

## Breves comentários sobre *Dodd-Frank* e o programa de recompensa para delatores de fraudes<sup>1</sup>

Por Carlos Henrique da Silva Ayres<sup>2</sup>

Em julho de 2010, entrou em vigor nos Estados Unidos o *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (“*Dodd-Frank*”), lei federal elaborada no contexto do caso Bernard Madoff e da crise financeira sofrida pelos Estados Unidos, que tem como objetivo promover maior estabilidade, transparência e segurança para investidores. O texto, além de determinar a realização de estudos específicos e a elaboração de relatórios periódicos, cria cerca de 240 regras a serem implementadas por diversas agências do governo norte-americano, em especial pela *Securities & Exchange Commission* (“SEC”), a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) norte-americana.

Uma das regras mais polêmicas criadas pela nova lei, recentemente regulamentada pela SEC, trata do programa de recompensa para *whistleblowers*, ou seja, pessoa ou grupo de pessoas que denuncia às autoridades irregularidades cometidas em uma empresa. O programa vem acompanhado de dispositivos anti-retaliação, proporcionando certas garantias aos *whistleblowers*. Antes de *Dodd-Frank*, a SEC já tinha um programa de recompensa, entretanto, ele era restrito a casos de *insider trading* e o montante da recompensa era limitado a 10% das sanções recebidas.

De acordo com *Dodd-Frank*, o governo norte-americano tem que pagar aos *whistleblowers* entre 10% a 30% das multas obtidas, desde que superiores a US\$ 1 milhão, por violações das leis federais norte-americanas de valores mobiliários – inclui-se aí o *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) – recebidas em decorrência das irregularidades indicadas. O valor de 10% a 30% das multas obtidas inclui não somente os valores recebidos pela SEC, mas também os recebidos pelo *Department of Justice* (“DOJ”), o Departamento de Justiça americano, pelas agências regulatórias e pelas promotorias estaduais.

Em 03 de novembro de 2010, a SEC apresentou proposta de regulamentação e solicitou que o público enviasse comentários sobre o texto. A agência federal norte-americana recebeu cerca de 240 comentários – muitos dos quais foram incorporados ao texto final da regulamentação – e realizou por volta de 20 reuniões com representantes de empresas, advogados, profissionais da área de governança corporativa, entre outros, a fim de discutir o programa de recompensa.

Em 25 de maio de 2011, em apertada votação (3 votos a 2), a SEC aprovou o

---

<sup>1</sup> O artigo foi originalmente publicado no informativo Migalhas em 20 de outubro de 2011.

<sup>2</sup> Coordenador do Comitê Anticorrupção e Compliance do Ibrademp.

texto final do programa de recompensa para *whistleblowers*, tendo a regulamentação entrado em vigor no dia 12 de agosto de 2011. Vale lembrar que, de acordo com *Dodd-Frank*, denúncias recebidas após 21 de julho de 2010 (entrada da lei em vigor) e antes mesmo de sua regulamentação pela SEC já conferiam aos delatores o direito à recompensa.

De acordo com a regulamentação, para fazer jus à recompensa, o *whistleblower*, que não pode ser pessoa jurídica, deve: *i*) de forma voluntária, fornecer à SEC; *ii*) informações originais; *iii*) que levem à aplicação bem-sucedida pela SEC de sanções na esfera judicial ou administrativa; e *iv*) que o valor total das sanções obtidas seja superior a US\$ 1 milhão.

Em síntese, a expressão “de forma voluntária” é definida como a informação prestada antes de o Governo ou entidades reguladoras norte-americanas, entre outros, requisitarem a informação ao indivíduo. Assim, após determinada pessoa receber requisição para prestar informações, não pode ela ser considerada *whistleblower* no que diz respeito ao escopo das informações solicitadas. Desse modo, caso a SEC, por exemplo, solicite informações a um funcionário de uma determinada empresa sobre *insider trading* eventualmente ocorrido, nada impede que este funcionário possa receber recompensa por denúncias realizadas referentes a violações ao FCPA. No mesmo sentido, se uma empresa está sob investigação pelas autoridades norte-americanas (ou locais), via de regra, não existe impedimento para que seus funcionários sejam *whistleblowers*.

