

Subsídios ao debate para a implantação dos programas de *whistleblower* no Brasil

Autor: Márcio Antonio Rocha

Desembargador Federal do TRF4
Coordenador da Ação 4 sobre *whistleblower*
Enccla em 2016

Apresentação

O presente estudo visa a complementar os trabalhos desenvolvidos pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção – Enccla, em sua Ação nº 4, do ano de 2016, fornecendo subsídios para o debate sobre a adoção de programas de *whistleblower* no Brasil. A necessidade de estudos para adoção de programas de *whistleblower* no Brasil foi percebida na XIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, Enccla 2016, Fortaleza-CE, 23 a 26 de novembro de 2015. Em função disso, no curso do ano de 2016, sob a coordenação da Associação dos Juizes Federais do Brasil, foram feitos estudos dos projetos de lei existentes no Congresso Nacional e das melhores práticas internacionais sobre o tema, com a realização de seminário internacional sobre o tema *whistleblower*, em Florianópolis, no período de 19 a 20 de setembro de 2016, e, por fim, foi elaborado um anteprojeto de lei, contemplando as melhores proposições existentes no Congresso Nacional e as contribuições, experiências e expectativas das instituições nacionais, buscando-se, ao fim, propor ao Congresso Nacional um anteprojeto que englobe amplamente os interesses institucionais. A ação contou com a colaboração das seguintes entidades: Associação Brasileira de Inteligência, Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, Advocacia-Geral da União, Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro, Associação Nacional dos Procuradores da República, Conselho de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União, Conselho da Justiça Federal, Conselho Nacional do Ministério Público, Comissão de Valores Mobiliários, Departamento de Polícia Federal, Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério das Relações Exteriores, Receita Federal do Brasil e Tribunal de Contas da União. O presente estudo é de autoria do Coordenador da Ação 4 e pode não expressar, necessariamente, a opinião pessoal das autoridades integrantes das instituições colaboradoras mencionadas, bem como a opinião pessoal dos especialistas internacionais que integraram o seminário.

Introdução

O sistema jurídico brasileiro não apresenta codificada a figura do *whistleblower*, conforme conhecido na comunidade jurídica internacional. A adoção desse conceito passa por diversas dificuldades, que se iniciam com a própria tradução do termo e vão ao final desafiar o legislador na construção de um “programa de *whistleblower*” brasileiro. Já estando os programas de *whistleblower* previstos em instrumentos internacionais e em codificações de vários países, têm-se, na elaboração de uma legislação brasileira, o conforto de não sermos os pioneiros e o desconforto de não encontrarmos escusas para cometer erros já outrora superados. Assim, a prudência indica a necessidade de serem aproveitadas essas experiências internacionais, a fim de serem colhidas, desde o início, as melhores. Essas experiências revelam uma séria

complexidade do tema e informam com lucidez que tais programas representam, no plano individual, o asseguramento do pleno exercício dos direitos humanos, na perspectiva do direito de livre manifestação e de participação junto à administração pública, e, no plano social, ferramentas em prol do interesse público e da sociedade no combate à corrupção, a fraudes públicas e a irregularidades setoriais. A implantação de tais programas passa pelo estabelecimento de regras claras para o recebimento de informações e, principalmente, para a proteção do *whistleblower*. Este estudo visa, sem a pretensão de exaurir o tema, a reunir, na visão do autor, as mais importantes perspectivas do tema, fomentando assim o debate e a pesquisa do assunto.

O termo *whistleblower*

Não existe uma tradução adequada para o português do termo “*whistleblower*”, segundo seu uso na comunidade jurídica internacional. Literalmente, representa a união das palavras “apito” (*whistle*) (+) “soprador” (*blower*).¹ Ou seja, o termo “soprador do apito” remete à ideia daquela pessoa que, verificando uma determinada situação relevante, assopra o apito para chamar a atenção sobre o que está ocorrendo. Aliás, em geral, todo soprar útil de apito está destinado a chamar a atenção de uma determinada situação, seja quanto à observância de uma regra em um determinado jogo esportivo, seja quanto a uma regra de trânsito ou uma situação de perigo pessoal, como o alarme de um incêndio. A analogia rápida e fácil à comunicação de uma situação importante faz com que o termo *whistleblower* seja perfeito quando utilizado para descrever o sujeito que, pretendendo a observância das regras de determinada sociedade, sopra o apito para que as autoridades tenham atenção ao fato que necessita de apreciação. Assim, em uma definição minimalista do conceito de *whistleblower*, pode-se dizer que é a pessoa que chama a atenção de autoridades públicas para atos ofensivos à ordem jurídica.

Definição do *whistleblower*

Por sua vez, os programas de *whistleblower* visam a organizar essa ação, definindo como, quando, de que forma, etc., pode o cidadão solicitar a atenção de uma autoridade sobre determinado fato, por si reconhecido como contrário a determinada regra. Para isso, em geral, os programas exigem, expressamente ou não, duas condicionantes, entre outras que serão trabalhadas ao longo deste texto: a primeira, que o fato apontado seja relevante, representando uma violação importante de uma determinada norma, excluindo-se assim pequenas vindictas pessoais, ou ilegalidades menores que, embora possam merecer atenção do sistema normativo, podem ser comunicadas à autoridade por vias usuais, sem que seja necessário um “programa” especial para tanto; a segunda, que esse chamar de atenção seja razoável, no sentido de que as informações reveladas tenham um sentido lógico, permitindo, sob um juízo crítico, a conclusão provisória de que há interesse público suficiente para desencadear uma investigação ou um procedimento de esclarecimento dos fatos. Peter Jubb fornece uma boa definição.² A partir dela, pode-se chegar à seguinte composição:

¹ Nos estudos do tema procedidos por um grupo formado no TRF4, composto de juízes federais, desembargadores federais e um procurador regional da República, foi extensivamente debatida uma tradução para o termo, tendo a Juíza Federal Taís Schilling Ferraz sugerido o termo “reportante”. Esse termo foi adotado nas reuniões e no anteprojeto da Encicla, e é, por vezes, usado no presente estudo para referenciar o *whistleblower*.

² “Australian academic Peter Jubb defines it as being necessarily a public action: Whistleblowing is a deliberate non-obligatory act of disclosure, which gets onto public record and is made by a person who has or had privileged access to data or information of an organization, about nontrivial illegality or other wrongdoing whether actual,

“*Whistleblower* é a pessoa que, detendo posição privilegiada de acesso a dados e informações de uma organização, sem ter obrigação legal, voluntariamente relata, a uma competente autoridade pública, um ato de interesse público, sobre fatos que entende ilegais, não triviais, ou outras irregularidades sob o controle de uma organização e que podem configurar atos de corrupção, fraudes ou violação de um sistema normativo ou regulatório.”

Definição segundo os tratados internacionais

A partir dessa ideia básica, os diversos instrumentos jurídicos, sem adotar versão única, procuram desenvolver conceitos próprios, buscando encontrar a fórmula que lhes parece melhor para definir o *whistleblower*. Por exemplo, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – Uncac, como uma norma de conceitos gerais e amplos, prevê o *whistleblower* como toda pessoa que, de boa-fé e com bases razoáveis, reporta para uma autoridade competente qualquer fato relativo a ofensas previstas na Convenção.³ O Conselho Europeu prescreve que age como *whistleblower* aquele que reporta uma preocupação ou informação sobre fatos ou omissões que representem ameaça ou dano a interesse público, cujo conhecimento tenha origem no ambiente de trabalho.⁴ A Convenção Interamericana contra a Corrupção estabelece, em seu artigo III, item 8, que os países signatários devem implementar sistemas de proteção aos servidores civis e aos cidadãos da iniciativa privada que, de boa-fé, relatem atos de corrupção, incluindo-se a proteção de suas identidades. Similar é a abordagem utilizada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OECD, em suas recomendações para combater a corrupção de agentes públicos, quando prescreve que o programa de *whistleblower* deve proteger contra ações discriminatórias ou disciplinares os trabalhadores dos setores público ou privado que reportarem, de boa-fé e com bases razoáveis, para autoridade competente, atos de corrupção de agentes públicos estrangeiros nos negócios internacionais.⁵ A mesma recomendação sintetiza os elementos essenciais para alguém ser considerado um *whistleblower*, segundo a OECD: i – revelação de irregularidades ligadas ao ambiente de trabalho; ii – revelação que tenha dimensão de interesse público, e não mera reclamação pessoal; iii – revelação que seja direcionada a pessoas ou autoridades dentro de canais próprios e para pessoas previamente designadas.

Conexão com ambiente de trabalho

suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organization, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing.” Apud BANISAR, David. **Whistleblowing: international standards and developments.** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

³ Uncac, artigo 33: “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”.

⁴ “*Whistleblower refers to the act of someone reporting a concern or disclosing information on acts and omissions that represent a threat or harm to the public interest that they have come across in the course of their work.*” CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers: Recommendation CM/REC(2014)7 and explanatory memorandum.** p. 12. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁵ “*IX Recommends that Member countries should ensure that: [...] iii) appropriate measures are in place to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions.*” OECD. **Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>.

Essa conexão com o ambiente de trabalho ressalta uma das principais razões por que o *whistleblower* se constitui em agente tão importante para a defesa do interesse público. Tendo a empresa corrompido um funcionário público, ou praticado ela mesma uma importante violação de regra setorial, tais ações possivelmente podem chamar a atenção tanto de um funcionário da repartição pública na qual o funcionário público corrupto trabalha quanto de um colega do setor privado que trabalha na empresa que promoveu a corrupção ou aquiesceu a ela. Ambos tomam ou podem tomar conhecimento dos mesmos fatos, haja vista a posição de observadores privilegiados do cenário ilícito. Ambos, portanto, seriam candidatos a tornarem-se *whistleblowers*. Tendo tomado conhecimento de fatos havidos no ambiente de trabalho, torna-se o *whistleblower* detentor de informações que em geral estão circunscritas a um pequeno círculo de pessoas e que, por pressão do próprio ambiente corporativo, dificilmente seriam trazidas ao conhecimento público. Trata-se de informação passada pelo que então se chama de *insider*. O Congresso Americano sabe há muito da importância dos *insiders*, conforme revela o Senador Patrick Leahy, quando, em 1986, anotava fundamentos para a revisão legislativa americana:

“Nós incluímos uma proteção significativa aos denunciadores corporativos, como aprovada pelo Senado. Aprendemos com Sherron Watkins, da Enron, que esses *insiders* são as testemunhas-chave que precisam ser encorajadas a reportar fraudes e ajudar a prová-las no tribunal [...] De nenhuma maneira nós poderíamos ter conhecido [a má conduta de funcionários da empresa Enron]⁶ sem esse tipo de denunciante.”⁷

Ou, nas palavras dos líderes do G20:

“Quando os líderes do G20, na reunião de Seoul, incluíram a proteção do *whistleblower* como um elemento-chave da sua estratégia anticorrupção, eles reconheceram o valor crucial do ‘*insider*’ para os governos e as companhias como um primeiro e inicial sistema de alerta para os tipos de práticas financeiras precárias, corrupção e falhas perante sistemas regulatórios agora provados como um risco crítico para a economia global.”⁸

Esses pontos são bem esclarecidos pelo governo da África do Sul, no guia prático para implementação de sua legislação de proteção aos relatos, conforme previsto na Lei 26 de 2000 (ACT nº 26 de 2000):

“Permanecendo silente sobre corrupção, ofensas ou más práticas ocorridas no ambiente de trabalho, um empregado contribui para e se torna parte de uma cultura de encorajar tais impropriedades, que irão depreciar sua própria carreira, assim como serão danosas aos interesses da sociedade da África do Sul em geral. Todo empregador e todo empregado têm a responsabilidade de revelar condutas criminosas e irregulares de seu ambiente de trabalho. Todo empregador tem a responsabilidade de adotar todos os passos necessários para assegurar que os

⁶ Nota do autor.

