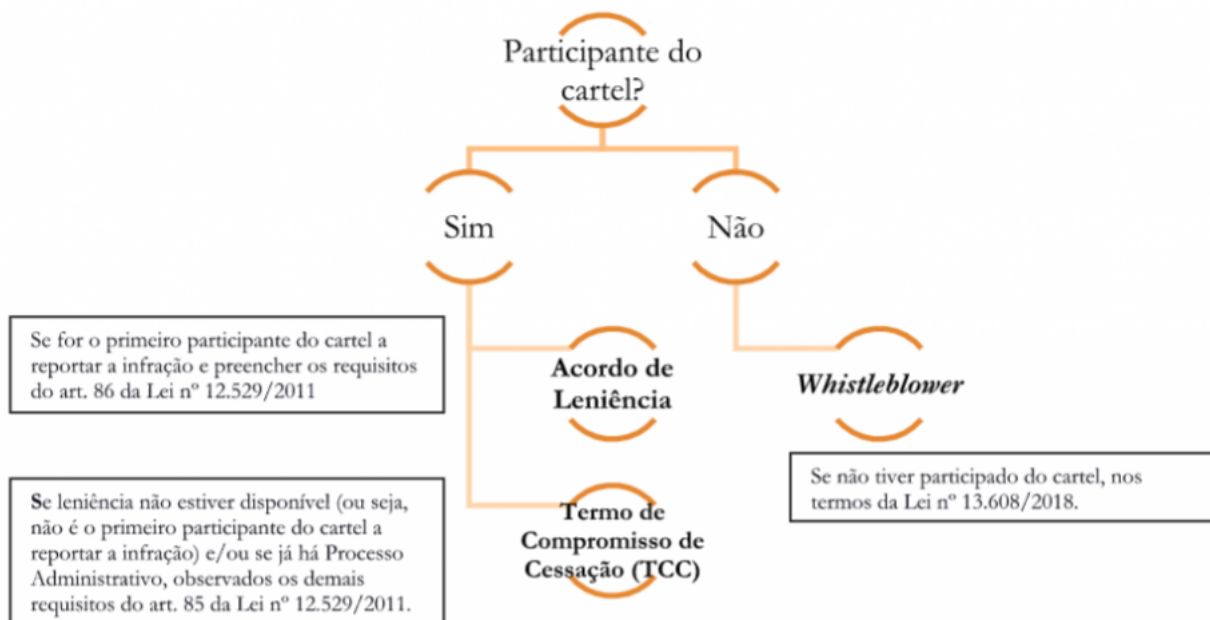
Diante disso, e considerando que o cartel é um ilícito administrativo e criminal, respectivamente previstos na Lei nº. 12.529/2011 e na Lei nº. 8.837/90, pergunta-se: seria interessante que a União regulamentasse o instituto do *whistleblower* especificamente para o direito da concorrência brasileiro? Em nossa opinião, esse pode ser um sim um novo e interessante instrumento de combate às infrações à ordem econômica no Brasil, em especial aos cartéis (condutas plurissubjetivas), na medida em que incentiva denúncias qualificadas às autoridades competentes⁹.

Alguns autores¹⁰ sustentam que o *whistleblower* serviria como mais um método de detecção de cartéis, dado que os programas existentes (especialmente o Programa de Leniência¹¹), em que pese exitosos, não chegam a impedir a realização de cartéis, que tendem a ser identificados pelos órgãos competentes muito após o seu início. Assim, o *whistleblower* poderia ser um instrumento de detecção deste ilícito ainda no estágio inicial de sua operação. Esse é o entendimento, inclusive, da Comissão Europeia, cujo Diretor-Geral de Concorrência recentemente se manifestou no sentido de que o Programa de *whistleblower* compensaria um recente decréscimo percebido nos pedidos de Acordo de Leniência no bloco europeu.¹²

É certo que hoje já existem canais de denúncia disponíveis, tanto nos sites do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), via “Clique Denúncia”, quanto nos sites dos Ministérios Públicos e das Polícias. Apesar de essas denúncias poderem ser feitas anonimamente, caso as partes queiram se identificar, não há garantia legal específica ao sigilo da identidade do denunciante. Assim, há um desincentivo à autoidentificação na denúncia, o que pode prejudicar que a autoridade competente interaja com o informante para a obtenção de maiores informações. Ademais, não há previsão legal a respeito de recompensas de qualquer tipo pelo oferecimento de informações, o que reforça o incentivo perverso a denúncias anônimas e pouco qualificadas. A título de exemplo, observa-se dos dados oficiais do Cade¹³ que em 2017 foram feitas 831 denúncias via “Clique Denúncia”, e, destas, 651 foram arquivadas (78%). Esses dados sinalizam, portanto, a baixa relevância dessa denúncia simples como ferramenta efetiva de detecção de condutas anticompetitivas no Brasil, bem como o “espaço” para melhora das denúncias ao Cade caso elas passem a ser qualificadas, como é o caso de um *whistleblower*.

O denunciante premiado *whistleblower*, nesse sentido, poderia se beneficiar da proteção de sua identidade e de uma recompensa (possivelmente na forma de retribuição pecuniária) no âmbito do direito da concorrência. Importante, porém, que este *whistleblower* não se confunda, de forma alguma, com o colaborador em um Acordo de Leniência ou em um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Nos termos da art. 86 da Lei nº 12.529/2011, o Signatário de um Acordo de Leniência é participante do ilícito, sendo o primeiro a reportar ao Cade conduta anticompetitiva, em momento no qual a autoridade não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou pessoa física. O Compromissário de um TCC, por sua vez, nos termos da art. 85 da Lei nº 12.529/2011, também é participante do ilícito, mas não foi o primeiro a procurar a autoridade competente com informações e documentos sobre a infração¹⁴.