“Informações originais”, por sua vez, são aquelas a respeito das quais o indivíduo tem conhecimento, mas a SEC não. Ademais, as informações não podem ter sido obtidas exclusivamente por meios públicos, como processos judiciais e administrativos, por exemplo. Mais além, informações obtidas em violação de lei criminal norte-americana, federal ou estadual, tampouco são admitidas. Neste ponto, deve-se observar que, sob a alegação de não estar em posição de decidir sobre direito estrangeiro, a SEC não estendeu a restrição para informações obtidas em violação de lei estrangeira. Importante notar que, ainda que a prova obtida fora dos Estados Unidos em violação às leis locais possa ser admitida pela SEC, em diversos países (incluindo o Brasil), sua obtenção pode ensejar medidas de natureza civil e criminal contra os indivíduos que as obtiverem.

Por fim, a expressão “que levam à aplicação bem-sucedida” se refere a duas situações. A primeira, quando a informação resulta na instauração de investigação nova, reabertura de uma investigação ou início de uma nova linha de análise em investigação já existente. Em qualquer caso, deve a informação prestada contribuir significativamente para o sucesso do resultado da ação que dela derivar. A segunda, quando a conduta relatada já está sendo investigada na ocasião em que a informação foi prestada, mas a informação é essencial para o sucesso da ação e não poderia ter sido obtida por outros meios.

A regulamentação da SEC sobre a recompensa aos *whistleblowers* tem sido bastante discutida e criticada nos Estados Unidos, principalmente em função de seus “efeitos colaterais.” Por exemplo, como a lei determina que a recompensa seja paga somente em situações em que a sanção total obtida for superior a US\$ 1 milhão, é possível que um *whistleblower*, ao invés de reportar o caso à empresa (possibilitando que esta analise e solucione o problema internamente de forma rápida), espere até que a fraude atinja proporções maiores, passíveis de apreensão no referido montante e, aí sim, a reporte à SEC.

Outra possível consequência que vem sendo objeto de discussão é a hipótese de a recompensa aos *whistleblowers* acabar por interferir nos programas de *compliance* das empresas, tirando delas a oportunidade de responderem e solucionarem prontamente o problema, já que os empregados serão estimulados a reportar a situação diretamente à SEC, pois não existe obrigação para que o *whistleblower* reporte primeiro internamente. A fim de tentar minimizar esse último problema, a regulamentação dá o tratamento de *whistleblower* também ao empregado que reportar a fraude internamente, desde que forneça as mesmas informações à SEC em até 120 dias após o reporte interno. Outra medida constante na regulamentação apresentada pela SEC consiste no pagamento de valores maiores de recompensa para *whistleblowers* que, de forma voluntária, reportarem as irregularidades internamente e cooperarem com a apuração da empresa.

Algumas pessoas, via de regra, não podem receber a recompensa, como, por exemplo: indivíduos condenados criminalmente pelas irregularidades reportadas; aqueles com obrigação legal ou contratual de reportar para a SEC; advogados e auditores (inclusive internos), desde que na condição de contratados das empresas; autoridades estrangeiras; empregados de áreas responsáveis por detectar e investigar fraudes, como, por exemplo, auditores internos e empregados da área de *compliance*.

Com relação a esta última ressalva, entretanto, de acordo com a regulamentação da SEC, advogados e auditores da empresa, entre outros, poderão ser considerados *whistleblowers* se: *i*) acreditarem que a divulgação da informação possa impedir danos financeiros e patrimoniais para a empresa ou seus investidores; *ii*) entenderem que a empresa está engajada em conduta que irá impedir uma investigação; ou *iii*) pelo menos 120 dias se passaram desde que o *whistleblower* relatou as informações para seu supervisor, comitê de auditoria, diretor jurídico ou diretor de *compliance* - ou, pelo menos 120 dias se passaram desde que o *whistleblower* recebeu a informação e a mesma, neste momento, já era de conhecimento das pessoas mencionadas acima. Principalmente pelas questões de confidencialidade envolvidas e pela falta de clareza sobre situações aplicáveis, referidos dispositivos têm sido bastante criticados.