⁷ Apud KOHN, Stephen M.; KOHN, Michael D.; COLAPINTO, David K. **Whistleblower law: a guide to legal protections for corporate employees**. Praeger, 2004. p. 4.

⁸ “*Whistleblower protection has been a priority element of financial, economic and regulatory cooperation between G20 countries since November 2010. When G20 leaders at the Seoul Summit included whistleblower protection as a key element of their global anti-corruption strategy, they recognized the crucial value of ‘insiders’ to government and companies as a first and often best early warning system for the types of poor financial practice, corruption and regulatory failure now proven as critical risks to the global economy.*” WOLF, Simon; WORTH, Mark; DREYFUS, Suelette; BROWN, A.J. **Whistleblower protection laws in G20 countries: priorities for action**. Disponível em: <<https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/Whistleblower-Protection-Laws-in-G20-Countries-Priorities-for-Action.pdf>>.

empregados que revelarem informações estarão protegidos de qualquer represália resultante da ação de revelar.”⁹

Assim, por ser em geral o empregado, de menor ou maior hierarquia funcional, possível observador de atos irregulares cometidos por suas corporações é que se liga a ideia de *whistleblower* ao conhecimento advindo do ambiente de trabalho.¹⁰ Todavia, é oportuno anotar que pode existir *whistleblower* fora do ambiente de trabalho, na medida em que o importante para a caracterização do *whistleblower* não é a existência ou não de vínculo funcional, mas sim o fato de ele deter uma informação relevante e praticar o ato de reportar fatos de interesse público ao conhecimento de autoridades. Com efeito, a importância e a qualidade do relato não pressupõem necessariamente uma vinculação a alguma relação de trabalho.

A exigência de vinculação ao ambiente de trabalho pode, entretanto, trazer aspectos positivos e negativos. Exigindo-se a vinculação, mantém-se certo filtro nos relatos, pois caberá ao *whistleblower* demonstrar que seu conhecimento está atrelado ao ambiente de trabalho e, portanto, já de início mostra-se qualificado. Não se exigindo, há uma abertura do leque de possíveis relatores, o que pode gerar maior proteção ao verdadeiro empregado que soube inicialmente do fato. Poderá, ainda, melhor oportunizar o direito de todo cidadão livremente se manifestar em sociedade, como corolário do espectro dos direitos humanos.

Diferença entre *whistleblower*, informante e testemunhas

Por outro lado, cumpre perceber a existência, ainda, de outros atores auxiliares da atividade investigativa ou fiscalizatória estatal que não se confundem com o *whistleblower*: o informante e a testemunha. O informante, em geral, encontra-se inserido ele próprio em um contexto de violações à lei, e procura colaborar com o agente investigador a fim de obter de alguma forma um benefício, que pode ou não estar relacionado com a redução de sua própria punição.¹¹ Via de regra, o informante não deseja a restauração da ordem jurídica, sendo-lhe indiferente a punição de quem quer que seja, desejando apenas assegurar a sua própria conduta ou benefícios a si próprio. É o caso, por exemplo, do usuário e do pequeno traficante que não são presos por decisão informal da investigação policial, para que, cooperando, a polícia deles obtenha dados para chegar a um criminoso de maior envergadura. Em geral, o informante consegue o anonimato, pois tradicionalmente apenas subsidia a investigação dos fatos, sem apresentar um papel relevante quando a apuração evolui para a busca de punição do responsável no âmbito do devido processo legal. Por isso, o informante comumente não

⁹ “By remaining silent about corruption, offences or other malpractices taking place in the workplace, an employee contributes to, and becomes part of, a culture of fostering such improprieties which will undermine his or her own career as well as be detrimental to the legitimate interests of the South African society in general. Every employer and employee has a responsibility to disclose criminal and other irregular conduct in the workplace. Every employer has a responsibility to take all necessary steps to ensure that employees who disclose such information are protected from any reprisals as a result of such disclosure.”

¹⁰ “The term ‘whistleblower’ is traditionally reserved for insiders – organization members who disclose wrongdoing under the control of that organization – and this is generally the focus of national laws.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Whistleblower protection and the UN Convention Against Corruption**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report/ti_report_en.pdf>.

¹¹ “Informants are often themselves involved in some sort of unethical enterprise and are using the disclosure of information as a means to reduce their liability, either voluntarily, or due to coercion. They are in a subordinate place as regards the body or person they are disclosing to and must follow their orders or face sanctions. In comparison, whistleblowing laws do not affect the liability of those that are involved in criminal enterprises.” BANISAR, David. **Whistleblowing: international standards and developments**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

tem valor probatório e não é admitido no processo judicial. O *whistleblower*, diferentemente, não é, em tese, responsável por fatos irregulares, nem busca com sua conduta e com o fornecimento de informações a diminuição de sua responsabilidade civil ou penal sob qualquer aspecto. Assim, a proteção de identidade assegurada ao *whistleblower* decorre de lei, visando a incentivar relatos protegidos por conterem interesse público. Se o informante é identificado dentro de uma investigação ou em um processo judicial, tecnicamente aproxima-se da figura de testemunha, depondo frequentemente sem prestar compromisso, e, por apresentar possível participação em fato típico, poderá em tese debater aspectos ligados à premiação processual, por meio da chamada delação premiada. Já a testemunha difere do *whistleblower* porque em geral coopera para esclarecimento de fato que, na maioria dos casos, não foi o responsável por levar ao conhecimento da autoridade investigadora. Quando uma investigação apura que determinada pessoa tem conhecimento sobre os fatos, surge a obrigação legal, o dever de a testemunha cooperar no esclarecimento dos fatos, sendo inclusive punida com as penas do perjúrio caso silencie sobre fato relevante. Ainda quando a testemunha tenha sua identidade preservada por questões de segurança do depoente, mantém-se o dever de depor, e essa garantia dada à testemunha é feita, sem dúvida, no interesse da testemunha, mas também no interesse da correta aplicação da lei. A seu turno, o *whistleblower* via de regra toma a iniciativa de, voluntariamente e sem estar sujeito a um dever legal, trazer fatos “inéditos” ao conhecimento de uma autoridade, ou, se já conhecidos, trazer elementos que são decisivos para comprovar fatos investigados. Por trazer informações que detém dentro do próprio ambiente de trabalho, ou mediante outra forma lícita, a participação do *whistleblower* é desde o início válida, e o seu valor reside preponderantemente nas informações que oferta, e não exatamente no seu depoimento. Idealmente, o *whistleblower* não deve ser chamado a depor. O foco são as informações que traz ao processo. Assim, as medidas de proteção do *whistleblower*, particularmente ao preservarem a identidade do reportante, embora não o façam de forma absoluta, condicionam a revelação a uma real necessidade da investigação. Não existe direito autônomo ou subjetivo do investigado de saber a identidade do reportante. Outrossim, a revelação não se dará antes de se impor que as defesas do investigado tenham se voltado contra as provas e os fatos sob investigação.

Diferença entre *whistleblower*, delação premiada e leniência

Também é importante anotar que o *whistleblower* não se confunde com os acordos de delação premiada e leniência, sendo ferramenta de melhor utilidade e aprimoramento quando comparada com a delação, quando se observa que

“A lei, ao prever a premiação do *qui tam author* e do *whistleblower*, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva **interagir** (destaquei) com um cidadão honesto, próximo aos fatos e que não obteve qualquer benefício com a fraude. Essa interação entre Estado e cidadão permitirá que possam eficazmente ser aplicadas **integralmente** (destaquei) as sanções previstas em lei e ressarcidos os danos. Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos que se levantam contra os malfeitores da sociedade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência impõem deva o Estado, para obter informações e aplicar a lei, **negociar** (destaquei) com pessoas e corporações desonestas, que já se beneficiaram ilicitamente e causaram danos à sociedade e terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros. Ou seja, nos acordos de delação e de leniência, o Estado é obrigado a **renunciar em parte** (destaquei) à aplicação das penalidades na intensidade prevista em lei. Isso equivale à consequência prática de que a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* trabalham para que o poder público atue em sua maior expressão e a remuneração

que eventualmente disponibilizem, além de ser coberta pelo próprio causador do dano, venha a remunerar uma parte honesta da sociedade por um serviço prestado.”¹²

Evolução legislativa nos Estados Unidos

Os Estados Unidos estão para completar 40 anos da primeira experiência legislativa para proteção ao *whistleblower*. Conforme esclarece o professor Robert G. Vaughn, o Civil Service Reform Act, de 1978, marcou o início da proteção legal para os funcionários federais. Até então, nem no âmbito federal, nem no âmbito dos estados se reconhecia como legítimo o que hoje se conhece como *whistleblower*, não existindo regras protetivas ao funcionário que alertasse sobre fatos irregulares conhecidos no âmbito do serviço público federal. Desde então, entre outros pontos, procurando repelir retaliações, a referida legislação atribuiu à agência Merit System Protection Board – MSPB a incumbência de apreciar as reclamações relacionadas a ofensas aos direitos dos *whistleblowers*.

Passados anos da primeira lei, a própria agência MSPB manifestara que a lei de 1978 não havia eliminado o medo de retaliações e, assim, pouco efeito havia gerado no aumento do número de pessoas que ofertavam denúncias.¹³ Em atenção ao aspecto, em 1989, o Congresso Americano decidiu promulgar nova legislação, estabelecendo uma lei especial para o tema, denominada Whistleblower Protection Act – WPA. Essa lei proibia de forma enfática as práticas de retaliação pessoal ao *whistleblower*, criando melhores ferramentas de proteção. De modo especial, atribuiu ao Office of Special Council – OSC poderes para investigar e representar perante a MSPB para a adoção de medidas contra retaliações. Esse novo órgão, OSC, acabou por funcionar como uma promotoria perante a agência MSPB, incumbida de adjudicar as reclamações e assegurar o implemento de medidas de proteção relativas ao programa do WPA.

É interessante perceber que, desde o primeiro ato legislativo de proteção especial ao *whistleblower*, o Congresso Americano prosseguiu em suas preocupações para que os programas surtiram os efeitos esperados. O Congresso assim agiu ainda que, para tanto, houvesse de redefinir conceitos, buscando, inclusive, em determinados aspectos, “corrigir” interpretações restritivas do Poder Judiciário, que acabavam por não fomentar, na prática, a obtenção dos resultados esperados pelo Congresso.