Assim, é preciso que se estabeleça uma regra clara para essa futura legislação que regulamente um *whistleblower* no direito da concorrência brasileira: se participou da infração à ordem econômica, não é cabível habilitar-se como *whistleblower* e, em consequência, receber especial qualquer tipo de recompensa (como na forma de retribuição pecuniária). A este participante do ilícito antitruste caberá apenas o Acordo de Leniência ou o TCC, nos termos previstos na Lei nº 12.529/2011. O diagrama abaixo evidencia a distinção entre cada um dos instrumentos:



Em suma, a Lei nº. 13.608/2018 representa de modo amplo a instituição do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro como meio à persecução de crimes e infrações administrativas. Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de que uma futura regulamentação específica da União que permita sua previsão no âmbito do direito da concorrência no Brasil. Assim, poder-se-ia com o *whistleblower* antitruste instituir um método novo meio de detecção de infrações contra a ordem econômica, administrativa e criminalmente, que deverá se distinguir claramente do simples “Clique Denúncia” e dos Acordos de Leniência e TCC, já previstos na Lei nº 12.529/2011, retroalimentando positivamente os demais métodos de detecção de condutas anticompetitivas no Brasil.¹⁵

¹ A Lei nº. 13.608/2018 dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4o da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

² STUCKE, Maurice E. Leniency, *Whistleblowing and the individual: Should we create another race to the competition agency*. Hart Publishing, 2015.

³ WHITAKER, L. Paige; *The whistleblower protection act: an overview*. Washington: Congressional Research Service. 2007.

⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵ BANISAR, David. *Whistleblowing: International Standards and Developments*. 2011. O autor aponta que alguns dos principais receios de se realizar uma denúncia são: o medo de retaliações internas e externas e da perda do seu emprego ou da exclusão da área de trabalho em que atuava; a existência de barreiras em vários países que impõem obrigação de lealdade e fidelidade; leis criminais que proíbem a revelação de segredos militares e/ou de Estado; bem como a própria barreira cultural, sob a qual os *whistleblowers* são considerados “traidores”.

⁶ Uma das exceções previstas ao sigilo é, por exemplo, o compartilhamento de tais informações com outras autoridades, como o DOJ (*Department of Justice*).

⁷ Lei nº 13.608/2018. “Art. 3º. O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados”.

⁸ Lei nº 13.608/2018. “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.”.

⁹ Maria BIGONI, Sven-Olof FRIDOLFSSON, Chloé Le COQ e Giancarlo SPAGNOLO defendem que embora a aplicação de multa e as políticas antitruste modernas (notadamente a leniência) sejam instrumentos bem sucedidos na dissuasão de formação de cartéis, estes não parecem reduzir preços e/ou aumentar o bem-estar da sociedade, motivo pelo qual a recompensa pecuniária de *whistleblowers* pode mostrar-se mais efetiva.. BIGONE, FRIDOLFSSON, LE COQ, SPAGNOLO; Maria, Sven-Olof, Chloé and Giancarlo. **Fines, Leniency and Rewards in Antitrust**. Research Institute of Industrial Economics, 2011.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A respeito do Programa de Leniência no Brasil, dados oficiais do Cade indicam que, em 2018, foi assinado um número recorde de Acordos de Leniência. Ao total, foram celebrados 21 novos Acordos de Leniência, sendo que o maior recorde até então tinha sido de 2017, com 11 novos Acordos de Leniência. Vide: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>.

¹² Global Competition Review. *Leniency Applications are “not going up”*, says DG Comp Official. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/1159219/leniency-applications-are-not-going-up>

utm_source=Law+Business+Research&utm_medium=email&utm_campaign=9196583_GCR+Headlines+21%2F02%2F2018&dm_i=1KSF%2C5H44N%2CPBZBAX%2CL7VHZ%2C1#.Wo3yOb4QbV

¹³ Vide www.cade.gov.br, na Aba “Cade em Números”.

14[□] Segundo o “Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade”, fl. 20: “24. Qual a diferença do Acordo de Leniência para o Termo de Compromisso de Cessação (TCC)?” “O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao Cade (art. 86, p. 1º, I da Lei n. 12.529/11) (...) e cujos os benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, p. 4º c/c art. 87 da Lei n. 12.529/11). O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei n. 12.529/11), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal (...)”.

15[□] Nesse sentido, sugere-se a leitura de HARRINGTON Jr., Joseph E., CHANG, Myong-Hun. *When can we expect a corporate leniency Program to result in fewer cartels?* 2015. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~harrj/pdf/Leniency_01.15.pdf>. p. 3.

Amanda Athayde – Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 Amanda se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/CADE), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional. www.amandaathayde.com.br

Mylena Matos – Coordenadora substituta na Coordenação de Análise Antitruste 8 da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade), responsável pela investigação de cartéis no Brasil, sobretudo relacionadas a licitações públicas. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e Pós-Graduanda em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.

COMENTÁRIOS

0 comentários

Classificar por **Mais recentes**

Adicionar um comentário...

[Plugin de comentários do Facebook](#)