*Dodd-Frank*, ainda, autoriza a SEC a compartilhar as informações obtidas com

outras autoridades federais, estaduais e até mesmo internacionais. Ademais, como a legislação não requer que o *whistleblower* seja residente ou cidadão norte-americano, tudo indica que também poderão ser considerados *whistleblowers* pela SEC os empregados das: *i*) subsidiárias estrangeiras (inclusive brasileiras) de empresas sujeitas ao controle da SEC (por exemplo, empresas listadas na NASDAQ e NYSE); e *ii*) empresas estrangeiras sujeitas ao controle da SEC (por exemplo, as empresas brasileiras listadas na NASDAQ e NYSE). Importante observar que, em ambos os casos, as empresas estão, do mesmo modo, sujeitas ao FCPA.

Nesse sentido, vale lembrar que o FCPA se aplica aos atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros praticados por *issuers*, empresas de capital aberto (americanas ou estrangeiras) registradas junto à SEC (por exemplo, empresas listadas na NASDAQ e NYSE) ou com obrigatoriedade de apresentar relatórios periódicos perante a agência; *domestic concerns*, pessoa nascida ou residente nos EUA e qualquer sociedade (personificada ou não) com o principal local de negócios nos EUA ou, ainda, organizada segundo as leis norte-americanas; e *foreign nationals and entities*, qualquer pessoa, física ou jurídica, que cometa, em território norte-americano, ato em prol da violação (i.e. reunião e compensação bancária). Diversas empresas brasileiras e subsidiárias de empresas estrangeiras aqui presentes estão sujeitas ao FCPA.

Importante ressaltar que as denúncias podem ser realizadas de forma sigilosa. Para isso, é necessário que o *whistleblower* tenha advogado constituído para representá-lo perante a SEC. O advogado deve revisar as informações a ele prestadas e, na medida de sua análise e respectivo julgamento, verificar se estas são verdadeiras e corretas.

Ademais, o advogado deve conhecer a identidade do *whistleblower*. Ainda que realizada de forma sigilosa, em algumas situações específicas, a identidade do *whistleblower* será revelada. Isso poderá ocorrer, por exemplo, na ocasião do pagamento da recompensa. Nesse momento, a identidade do denunciante deverá ser revelada, entretanto, ainda assim é possível que, observadas certas circunstâncias, a identidade do denunciante seja mantida sob sigilo perante terceiros. Do mesmo modo, a identidade também poderá ser revelada, por exemplo, se a denúncia resultar em um julgamento criminal, pois a Constituição norte-americana determina que os réus têm direito de confrontar as testemunhas de acusação. Na prática, a chance de que isso ocorra é muito pequena, pois, na maioria dos casos, acordos são celebrados evitando que ações penais tenham início. Em 2010, apenas 3,2% dos casos foram a julgamento e, em anos anteriores, o cenário foi semelhante. Em qualquer situação, deve-se lembrar que falsas denúncias sujeitarão seus responsáveis a sanções criminais.

Apenas para que se tenha dimensão do incentivo financeiro que a nova lei poderá proporcionar aos *whistleblowers*, em 2011, um único caso de FCPA impôs sanções de cerca de US\$ 218 milhões. Em 2010, três casos de FCPA

tiveram penalidades superiores a US\$ 300 milhões cada um. Ainda em 2010, a sanção aplicada pela SEC em outro caso – não relacionado ao FCPA – alcançou o montante de US\$ 550 milhões. Evidentemente, o incentivo financeiro é enorme. Inclusive, já existem entidades privadas – recém-criadas – especializadas em receber essas denúncias, processá-las e enviá-las às autoridades.

A SEC já se manifestou no sentido de que a quantidade de denúncias recebidas, bem como sua qualidade, aumentou substancialmente desde a criação de *Dodd-Frank*. A agência espera receber cerca de 30 mil denúncias por ano.

A entrada em vigor de *Dodd-Frank* faz com que a manutenção de programas de *compliance* efetivos, mais do que nunca, tenha fundamental importância para empresas evitarem e detectarem eventuais desvios e, se for o caso, reportarem às autoridades. Além disso, obriga empresas e seus administradores a responderem mais prontamente às alegações de irregularidades, tanto sob a ótica da realização de investigações internas, como de eventual decisão sobre cooperação com as autoridades norte-americanas.