Tanto é assim que, em 2012, o Congresso Americano aprova nova reforma no regime de proteção, por meio do Whistleblower Protection Enhancement Act – WPEA:

“O WPEA vai fortalecer os direitos e as proteções asseguradas para os *whistleblowers* em âmbito federal e assim auxiliar a extirpar perdas, fraudes e abusos no governo federal. Os *whistleblowers* ocupam um papel importante na manutenção do nosso governo honesto e eficiente. [...] Lamentavelmente, os *whistleblowers*, no âmbito federal, têm visto suas proteções diminuídas nos últimos anos, muito como resultado de uma série de decisões da Corte Federal de Apelações.

¹² ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

¹³ SENADO AMERICANO. **Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012**: report of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs. Disponível em: <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>.

[...] [A emenda] S. 743 vai solucionar esses problemas, restaurando a vontade original do Congresso para a Lei de Proteção do *Whistleblower*.¹⁴

Afora essa evolução da legislação federal, anota Vaughn que, em vinte anos, as diversas esferas de governo dos Estados Unidos estabeleceram “centenas” de normas protegendo o *whistleblower*, dispostas em várias legislações regrado setores específicos como saúde, abuso de crianças e idosos, etc., aplicando-se tais regramentos tanto ao setor público quanto ao privado.¹⁵ São exemplos de leis federais americanas com disposições referentes a *whistleblowers*: Clean Air Act (CAA); Commercial Motor Vehicle Safety Act (CMVSA); Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980 (CERCLA); Department of Defense Authorization Act of 1987; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act); Energy Reorganization Act of 1974 (ERA); Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA); FDA Food Safety Modernization Act (FDA Modernization Act); Federal Mine Safety and Health Act (FMSHA); Water Pollution Control Act of 1972 (FWPCA); Longshore and Harbor Workers’ Compensation Act (LHWCA); Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA); Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSH Act); Safe Drinking Water Act (SDWA); Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX); Solid Waste Disposal Act (SWDA); Surface Mining Control and Reclamation Act (SMCRA); Toxic Substances Control Act (TSCA); Whistleblower Protection Enhancement Act (WPEA).

Importância dos programas na comunidade internacional

Essas diversas construções legislativas no âmbito dos Estados Unidos demonstram o quanto as autoridades públicas americanas atribuem aos cidadãos um papel importante no *enforcement* público, cientes, portanto, de que a aplicação de leis, notadamente as que impõem dever ou omissão, e normativos setoriais não pode depender exclusivamente de investigações e fiscalizações feitas por autoridades. De fato, os programas de *whistleblower* são em geral referidos nos Estados Unidos como uma das principais ferramentas para deter a corrupção, a violação de regramentos setoriais e a perda de dinheiro público.

¹⁴ “*The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 will strengthen the rights of and protections for federal whistleblowers so that they can more effectively help root out waste, fraud, and abuse in the federal government. Whistleblowers play a critical role in keeping our government honest and efficient. [...] Unfortunately, federal whistleblowers have seen their protections diminish in recent years, largely as a result of a series of decisions by the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, which has exclusive jurisdiction over many cases brought under the Whistleblower Protection Act. [...] S. 743 would address these problems by restoring the original congressional intent of the WPA to adequately protect whistleblowers, by strengthening the WPA, and by creating new whistleblower protections for intelligence employees and new protections for employees whose security clearance is withdrawn in retaliation for having made legitimate whistleblower disclosures. More specifically, S. 743 would, among other things, clarify the broad meaning of ‘any’ disclosure of wrongdoing that, under the WPA, a covered employee may make with legal protection; expand the availability of a protected channel to make disclosures of classified information to appropriate committees of Congress; allow certain whistleblowers to bring their cases in federal district court (this provision being subject to a five-year sunset); allow whistleblowers to appeal decisions on their cases to any federal court of appeals (this provision also being subject to a five-year sunset); provide whistleblower and other employee protections to employees of the Transportation Security Administration (TSA); clarify that those who disclose scientific censorship are protected under the WPA; establish a remedy for certain employees of the intelligence community who are not protected under the WPA, modeled on the whistleblower protections for Federal Bureau of Investigation (FBI) employees; and provide federal employees with a way to challenge security clearance determinations made in retaliation against protected whistleblower disclosures.*” SENADO AMERICANO. **Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012**: report of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs. Disponível em: <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>.

¹⁵ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 581-582.

Essa mesma visão da importância de tais programas é manifestada na comunidade internacional, sendo inclusive objeto de manifestação das Nações Unidas:

“Os governos enfatizam acentuadamente que a proteção daqueles que reportam não apenas aperfeiçoa a detenção da corrupção, mas também é uma importante contenção de sua ocorrência, na medida em que reduz a capacidade dos malfetores de contarem com o silêncio daqueles que estão à sua volta. Esse aspecto preventivo é buscado pela Convenção das Nações Unidas para o Combate à Corrupção – Uncac, a qual encoraja os Estados a promover a participação ativa dos indivíduos – assegurando que eles podem se engajar de forma segura com as autoridades dos respectivos governos – e do público para extensamente reportar e prevenir a corrupção.”¹⁶

Aplicação dos programas aos setores público e privado

Os programas de *whistleblower* aplicam-se ao setor público e ao setor privado. Embora a face mais previsível fosse a aplicação dos regimes de proteção correlacionados ao setor público, progressivamente a experiência internacional revelou que os programas de *whistleblower* são ferramentas importantes para deter condutas ilícitas também no setor privado. Essa importância pode ser extraída da leitura do artigo 33 da Uncac, quando recomenda que os países signatários considerem a adoção de regimes de proteção aos *whistleblowers* de forma ampla, incorporando qualquer pessoa, indiferentemente de ser egressa do setor público ou do setor privado: “proteção para qualquer pessoa que reportar de boa-fé e com bases razoáveis, para a autoridade competente, qualquer fato relacionado a ofensas estabelecidas na Convenção”.

Essa leitura é vocalizada pela OECD, anotando que nenhum dos principais instrumentos normativos internacionais, nomeadamente a Convenção Africana sobre Corrupção, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, assim como a Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, distingue entre empregados do setor público ou privado para serem sujeitos dos programas de proteções em cada país.¹⁷ Seguindo esse entendimento, a Resolução 1729 do Conselho Europeu é expressa, logo no seu artigo primeiro, em reconhecer a importância dos programas de *whistleblower* como forma de deter malfetores que coloquem seres humanos em risco e cujas ações

¹⁶ “Government increasingly emphasize how protecting those who report not only improves the detection of corruption, but is also valuable as a deterrent, as it reduces the capacity of wrongdoers to rely on the silence of those around them. This preventive aspect is underlined by UNCAC, which encourages States to promote the active participation of individuals – ensuring that they can engage safely with government authorities in particular – and the public more widely in reporting and preventing corruption.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 1-2. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹⁷ “As previously mentioned, the 2009 OECD Anti-bribery Recommendation calls on Parties to ensure that whistleblower protections are in place for both public and private sector employees and, in its Annex II, on companies to ensure appropriate and confidential whistleblower reporting channels and protections. Article 33 of the UNCAC calls on Parties to consider adopting whistleblower protections ‘for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.’ At a regional level, the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, the Council of Europe Civil Law Convention on Corruption, and the Inter-American Convention against Corruption make similar provisions and do not expressly distinguish between private and public sector employees in their call for Parties to require or consider adopting whistleblower protection measures. As noted in Section II.1 of this Study, some G20 countries have included whistleblower protections that expressly cover private sector employees.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 26. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

forneçam uma oportunidade de reforçar a boa contabilidade e apoiar a luta contra a corrupção e a má administração, tanto no setor público quanto no setor privado.¹⁸

Dentro do G20, reconhece-se o contínuo aperfeiçoamento das legislações de *whistleblower* também para o setor privado:

“As legislações domésticas expressamente dedicadas à proteção do *whistleblower* no setor privado são menos comuns que para o setor público. Entretanto, o setor privado está progressivamente adotando voluntariamente medidas para criar canais internos para o seguro e sigiloso relato de irregularidades. Isso pode estar ocorrendo por inúmeras razões. Um efetivo regime de *whistleblower* detém os malfeitos; facilita o relato de irregularidades sem o medo de retaliações; ajuda a identificar mais cedo as irregularidades, portanto prevenindo potenciais graves desastres; e reduz o risco de potenciais danos de relatos ao público externo, incluindo-se aí os órgãos governamentais e a mídia. As proteções aos *whistleblowers* são ainda um importante elemento de um programa interno de controle, ética e *compliance*, o qual – visto em seu todo – poderá demonstrar aos acionistas e aos órgãos governamentais de controle que a companhia tem feito esforços para prevenir, detectar e remediar comportamentos corruptos. Isso pode ser especialmente relevante quando as empresas estão sujeitas a jurisdições onde a lei contra propinas e corrupção inclui como elemento de defesa para punições de certas condutas o fato de a empresa ter implantado procedimentos adequados para prevenir propinas e onde os critérios seguidos pelas decisões judiciais prevejam sentenças mais brandas para empresas com essa espécie de programas.”¹⁹

Esse aspecto de interesse da própria empresa em adotar programas de *whistleblower* foi descrito nas palavras certas de Bob Ansell, gerente de controle e *compliance* da Philip Morris Limited: “Eu irei preferir muito mais que a pessoa fale para mim do que para um jornal”.²⁰ Sob esse enfoque, o programa, quando integrado no âmbito de uma empresa, assume papel importante nos esforços de *compliance* da empresa e pode evitar prejuízos financeiros advindos dos custos de punições e processos perante agências reguladoras ou com poder punitivo, bem como danos

¹⁸ “1. The Parliamentary Assembly recognises the importance of whistle-blowers – concerned individuals who sound an alarm in order to stop wrongdoings that place fellow human beings at risk – as their actions provide an opportunity to strengthen accountability and bolster the fight against corruption and mismanagement, both in the public and private sectors.” CONSELHO EUROPEU. Parliamentary Assembly. **Resolution 1729 (2010)**: Protection of “whistle-blowers”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&lang=en>>.

¹⁹ “Domestic legal provisions expressly devoted to the protection of whistleblowers in the private sector are less common than for the public sector. However, the private sector is increasingly taking voluntary measures to create internal channels for safely and confidentially reporting misconduct. This could be for a number of reasons. An effective whistleblowing regime deters wrongdoing; facilitates the reporting of misconduct without fear of retaliation; helps identify misconduct early on and thereby prevent potentially grave disasters; and reduces the risk of potentially damaging external reports, including to regulators or the media. Whistleblower protections are also an important element of an internal controls, ethics and compliance programme, which – taken in the programme’s entirety – could demonstrate to shareholders and law enforcement that a company has made efforts to prevent, detect and address corrupt behaviors. This could be especially relevant to companies subject to the jurisdiction of anti-bribery and anti-corruption laws that include a defence against liability for certain offences by having ‘adequate procedures’ in place to prevent bribery, or where sentencing guidelines provide more lenient sentences on companies with such programmes in place.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 26. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

²⁰ “Bob Ansell, controls and compliance manager for Philip Morris Limited, has described such protection as making ‘a compelling case’ for his organisation to develop an effective approach to learning about wrongdoing first: ‘I would much rather people speak to me than a newspaper or Today Tonight’ (Mezrani 2013).” Apud WOLFE, Simon; WORTH, Mark; DREYFUS, Suelette; BROWN, A.J. **Whistleblower protection laws in G20 Countries**: priorities for action. p. 20. Disponível em: <<https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/Whistleblower-Protection-Laws-in-G20-Countries-Priorities-for-Action.pdf>>.

materiais impostos a consumidores ou terceiros. Como ferramenta de administração corporativa, um sistema interno, claro e robustamente estabelecido enseja um canal de diálogo entre funcionários preocupados com questões de interesse da empresa e seus mais altos administradores, ou entre os funcionários e os sistemas de controle, fomentando a solução de possíveis problemas antes que tenham dimensão suficiente para gerar perdas maiores ao conjunto da empresa. Trata-se de ferramenta de consolidação da autonomia dos interesses da empresa em relação a interesses individuais de um mau funcionário, de um mau gerente ou de uma diretoria. Com ela fica definitivamente claro à coletividade de funcionários que a empresa sabe que sua existência a longo prazo presume a conformidade com os setores regulatórios e a licitude das opções gerenciais com órgãos governamentais, clientes e terceiros. Essa meta de permanência da empresa a longo prazo em elevado nível de conformação jurídica não será jamais alcançada se obtida mediante violação da boa governança ou mediante condutas não conformes de seus empregados e administradores. Nos termos do estudo da Câmara de Comércio Internacional:

“As fraudes permanecem como um dos maiores problemas para os negócios mundo afora, não importando o país em que a empresa opera, o seu setor industrial ou o seu tamanho. Uma extensa pesquisa conduzida em 2007 com 5.428 companhias em 40 países concluiu que aproximadamente 43% dos respondentes sofreram um ou mais significantes crimes econômicos durante os dois anos anteriores. Apesar da atenção dos reguladores e dos investimentos das empresas em controles, o atual nível dos crimes econômicos e os associados danos financeiros e não financeiros não se reduziram significativamente. As fraudes econômicas destroem os valores de ações, ameaçam o desenvolvimento das empresas, colocam em perigo as oportunidades de emprego e enfraquecem a boa governança.”²¹

Aplicações dentro do setor privado

No setor privado, em geral os programas procuram dar garantias para o relato de práticas empresariais passíveis de criar ofensas aos consumidores, à justa competitividade no mercado, ou que estejam contrárias aos regramentos do setor financeiro e de outros setores econômicos.²² É desejável ainda a expressa menção à proteção dos direitos humanos e dos direitos dos trabalhadores.

Por vezes, poucos dão a devida atenção ao que se chama corrupção do setor privado e às suas consequências. Embora o termo corrupção tenha um sentido técnico-legal, o qual remete à ação ou omissão de agente público, quando se fala em corrupção no setor privado utiliza-se o termo com uma expressiva abrangência, buscando acolher variadas e inumeráveis práticas que atentam contra uma concepção ético-jurídica de se empreender negócios comerciais. Embora esses erros de atuação residam precipuamente

²¹ “*Fraud remains one of the most problematic issues for business worldwide, no matter the company’s country of operation, industry sector or size. An extensive survey, conducted in 2007 with 5428 companies in 40 countries, concluded that over 43 % of the respondents sustained one or more significant economic crimes during the two previous years. Despite the attention of regulators and companies’ investment in controls, the actual level of economic crime and the associated financial and non-financial damages have not significantly decreased. Economic fraud destroys shareholders’ value, threatens enterprises’ development, endangers employment opportunities and undermines good corporate governance. Enterprises should therefore consider putting into place efficient and appropriate internal tools to combat economic fraud and to fight corruption. Research indicates that companies that use effective guidelines and compliance programs are much less vulnerable to economic crime.*” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. **ICC guidelines on whistleblowing**. p. 1. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2008/ICC-Whistleblowing-Guidelines/>>.

²² CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC(2014) 7 and explanatory memorandum. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

no âmbito particular, sem afetação de serviços públicos, em uma expressão maior, encerram fraudes contra o interesse público, cometidas com ou sem a participação de servidores públicos. Estudo das Nações Unidas expõe que a corrupção do setor privado apresenta consequências similares à corrupção do setor público. Embora essas práticas sejam particularmente danosas quando envolvem contratos para o fornecimento de bens e serviços aos Estados, também podem gerar consequências para as pessoas além de fronteiras, quando havidas em práticas ligadas ao comércio internacional. Aponta o estudo que

“a corrupção do setor privado distorce a competição e pode gerar aumento de custos; cria desfavorável dependência entre os lados da oferta e da demanda, levando à perda de oportunidades de negócios legítimos e à violação de interesses de investidores e acionistas. Essas consequências são igualmente relevantes nos casos de corrupção entre dois atores privados.”²³

Podem-se visualizar os malefícios da corrupção do setor privado nas ações de empresas que cartelizam setores específicos, sendo mais comuns os ligados a obras públicas, que acabam por ter seus custos elevados em função da ausência de real competição. Nesses casos, independentemente da participação de um servidor público, as empresas podem impor conhecidas fraudes ao processo licitatório, adotando práticas tais como a eleição, entre os concorrentes, de um vencedor no processo licitatório, a rotação de licitantes vencedores, a prática de sobrepreço (superfaturamento) que permita à empresa vencedora o pagamento de um prêmio para a empresa perdedora do certame ou que permita a subcontratação das empresas vencidas para realização terceirizada da obra, no todo ou em parte. Outras formas de distorção do setor privado podem estar ligadas à venda de produtos com qualificações inapropriadas, com utilização de insumos perigosos aos consumidores. No setor médico-farmacêutico, uma das preocupações das autoridades norte-americanas, por exemplo, é averiguar a promoção de compras, por setores públicos, de remédios mais caros e sem consideração de similares mais baratos, a indução de prescrição para finalidades de eficácia não comprovada, a indução de procedimentos médicos ou laboratoriais não realmente necessários, a distribuição direta ou indireta de benefícios a pessoas-chave, etc. Poderiam ainda ser apontados sinais de alerta em todos os setores produtivos. Todavia, aos fins deste estudo, basta se ter em mente que são inúmeras as formas de agir contra o interesse público, mesmo fora do setor de obras. Arranjos semelhantes podem ser praticados no fornecimento de bens e serviços, mediante práticas inapropriadas de mercado, objetivando sempre a maximização de lucros e, pior, a maximização de vantagens, não raro com danos a consumidores. Nesse conjunto interminável de possibilidades de lesão ao interesse público e coletivo, não há como se esperar que haja muita chance de essas lesões serem descobertas sem o incentivo e a proteção para que pessoas ligadas a tais corporações venham ofertar às autoridades o necessário conhecimento. Os *whistleblowers* são, por vezes, *experts* em assuntos técnicos ou científicos, e alertam para questões de que dificilmente uma autoridade tomaria conhecimento com a prontidão necessária. Em situações dessa natureza, os custos de premiação a esses corajosos cidadãos são muito pequenos em relação à continuidade da prática dos referidos atos lesivos. A libertação da coletividade em relação a esse jugo espúrio imposto por empresas inidôneas sobressai como o ponto mais importante na equação.

²³ NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 1. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

Por outro lado, parece certo que as empresas que incorporam práticas ilícitas em suas atividades comerciais serão aquelas que menos esforços farão para terem programas efetivos de incentivo às denúncias internas.²⁴ Não haverá tampouco interesse de se impor controles internos, códigos de conduta e programas eficientes de *compliance* que possam expor a empresa aos riscos de uma atividade fiscalizatória ou punitiva de qualquer ordem.

Todavia, há que se ter em mente que, por vezes, irregularidades praticadas nas relações comerciais de empresas decorrem de atos isolados de seus funcionários, e não de uma política empresarial. Nesse contexto, há situações indesejáveis em que existe um distanciamento entre os interesses ilegítimos de empregados e os interesses legítimos das empresas. O risco que se tem aqui é de, por atos isolados de poucos funcionários, a empresa e todo o conjunto de empregados virem a ter seu futuro comprometido, quer sob um aspecto meramente gerencial e econômico, quer pela ameaça de a empresa sofrer pesadas multas, intervenção e bloqueios judiciais ou administrativos, ou processos indenizatórios que coloquem em risco a saúde, a imagem das empresas, bem como o prosseguimento das atividades e a manutenção dos empregos.

Nesse sentido, é esclarecedor o alerta feito pelo governo da África do Sul, quando estabeleceu seu manual prático de aplicação de sua legislação de transparência, o Protected Disclosures Act – Act nº 26, de 2000:

“Permanecendo silente sobre corrupção, ofensas ou outras práticas más levadas a efeito no ambiente de trabalho, o empregado contribui para, ou se torna parte de, uma cultura que abriga essas irregularidades, que vão enfraquecer suas carreiras, assim como serão danosas para os legítimos interesses da sociedade da África do Sul em geral. Todo empregador ou empregado tem a responsabilidade de empreender os passos necessários para assegurar que os empregados que relatarem essas informações estarão protegidos de qualquer represália como resultado do relato.”²⁵

Cientes desse risco às empresas, gerenciamentos eficientes procuram estabelecer canais internos de denúncias, cientes de que

“um sistema efetivo de *whistleblower* é um componente-chave em qualquer estratégia para desafiar comportamentos inapropriados em todos os níveis de uma organização. É tanto um instrumento de boa governança quanto a manifestação de uma cultura organizacional mais aberta. Um sistema é bem-sucedido, em termos de saúde organizacional, quando as preocupações são levantadas internamente com confiança nos procedimentos internos e as preocupações são adequadamente investigadas e, se necessário, corrigidas.”²⁶

²⁴ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers:** Recommendation CM/REC(2014) 7 and explanatory memorandum. p. 12. Disponível em:

<[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

²⁵ “By remaining silent about corruption, offences or other malpractices taking place in the workplace, an employee contributes to, and becomes part of, a culture of fostering such improprieties which will undermine his or her own career as well as be detrimental to the legitimate interests of the South African society in general. Every employer and employee has a responsibility to disclose criminal and other irregular conduct in the workplace. Every employer has a responsibility to take all necessary steps to ensure that employees who disclose such information are protected from any reprisals as a result of such disclosure.” ÁFRICA DO SUL. Department of Justice and Constitutional Development. **Practical guidelines for employees in terms of Section 10(4)(a) of the Protected Disclosures Act, 2000 (Act no. 26 of 2000).** p. 4. Disponível em:

<http://www.justice.gov.za/legislation/notices/2011/20110831_gg34572_n702-disclosure-guidelines.pdf>.

²⁶ “Effective whistleblowing is therefore a key component in any strategy to challenge inappropriate behavior at all levels of an organization. It is both an instrument in support of good governance and a manifestation of a more open

Corroborando o exposto, estudo da empresa KPMG na Austrália e na Nova Zelândia indica que, em 2002, 25% das fraudes foram reportadas pelos próprios empregados. E outro estudo, da mesma empresa, na África, apontou que 44% das fraudes foram reveladas a partir de informações fornecidas por *whistleblowers*.²⁷

Para obtenção de tais resultados positivos, as empresas devem instalar canais de diálogo entre seus funcionários, preservando o direito de livre manifestação, sem riscos de retaliação, e as preocupações devem ser levadas ao conhecimento de um setor com atribuições próprias, como, por exemplo, o setor de *compliance*, ouvidoria, reclamações, etc. Nesse setor, as preocupações devem ter tratamento sério e transparente, ainda que haja a possibilidade de o denunciante estar equivocado. Sob a perspectiva empresarial, embora seja desejável que o erro possa não existir, ainda assim, a empresa tem ganhos de qualidade e transparência quando despende um tempo em esclarecer dúvidas que não se confirmam.

Diretrizes dos programas no setor privado

A Câmara Internacional de Comércio²⁸ propicia algumas diretrizes de como os procedimentos de relatos internos podem ser estabelecidos dentro das empresas e, portanto, também no serviço público, destacando-se, entre outros, que: as empresas devem indicar funcionários graduados de indubitosa reputação e longa experiência para serem os responsáveis pelo setor de *whistleblower* ou de ouvidoria; esses profissionais devem ter larga autonomia dentro da corporação e possibilidade de reportarem aos mais elevados níveis de direção; como parte dos esforços das empresas para instalar adequados setores de relatos, elas podem designar outras empresas, fora do grupo econômico, especializadas em manejar relatos de *whistleblower*; todos os relatos de *whistleblowers* devem ser diligentemente conhecidos, registrados e apurados; todos os empregados devem estar em posição de reportar sérias ocorrências, sem medo de retaliação, discriminação ou ações disciplinares; assim que possível, os principais resultados do processo de investigação ou esclarecimento devem ser comunicados como um *feedback* para o *whistleblower*; todos os relatos de boa-fé devem ser investigados pelos setores de *whistleblower* das empresas, mediante regras de estrita confidencialidade; cada empresa pode decidir, de acordo com sua conveniência, que tipo de canal de comunicação será utilizado nos seus sistemas de relatos, ou seja, comunicações orais ou escritas, mediante telefone (serviços de ligação gratuita ou disque-denúncia) ou sistema informatizado (intranet) ou qualquer outra ferramenta considerada adequada.

Sabendo-se das possíveis falhas de programas de *compliance*, é importante que o trabalhador, deparando-se com situações de elevada gravidade ou risco, ou de clara

organizational culture. Successful whistleblowing, in terms of a healthy organizational culture, is when concerns are raised internally with confidence about the internal procedures and where the concern is properly investigated and, where necessary, addressed." BANISAR, David. **Whistleblowing:** international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

²⁷ "Whistleblowing is also useful for bodies that want to improve their internal management to make it more accountable. Employees are usually the first to know of problems and whistleblowing can be an 'early warning sign' for employers that something is wrong and should be corrected before it gets out of control. A 2002 KPMG report on fraud in Australia and New Zealand found 25 percent of fraud was reported by employees. A 2005 study from KPMG in Africa found that 44 percent of fraud was revealed by information received from whistleblowers." BANISAR, David. **Whistleblowing:** international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

²⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. **ICC guidelines on whistleblowing.** Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2008/ICC-Whistleblowing-Guidelines/>>.

ofensa a disposições legais ou regulatórias, possa acessar as autoridades públicas e mesmo a mídia, a fim de evitar dano irreparável. Ainda nessa situação, haverá o sistema jurídico de ofertar proteção aos relatos feitos em bases razoáveis. A compatibilidade e o equilíbrio entre o asseguramento do direito de manifestação do trabalhador e os interesses empresariais ligados a informações estratégicas da empresa estabelece-se pela razoável limitação das informações divulgadas ao mínimo necessário ao esclarecimento dos fatos.²⁹

Proteção como elemento-chave dos programas

A proteção ao cidadão é o ponto mais importante de um programa de recebimento de relatos de *whistleblower*. Pode-se mesmo dizer que proteger o cidadão reportante é a razão de existir dos programas de *whistleblower*. Essa preocupação é bem evidenciada na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quando, em seu artigo 33, prevê que os Estados devem incorporar em seus sistemas legais um “sistema apropriado de medidas para ofertar proteção quanto a qualquer tratamento injustificado a qualquer pessoa que reportar fatos ilícitos indicados na convenção”. A proteção é estabelecida para o livre exercício do direito de manifestação. Os programas, ao preverem proteção, evidentemente, não criam o direito de manifestação e a liberdade de consciência, os quais têm origem nos direitos humanos e da cidadania, sendo assegurados constitucionalmente no Brasil.

Embora o ato de reportar fatos de interesse público represente o exercício desses direitos, a prática revela que essa nobre ação, na maioria das vezes, é feita com subsequentes dissabores e ônus para o cidadão. Os programas de *whistleblower* raramente conseguirão eliminar, na integralidade, tais dificuldades. Por mais que os sistemas busquem repelir, nas palavras da Convenção, “qualquer tratamento injustificado”, remanescerão possíveis danos. Isso porque, embora possa tratar com maior força os danos mais prováveis e perceptíveis, tais como a ameaça à integridade física e moral, a perda do emprego, etc., ainda assim o cidadão frequentemente incorre em danos imateriais de difícil acautelamento, tais como abalos psicológicos e à carreira, dificuldades nos relacionamentos interpessoais, familiares e profissionais, tudo em decorrência do ato de reportar.

Essas dificuldades têm sido a difícil realidade de *whistleblowers*, mesmo em países com democracia e liberdade de expressão consolidadas ou com regimes de proteção ao denunciante devidamente estabelecidos. Conforme aponta estudo do Senado Americano,

“Frequentemente, a premiação do *whistleblower* por sua dedicação aos mais elevados princípios morais é a ameaça e o abuso. Os *whistleblowers* frequentemente se deparam com danos severos para suas carreiras e perdas econômicas substanciais. Proteger empregados que relatam ilegalidades no governo, desperdício e corrupção é o maior passo em direção à maior efetividade no serviço público. Na vasta burocracia federal, não é difícil ocultar irregularidades, tendo em vista que ninguém tem coragem para relatar a verdade. Sempre que um malfeito tem lugar em uma agência federal, há alguns empregados que sabem de sua ocorrência, e

²⁹ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers:** Recommendation CM/REC(2014) 7 and explanatory memorandum. p. 10. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

que estão indignados por ela. O que é necessário são meios para assegurar que eles não irão sofrer se ajudarem a revelar e corrigir os abusos administrativos.”³⁰

De fato, “muitos dos que trazem esses assuntos à luz enfrentam também sérias repercussões para suas ações. Eles perdem seus trabalhos ou são estigmatizados em suas atividades. Alguns são acusados de crimes por violações de leis ou acordos de trabalho. Em casos extremos, eles sofrem danos físicos”.³¹

Quando inexistentes os programas de proteção, ou se previstos sem cautelas, inclusive quanto a alguns diplomas legais periféricos, os perigos a que estão expostos os cidadão relatores podem residir no próprio sistema jurídico ou em fórmulas contratuais. Nesse sentido, não raramente, buscando mera obliteração do conhecimento público em relação a irregularidades, são levantados contra os relatos dos *whistleblowers* argumentos fundados em interpretações exorbitantes de diplomas legais ou normativos. Assim, embora não limitados a estes, são frequentes os argumentos de existência de revelação de informação sigilosa institucional ou empresarial, leviandade do relator (embora o “ofendido” não deseje esclarecer os fatos relatados), rompimento de obrigações de sigilo em contratos trabalhistas, direito do empregador em demitir livremente seus funcionários, alegação de perda de confiança, crimes contra a honra, danos morais em favor dos denunciados, etc. Essa panaceia de tipologias jurídicas é disparada contra o reportante para gerar medo e riscos jurídicos, sendo lançada como uma cortina de fumaça para encobrir atos de corrupção e relevantes ofensas a sistemas regulatórios. Esses tipos legais podem ser levantados como ameaças, ou por meio de processos administrativos e judiciais de cunho retaliatório.

Governos e organizações não governamentais especializadas em acompanhamento de gastos públicos, ou de jornalismo investigativo, sabem há muito da frequente ocorrência de tais ameaças e danos. A organização não governamental US Project on Government Oversight traz uma enumeração das mais frequentes ocorrências no ambiente de trabalho: retirada de atribuições do empregado como forma de marginalização; retirada das credenciais dos servidores da segurança nacional, deixando-os (na prática) efetivamente exonerados; rotulagem depreciativa do empregado, fazendo com que fique sem condições de obter um emprego rentável; condução de investigações retaliatórias para os fins de desviar a atenção do desperdício, da fraude ou do abuso que o *whistleblower* está tentando expor; questionamentos da saúde mental do *whistleblower*, da sua competência profissional ou da sua honestidade; imposição de dificuldades ao *whistleblower*, atribuindo-lhe tarefas impossíveis ou

³⁰ “As explained in the accompanying Senate Report: Often, the whistleblower’s reward for dedication to the highest moral principles is harassment and abuse. Whistleblowers frequently encounter severe damage to their careers and substantial economic loss. Protecting employees who disclose government illegality, waste, and corruption is a major step toward a more effective civil service. In the vast federal bureaucracy it is not difficult to conceal wrongdoing provided that no one summons the courage to disclose the truth. Whenever misdeeds take place in a federal agency, there are employees who know that it has occurred, and who are outraged by it. What is needed is a means to assure them that they will not suffer if they help uncover and correct administrative abuses.” SENADO AMERICANO. **Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012**: report of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs. p. 2. Disponível em: <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>.

³¹ “However, many who bring these issues to light face also severe repercussions for their actions. They lose their jobs or are ostracized for their activities. Some are charged with crimes for violating laws or employment agreements. In extreme cases, they face physical danger.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

procurando neutralizá-lo; transferência geográfica do empregado, deixando-o sem condições de realizar seu trabalho.³²

Esses potenciais danos, somados ao risco de os fatos não serem apurados, são os grandes impeditivos de uma maior colaboração de indivíduos para o aprimoramento da administração pública e mesmo do gerenciamento corporativo:

“A maior barreira que evita o relato de *whistleblowers* é a preocupação quanto à retaliação que resultará do relato. A retaliação pode variar de uma ameaça menor no ambiente de trabalho a consequências mais severas. Tipicamente, uma vez que o empregado assoprou o apito, crescente pressão lhe será posta para rescindir suas declarações e para evitar futuros relatos.”³³

Ainda, “Leis sobre calúnia e difamação são usadas para impedir os *whistleblowers* de fazer relatos. Os *whistleblowers* são ameaçados por oficiais superiores ou outras figuras poderosas que podem usar os tribunais como um meio efetivo de silenciar opositores”.³⁴ Por isso, pode-se dizer, em resumo: “As proteções aos *whistleblowers* têm a intenção de garantir o exercício e o completo desfrutar dos direitos de personalidade e propriedade, bem como a conservação das condições de trabalho do *whistleblower*, sem medo de retaliações ou ameaças”.³⁵

Frente a tais dissabores usualmente experimentados pelo *whistleblower*, torna-se relativa a importância da existência de premiação, ou mesmo a condenação do ofensor à reparação de danos. Na grande maioria das vezes, a premiação não fará frente às dificuldades enfrentadas pelo *whistleblower* durante o processo de apuração dos fatos, muito menos às sequelas pessoais, profissionais e sociais que permanecerão após o fim de todo o processo. Daí porque, não raras vezes, são colhidas manifestações de *whistleblowers* no sentido de que todo o processo de relato e apuração foi muito mais difícil do que o imaginado e de que pouco efeito teve a premiação quanto à atenuação de tais dificuldades. Por isso, alguns *whistleblowers* são expressos em afirmar que o principal móvel para o relato é simplesmente o desejo de que as irregularidades sejam sanadas, em benefício do interesse coletivo, não sendo a premiação o principal motivo para o relato.

Abordagens legais quanto à averiguação da boa-fé do *whistleblower*

³² “Some common practices under this rubric as listed by the US Project on Government Oversight are: • Taking away job duties so that the employee is marginalized. • Taking away an employee’s national security clearance so that he or she is effectively fired. • Blacklisting an employee so that he or she is unable to find gainful employment. • Conducting retaliatory investigations in order to divert attention from the waste, fraud, or abuse the whistleblower is trying to expose. • Questioning a whistleblower’s mental health, professional competence, or honesty. • Setting the whistleblower up by giving impossible assignments or seeking to entrap him or her. • Reassigning an employee geographically so he or she is unable to do their job.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

³³ “The biggest barrier that prevents whistleblowing is concern that retaliation will result from the disclosure. Retaliation can vary from minor harassment at the workplace to far more severe consequences. Typically, once an employee has blown the whistle, increasing pressure will be placed on them to rescind their statement and refrain from further disclosures.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

³⁴ “[...] libel and defamation laws are used to deter whistleblowers from making disclosures. Whistleblowers are threatened by senior officials or other powerful figures who can use the court systems as effective means to silence opposition.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

³⁵ “A- (i) Whistleblower protections are intended to guarantee the exercise and full enjoyment of a Whistleblower’s person and property, and the conservation of a Whistleblower’s working conditions without fear of retribution or threats.” OAS. **Rule 101.11**: Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

Quando da elaboração legislativa, com frequência surge preocupação quanto ao tratamento e, em especial, à seleção das informações a serem coletadas. Uma primeira preocupação é no sentido de evitar que reportantes tenham a intenção não de informar, mas de trazer dificuldades infundadas para pessoas e empresas. Essa preocupação pode ser vista no teor do artigo 33 da Uncac, quando estabelece que os Estados devem considerar incorporar, nos seus sistemas legais domésticos, medidas apropriadas para proteção às pessoas que, de **boa-fé** e com **bases razoáveis**, reportem fatos às autoridades públicas. Por sua vez, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, em seu artigo III, item 8, estabelece que os Estados-partes estabelecerão “Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção”.

Todavia, a exigibilidade desse requisito de boa-fé pode gerar algumas dificuldades, e, assim, o que se vê, na prática, é a adoção de tempero para evitar distorções aos sistemas de *whistleblower*. Isso porque a inserção de um requisito de boa-fé pode despertar debates sobre o teor anímico do *whistleblower*, sem que esse debate seja realmente o interesse público a se buscar, transferindo a análise antes para quem relata do que para quem deve ser investigado. O interesse, nos programas, reside fundamentalmente em ter ou não a informação que conduza à apuração de fato importante ao interesse público. Esse é foco. Frequentemente, porém, a primeira defesa daquele sobre quem se revelam atos inapropriados é direcionar dúvidas sobre quem reportou, e não esclarecer o que lhe cabe. O professor Vaughn, analisando condicionantes de tais espécies, contidas em dezenas de legislações dos estados americanos, encontrou a utilização de “expressões problemáticas” que vão além, exigindo que o ato de reportar seja feito “sem malícia” ou “sem consideração de benefício pessoal”.³⁶ Sobre tais condicionantes, esclarece que elas pecam por focar mais atenção na pessoa do *whistleblower* do que na informação revelada.³⁷

Vaughn esclarece, ainda, que o conceito de boa-fé, nas diversas legislações estaduais americanas, em geral, está ligado ao conhecimento ou não de falsidade da informação: “Algumas legislações requerem que o *whistleblower* aja apenas em boa-fé, seja definindo esse termo, seja excluindo a proteção se o *whistleblower* souber que a revelação é falsa, ou, adicionalmente, em alguns diplomas, se agir com negligência deliberada sobre sua veracidade ou falsidade”.³⁸

Na legislação americana, objeto do estudo do Professor Vaughn, adiciona-se por vezes o requerimento de que o empregado faça uma razoável tentativa de determinar a correção da informação revelada. Tendo, ao momento do estudo (1999), encontrado tais requisitos, Vaughn estabelece apropriada crítica no sentido de que “Esse requisito pode impor uma obrigação de investigar para que se possa cumprir o requisito de se ter um conhecimento razoável”. No aspecto, o sistema europeu traz importante equilíbrio ao tema, reconhecendo que, mesmo quando se exija alguma investigação ou diligência de verificação, recomenda-se que ela seja atendida na **medida permitida pelas circunstâncias**, conforme decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.³⁹

³⁶ A inexistência de benefício pessoal não se confunde com nem afasta o direito a premiações estabelecidas em lei, conforme se verá adiante.

³⁷ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. *Administrative Law Review*, v. 51, n. 2, 1999. p. 604.

³⁸ VAUGHN, idem, p. 604.

³⁹ “The authenticity of the disclosed information. The Court, in *Guja v. Moldova*, reiterated that freedom of expression carries with it responsibilities, and any person who chooses to disclose information must carefully verify,

Todavia, de modo mais expresso, a inadequação da exigência de boa-fé foi, de fato, percebida pela Comunidade Europeia, optando o Conselho Europeu por não incluí-la como requisito:

“Um número de diferentes abordagens tem sido adotado em relação ao aspecto da boa-fé e como esta deve ser interpretada. Em um número de jurisdições, foram levantadas preocupações relativamente ao risco de superenfatizar o elemento da boa-fé ou misturá-lo com os ‘motivos’. Onde os indivíduos acreditam que o foco principal seria dado aos seus motivos para reportar, e não a uma apropriada avaliação do mérito das informações que foram dadas em boa-fé, eles podem, ao final, não reportar. Tendo em vista esse risco, o Conselho Europeu não tem incluído o elemento da boa-fé em suas recomendações.”⁴⁰

A exclusão do requisito da boa-fé pela Noruega⁴¹ e a exclusão e o tratamento dado pelo Reino Unido⁴² são abordagens interessantes da mitigação da existência da boa-fé para se dar proteção ao cidadão em programas de reportantes.

Diante de tais dificuldades, o melhor caminho está em perquirir a boa-fé mediante a integração do que se descreve legalmente como **expor, acreditar em bases razoáveis, ter conhecimento razoável** ou **acreditar de forma razoável** (*reasonable grounds* ou *reasonably belief*) sobre os fatos que se revela. De fato, a maioria das legislações americanas⁴³ e das legislações de diversos países aparentemente dá maior peso à razoabilidade dos fatos relatados, decorrendo daí a verificação, em última análise, de se determinado ato de reportar é razoável, o que por si tende a excluir automaticamente a má-fé. A importância desse processo de verificação reside no fato de

to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable. The Court, in Bucur and Toma v. Romania, bore in mind Resolution 1729 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the need to protect whistleblowers on the basis that he or she had ‘reasonable grounds’ to believe that the information disclosed was true.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 44. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴⁰ “A number of different approaches have been adopted in relation to the aspect of good faith and how it is interpreted. In a number of jurisdictions, concerns have been raised regarding the risk of over-emphasizing the good faith element or of mixing it up with ‘motive’. Where individuals believe the main focus would be on their motive for reporting rather than on a proper assessment of the merits of the information they could provide in good faith, they might not speak up at all. Due to this risk, the Council of Europe has not included the element of good faith in its recommendations.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 25. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴¹ “Under Norwegian law, for example, bad faith does not rule out lawful reporting. This recognizes that the public interest is served if an employee reports reasonable suspicions, even if his or her personal motivation is malicious. In other words, the information could be necessary and useful to uncover corruption, and the motive of the person reporting does not change this (e.g. if A reports on reasonable grounds information about B, it should not matter if they have a good or bad working relationship). This approach retains the requirement of reasonable grounds and therefore can exclude protection of a reporting person who knowingly reports wrong information or should reasonably have known that the information was wrong.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 25. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴² “In 2013, the United Kingdom removed the term ‘good faith’ from its law in relation to determining whether a disclosure qualifies for protection, but retained the criteria in relation to deciding the remedial compensation or reimbursement. Where bad faith is found, the compensation for a person that has been victimized due to reporting can be reduced by up to a maximum of 25 per cent if it is considered just and even-handed given all other circumstances. Ensuring that good faith is not mixed up with motive also might help to prevent the situation wherein individuals take it upon themselves to become amateur detectives rather than reporting the facts as they understand them. Otherwise, the reporting person might fear that ‘premature’ reporting could be construed as bad faith.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 25. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴³ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 603.

se controlar e perquirir a razoabilidade não pela perspectiva de quem reporta, mas de quem recebe e analisa a informação. Por isso, “argumenta-se que o requisito da boa-fé está implícito quando se atende ao requisito do ‘acreditar razoável’”.⁴⁴

A figura do observador externo na perquirição da razoabilidade do relato

Para a codificação e a jurisprudência americanas, o requisito de o *whistleblower* **acreditar de modo razoável** no que reporta é uma análise objetiva, conforme esclarece Vaughn: “O *standard* do *reasonably belief* é objetivo e considera o que **uma pessoa razoável, na posição do empregado (*whistleblower*), acreditaria relativamente à veracidade do relato**”.⁴⁵ Fazendo referência à Common Law, em precedente firmado em *Lachance v. White*, um estudo do G20 indica descrição semelhante⁴⁶: “O que um observador desinteressado, com o conhecimento dos fatos essenciais (conhecidos), rapidamente determináveis, conclui pela existência, por parte do empregado, de razoável conclusão de que as ações do governo evidenciam uma irregularidade definida pelo Código”. É importante observar, desde logo, conforme aponta o mesmo estudo, que não é o *whistleblower* quem tem o ônus da prova da boa-fé, mas sim recai sobre o investigado (empregador) o ônus de comprovar a falta de boa-fé, pela verificação da ausência de razoabilidade no que se relatou.

A adoção do critério da razoabilidade, ao objetivar a análise de boa-fé, inserido um “observador externo”, permite, sem maiores dilemas ético-jurídicos, a utilização de outro conceito fundamental para o incentivo de relatos por parte dos *whistleblowers*. Diretamente relacionado com o escopo dos programas sob a ótica do incentivo e da proteção estatais aos relatos, tal conceito impõe que, relatando fatos de modo razoável, estará a pessoa automaticamente sob a proteção legal dos programas de relatos. Caso esclarecimentos posteriores indiquem não serem corretos os fatos, ainda assim, não se afastará todo o regime legal de proteção, incluindo-se aí, essencialmente, a imunidade civil e penal e a proibição de retaliações.

Qualidade da informação

Também, invariavelmente, são estabelecidos requisitos quanto à espécie de informação para que o relato seja protegido pelo programa de relatos. A primeira e maior condicionante está em a informação estar compreendida no rol de atos ilícitos sobre os quais se pretende fomentar a atuação estatal. Impõe-se, no aspecto, que ao público seja dado conhecimento claro e indubitável sobre quais espécies de fatos ou sobre quais regulamentos setoriais há interesse em relatos. No aspecto, ressalta-se que a mera indicação de aceitação de relatos de “interesse público” pode não ser suficientemente clara, gerando dúvidas. “Não se pode presumir que o público irá sempre saber o que se intenta com termos genéricos do tipo ‘o interesse público’, portanto faz sentido estabelecer um rol ou tipos de ilícitos que são acobertados”.⁴⁷

⁴⁴ VAUGHN, idem, p. 603.

⁴⁵ VAUGHN, idem, p. 603.

⁴⁶ “Under U.S. law, the test for determining whether a purported whistleblower had a ‘reasonable belief’ is based on whether ‘a disinterested observer with knowledge of the essential facts known to and readily ascertainable by the employee reasonably conclude that the actions of the government’ evidence the wrongdoing as defined by the statute.” OECD. G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 8. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁴⁷ “Nonetheless, it cannot be assumed that the public will always know what is meant by broad terms such as ‘the public interest’, so it makes sense to set out the range or type of wrongdoing that is covered. The United States

A segunda condicionante impõe o não conhecimento do relato de fatos frívolos ou vexatórios, atribuindo-se com isso maior relevância aos programas. Assim, nada obstante tenha sido observado um ilícito ou irregularidade, se tais fatos não apresentam uma determinada dimensão, as respectivas informações não são processadas por meio de programas de *whistleblower*. Isso impõe que, primeiro, para tramitar perante programas de *whistleblower*, as informações devem ser consideradas relevantes para setores previamente identificados pelas agências. Segundo, tais informações, se for o caso, devem ser levadas ao conhecimento de autoridades por outros canais que não o canal qualificado de um programa de *whistleblower*. Exemplo claro desse aspecto é que, “na legislação americana, relatos de violações triviais não constituem relatos protegidos pelos programas. Também o regimento do serviço público australiano estabelece que não há obrigatoriedade de investigar relatos de *whistleblowers* que sejam ‘frívolos ou vexatórios’”⁴⁸.

Exemplos de filtros quanto à informação podem ser identificados na legislação americana, que, em geral, adota como importantes as informações de perdas de recursos públicos, de abuso de autoridade e má administração. Vaughn esclarece que

“As formas como esses conceitos são definidos são diferentemente estabelecidas. Perdas, abuso de autoridade e má administração são definidos amplamente. Para cada um desses, em vários estatutos, e especialmente com o desperdício de recursos, a maioria dos Estados impõe algum requisito de magnitude, como a **grosseira** perda de fundo, o **claro** abuso de autoridade e a **grosseira** má administração.”⁴⁹ (destaques nossos)

Respeito à capacidade operacional do órgão

A limitação pode decorrer, ainda, da capacidade de investigação do próprio órgão, o que diz respeito à racionalização dos serviços da autoridade pública, calibrando-a segundo sua capacidade operacional. Mediante o estabelecimento de limites financeiros mínimos ou prioridades de áreas de atuação, ambos devidamente esclarecidos ao público, o programa terá capacidade de selecionar fatos de maior relevância e interesse, evitando que o excessivo número de relatos de menor importância possa comprometer a qualidade das investigações decorrentes dos relatos. Reversamente, indicativos de relevância demasiadamente elevados, infrequentes, podem negar a finalidade do programa e inclusive o direito das pessoas de participarem da administração pública, auxiliando no combate a irregularidades.

Indicativos de relevância

Whistleblower Protection Act, which protects those working in the federal public sector, for example, covers information relating to gross mismanagement, gross waste of funds, abuse of authority, or substantial and specific danger to public health or safety.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons.** p. 22. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴⁸ “Some countries set minimum thresholds on the extent of the wrongdoing before whistleblower protection may be triggered. Protected disclosures under U.S. law, for example, include *inter alia* gross mismanagement and gross waste of funds. To qualify as ‘gross’ there must be something more than a debateable difference in opinion; the agency’s ability to accomplish its mission must be implicated. Furthermore, under U.S. law, disclosures of ‘trivial’ violations do not constitute protected disclosures. Australia’s Public Service Regulations also state that there is no obligation to investigate whistleblower reports that are ‘frivolous or vexatious’.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation.** p. 9-10. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁴⁹ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 593.

Na experiência americana, pode-se ver exemplo desses indicativos de relevância. No Internal Revenue Service, a receita federal americana, somente haverá processamento do relato e premiação no programa de *whistleblower* quando os fatos relatados envolverem tributos, penalidades, juros e outras quantias em disputa cuja soma exceda 2 milhões de dólares, para o caso de empresa. Para pessoas físicas, a renda bruta anual do contribuinte deve ser maior que 200 mil dólares.⁵⁰ Na Securities and Exchange Commission, somente haverá pagamento de premiação a *whistleblower* caso as sanções aplicadas em decorrência dos relatos excedam 1 milhão de dólares.⁵¹

Por fim, é importante observar que as agências governamentais devem ter cuidado ao aferir os indicativos de relevância, dosando-os com a respectiva capacidade de real apuração dos relatos, pois um importante desafio para o sucesso dos programas de *whistleblower* reside justamente na certeza de que, depois de ofertados os relatos, medidas concretas serão adotadas para a sua apuração. Vaughn, Devine e Henderson esclarecem: “Pesquisas das atitudes dos empregados federais dos Estados Unidos de modo consistente concluem que a principal razão dada para permanecerem silentes não é o medo de represálias, mas a crença de que nada será mudado como resultado das denúncias”.⁵²

Informação original

Outro aspecto ligado à qualidade da informação pode ser a exigência de que as informações sejam originais, não conhecidas da autoridade pública ou não originadas de arquivos públicos. A originalidade da informação está ligada ao fato de a autoridade não ter conhecimento dos fatos. Nesse sentido, admite-se também como “original” a informação ofertada para processos investigativos em andamento, ou seja, a respeito de fatos já conhecidos pela autoridade, porém em situações nas quais a informação seja um elemento contributivo importante para a elucidação dos fatos. Ainda, como regra geral, não se admitem como informações suscetíveis de premiações ao *whistleblower* as decorrentes de processos judiciais ou administrativos, salvo se o *whistleblower* foi a fonte dessas informações.

Legislação abrangente e específica do tema

Existem diversos estudos, baseados nas experiências internacionais, destinados a subsidiar a adoção de programas de *whistleblower* pelos países. As Nações Unidas, o G20, por meio da OECD, e o Conselho Europeu apresentam estudos especializados, ofertando recomendações das melhores práticas e *guidelines*. Esses estudos foram

⁵⁰ “**What are the rules for getting an award?** The law provides for two types of awards. If the taxes, penalties, interest and other amounts in dispute exceed \$2 million, and a few other qualifications are met, the IRS will pay 15 percent to 30 percent of the amount collected. If the case deals with an individual, his or her annual gross income must be more than \$200,000. If the whistleblower disagrees with the outcome of the claim, he or she can appeal to the Tax Court. These rules are found at Internal Revenue Code IRC Section 7623(b) – Whistleblower Rules.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Whistleblower – informant award**. Disponível em: <<https://www.irs.gov/uac/whistleblower-informant-award/>>.

⁵¹ “An ‘eligible whistleblower’ is a person who voluntarily provides us with original information about a possible violation of the federal securities laws that has occurred, is ongoing, or is about to occur. The information provided must lead to a successful SEC action resulting in an order of monetary sanctions exceeding \$1 million.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Securities and Exchange Commission. **Frequently Asked Questions**. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-faq.shtml#P25_7310>.

⁵² VAUGHN, Robert G.; DEVINE, Thomas; HENDERSON, Keith. The Whistleblower Statute prepared for the Organization of American States and the Global Legal Revolution Protecting Whistleblowers. **The George Washington International Law Review**, v. 35, n. 4, 2003. p. 857.

parcialmente transcritos aqui, e neles se vê consenso dos especialistas no sentido de que os países promovam a atualização das legislações, ou a implantação de novas legislações, seguindo essas recomendações práticas.⁵³ Tais estudos são feitos com a consciência de que o tema envolve complexidades importantes, a merecer detalhado tratamento. Países com legislações não compreensivas, não abrangentes da totalidade dos aspectos ou não especificamente voltadas a estabelecer programas com todos os seus contornos não conseguirão impor programas com a eficácia necessária ao enfrentamento da corrupção e das fraudes públicas ou privadas. No compêndio de boas práticas levantadas por especialistas do G20, a primeira catalogada é justamente a necessidade de que a legislação, além de ser clara e efetiva, “Seja específica para o fim de assegurar certeza e clareza legais, e para evitar um enfoque fragmentário ao estabelecer a proteção do *whistleblower*”.⁵⁴

A legislação não deve ser limitada ao combate da corrupção

A consciência internacional recomenda uma larga abrangência de setores e procura esclarecer que não se deve limitar apenas contra a corrupção *stricto sensu*. É precisa a orientação dada pelo Conselho de Ministros para os países da Comunidade Europeia, na Resolução 1729:

“A legislação deve ser compreensiva. A definição de relatos que são protegidos deve incluir todos os alertas de boa-fé contra vários tipos de atos ilícitos, incluindo todas as sérias violações aos direitos humanos que afetam ou ameaçam a vida, a saúde, a liberdade ou qualquer outro legítimo interesse de indivíduos como sujeitos da administração pública ou contribuintes, ou acionistas, empregados ou consumidores de companhias privadas.”⁵⁵

No mesmo sentido:

“No setor privado, informações sobre como os negócios são conduzidos são importantes para a defesa de consumidores, para a justa concorrência no mercado e para a apropriada regulação das atividades financeiras e negociais. Tribunais em várias jurisdições têm decidido que não pode haver proteção de sigilo sobre irregularidades e que as denúncias públicas são válidas e protegidas, principalmente quando o interesse público em possuir a informação tem mais peso que o interesse do empregador em mantê-la.”

⁵³ “In their current G20 Anti-Corruption Action Plan (2013-2014), adopted in Los Cabos in 2012, G20 leaders committed to implement wide-ranging principles for ensuring that whistleblower protection plays this vital role. The current plan provides: ‘9. The G20 countries that do not already have whistleblower protections will enact and implement whistleblower protection rules, drawing on the principles developed in the [Anti-Corruption] Working Group, for which Leaders expressed their support in Cannes and also take specific actions, suitable to the jurisdiction, to ensure that those reporting on corruption, including journalists, can exercise their function without fear of any harassment or threat or of private or government legal action for reporting in good faith.’ WOLFE, Simon; WORTH, Mark; DREYFUS, Sulette; BROWN, A.J. **Whistleblower protection laws in G20 Countries: priorities for action.** p. 8. Disponível em: <<https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/Whistleblower-Protection-Laws-in-G20-Countries-Priorities-for-Action.pdf>>.

⁵⁴ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers:** study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 19. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁵⁵ “6.1. Whistle-blowing legislation should be comprehensive: 6.1.1. The definition of protected disclosures shall include all bona fide warnings against various types of unlawful acts, including all serious human rights violations which affect or threaten the life, health, liberty and any other legitimate interests of individuals as subjects of public administration or taxpayers, or as shareholders, employees or customers of private companies.” CONSELHO EUROPEU. Parliamentary Assembly. **Resolution 1729 (2010):** Protection of “whistle-blowers”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&lang=en>>.

Alerta sobre legislações fragmentárias surgidas após escândalos

Em outra ótica, sabe-se que esforços legislativos incompletos, sem a oferta de uma legislação detalhada, podem trazer riscos ao cidadão. Assim, as pessoas, com medo de retaliações, não acessam os programas, gerando ausência de resultados. Programas ineficientes, permitindo risco de retaliações e não promovendo o esclarecimento dos fatos, trazem sombras ao invés de luz ao *enforcement*, ao permitirem a propagação de exemplos de que ao relato de irregularidades seguem-se lamentáveis danos pessoais e ausência de esclarecimentos das possíveis irregularidades.⁵⁶ Nesse sentido, o Conselho Europeu faz importante alerta, no sentido de não se ofertar uma legislação incompleta que, na prática, seja uma armadilha ao cidadão:

“Relatar fatos sempre requer coragem, determinação, e aos *whistleblowers* pelo menos deve ser dada a chance de lutar para que seus alertas sejam ouvidos sem arriscar suas vidas e as de seus familiares. Uma legislação relevante deve primeiro e principalmente prover uma segura alternativa ao silêncio, e não oferecer aos potenciais *whistleblowers* um ‘escudo de papelão’, que será uma armadilha, ao dar a falsa sensação de segurança.”⁵⁷

A experiência de países predecessores e *experts* informa que o atingimento de determinados *standards* de proteção, catalogados ao longo do tempo, é absolutamente fundamental para se ofertar um grau de transparência e segurança que pavimente o acesso do cidadão para contribuir para o Estado. Baseado em estatísticas, o estudo da OECD alerta que

“Mais países integrantes da OECD têm estabelecido legislações dedicadas à proteção dos *whistleblowers* nos últimos 5 anos do que na quarta metade do século. Entre aqueles que responderam à pesquisa da OECD de 2014, 84% adotaram legislações dedicadas à proteção do *whistleblower* ou provisões correlacionadas especificamente a proteger denúncias ou prevenindo retaliações contra o *whistleblower* no setor público. Entretanto, essas leis têm sido usualmente reativas e dirigidas (originadas) por escândalos, ao invés de serem prospectivas para o futuro. Proteções *ad hoc* via provisões fragmentárias continuam a ser a norma, o que enseja o risco de propiciar proteções menos compreensivas que uma legislação dedicada à proteção ao *whistleblower*, que tenha maior habilidade para aclarar e conduzir o processo para revelar irregularidades e prover ações para remediar retaliações das vítimas.”⁵⁸

Necessidade de procedimentos claros e transparentes

Ainda, há necessidade de se ter um procedimento claro, amplo e seguro:

“Como resultado, o encorajamento de relatos deve estar associado a uma correspondente proteção para o *whistleblower*. No setor público, os servidores públicos precisam saber quais são os seus direitos e as suas obrigações em termos de expor suspeitas de irregularidades dentro do serviço público. Esses devem incluir regras e procedimentos claros para serem seguidos por oficiais em uma cadeia formal de responsabilidades. Os servidores públicos também devem saber qual a

⁵⁶ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC(2014) 7 and explanatory memorandum. p. 38. Disponível em:

<[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁵⁷ CONSELHO EUROPEU. Parliamentary Assembly. **Resolution 1729 (2010)**: Protection of “whistle-blowers”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&lang=en>>.

⁵⁸ OECD. **Committing to effective whistleblower protection**. p. 13. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/committing-to-effective-whistleblower-protection_9789264252639-en#page2>.

proteção que será disponibilizada a eles em caso de exporem irregularidades. Traduzir a proteção do *whistleblower* em legislação legítima e estrutura um mecanismo pelo qual os oficiais públicos podem revelar irregularidades no setor público, protege os servidores públicos contra represálias e, ao mesmo tempo, os encoraja a cumprirem seus deveres de atuar eficientemente, com transparência e com alta qualidade de serviços públicos. Se adequadamente implementada, a legislação protegendo *whistleblowers* do setor público pode se tornar uma das mais efetivas ferramentas de suporte às iniciativas anticorrupção, detectando e combatendo atos de corrupção, fraude e má gestão no setor público. A ausência de legislação apropriada impede a luta contra a corrupção e expõe o *whistleblower* a riscos de retaliação.”⁵⁹

Acrescento ainda: “A ferramenta nacional deve propiciar um ambiente que encoraje os relatos e as denúncias de uma forma aberta. Os indivíduos devem se sentir livres para levantar as preocupações de interesse público”.⁶⁰

Reportar a uma autoridade

Decorre do artigo 33 da Uncac⁶¹ que o *whistleblower* possa reportar a uma autoridade competente. Por “autoridade competente” há que se entender uma autoridade com garantias para o livre exercício de poderes para promover a apuração dos fatos narrados, assim como desencadear medidas de proteção, se verificadas retaliações contra o *whistleblower*. Estudo das Nações Unidas alerta que

“Alguns elementos-chave que têm sido identificados e têm obstado a efetividade de uma agência competente são suas habilidades em conduzir suas funções imparcialmente e sem influência indevida, clara e indubitosa autoridade para exercer suas funções – tanto para investigar e processar as irregularidades quanto para proteger as pessoas que relatam, nos caso de retaliação –, publicidade dos resultados dos seus trabalhos e os necessários recursos para viabilizar seu mandato.”⁶²

⁵⁹ “As a result, encouragement of whistleblowing must be associated with the corresponding protection for the whistleblower. In the public sector, public servants need to know what their rights and obligations are in terms of exposing actual or suspected wrongdoing within the public service. These should include clear rules and procedures for officials to follow, and a formal chain of responsibility. Public servants also need to know what protection will be available to them in cases of exposing wrongdoing. 40. Translating whistleblower protection into legislation legitimizes and structures the mechanisms under which public officials can disclose wrongdoings in the public sector, protects public officials against reprisals, and, at the same time, encourages them to fulfill their duties in performing efficient, transparent and high quality public service. If adequately implemented, legislation protecting public sector whistleblowers can become one of the most effective tools to support anti-corruption initiatives, detecting and combating corrupt acts, fraud and mismanagement in the public sector. The absence of appropriate legislation impedes the fight against corruption and exposes whistleblowers to risks of retaliation.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 15. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁶⁰ CONSELHO EUROPEU. Parliamentary Assembly. **Resolution 1729 (2010)**: Protection of “whistle-blowers”. Item 13. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&lang=en>>.

⁶¹ “Article 33 is about reports to ‘competent authorities’. These are the authorities with the powers to address the wrongdoing exposed by the whistleblower – for example an anticorruption commission, an ombudsman, audit body or the police. If these authorities have effective enforcement powers and deal with the issue promptly and discreetly, there may never be any possibility of retaliation against the whistleblower.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Whistleblower protection and the UN Convention Against Corruption**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report/_ti_report_en.pdf>.

⁶² “Some key factors that have been identified as underpinning the effectiveness of a competent agency are its ability to carry out its functions impartially and without undue influence, clear and unambiguous powers to perform its functions – whether to investigate and prosecute wrongdoing or to protect reporting persons in cases of retaliation or both, publication of the results of its work, and the necessary resources to fulfill its mandate.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of

Assim, tanto no serviço público quanto em setores de recebimento de relatos no âmbito de empresas privadas, pressupõe-se que o receptor da informação tenha suficientes garantias de estabilidade e independência funcionais. Conforme orienta a Câmara de Comércio Exterior – ICC:

“As empresas devem apontar funcionários de alto nível e de reputação indubitosa, com extensa experiência profissional, para serem responsáveis pelo gerenciamento e pela administração das unidades de *whistleblower* e ouvidorias. A esses profissionais deve ser dada uma ampla autonomia dentro da empresa e possibilidade de reportar ao mais alto escalão possível dentro do grupo.”⁶³

Isso porque, por decorrência lógica, idealmente, as mesmas garantias e imunidades concedidas ao *whistleblower* devem ser estendidas a essa pessoa ou unidade receptora do relato, para que possa com tranquilidade exercer o múnus que lhe é atribuído. A pessoa ou comissão que recebe essa espécie de relatos está especialmente prevista no artigo 36 da Uncac, pois entre suas atribuições se encontra o combate à corrupção. Nos termos da Convenção,

“deve-se assegurar a existência de um órgão ou de órgãos ou pessoas especializadas no combate à corrupção por meio do poder público. Esse órgão, órgãos ou pessoas devem ter a necessária independência, de acordo com os princípios dos sistemas legais de cada Estado, para serem capazes de conduzir suas funções de modo efetivo e sem qualquer influência indevida.”

Isso importa, em última análise, dizer que, assim como o *whistleblower* não pode ser punido quando narrar fatos cuja ilicitude não se comprove, a autoridade que recebe os relatos, fazendo seu juízo sobre a existência de razoabilidade no relato, deve ela também ter imunidade civil e penal, presente sempre a manutenção de suas garantias funcionais. Isso não impede que, para efeitos civis e, de modo precípua, para eventuais fins indenizatórios, o órgão que sedia a unidade venha a ser chamado a efetuar a indenização por abusos.

Seria desejável que o relato devesse ser orientado a uma autoridade alocada no próprio órgão ou empresa, acelerando-se o processo de correção das irregularidades. Desde que eficiente o canal interno, o procedimento de apuração tenderá a ser menos traumático, reforçando a transparência de procedimentos do órgão e a política interna da empresa, estabelecida nos princípios de seu programa de *compliance*. Essa prática favorece a qualidade no ambiente de trabalho, onde há incentivo à liberdade de manifestação e pronta atenção às preocupações surgidas no cotidiano das relações de trabalho. Para o órgão e para a empresa, a eficiente apuração interna certamente contribuirá para preservar a imagem da organização e para a melhoria das relações de trabalho.

Todavia, debate-se se esse relato interno pode ser uma condição prévia para que o relato seja procedido em outros possíveis canais, como, por exemplo, uma autoridade pública diversa ou a mídia. Analisando a legislação americana, o professor Vaughn, em

reporting persons. p. 38. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁶³ “Enterprises should appoint high level personnel of undisputable repute and extensive work experience to be in charge of the management and administration of their whistleblowing units or ombudsservice. This personnel should be given a large autonomy within the enterprise and report to the highest echelon possible within the group.” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. **ICC guidelines on whistleblowing**. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2008/ICC-Whistleblowing-Guidelines/>>.

seu estudo, não encontrou um padrão nos diversos estados. Pode-se resumir em seus achados que algumas legislações estaduais rejeitam expressamente uma exigência de relato interno, outras são simplesmente silentes sobre o aspecto, e um substancial número requer, entretanto, algum tipo de relato interno antes que se possa fazer o relato para uma pessoa alheia ao empregador. Todavia, Vaughn é preciso em afirmar que

“Requerer um relato interno reside na intenção, particularmente quando correlacionado a violações da lei, de permitir ao próprio empregador corrigir os fatos, antes que o *enforcement* externo seja chamado a atuar. Entretanto, requerer os relatos internamente pode sem necessidade colocar o *whistleblower* em risco, atrasar a resolução da irregularidade e propiciar o acobertamento.”⁶⁴

No sentido dessa conclusão,

“Um estudo demonstrou que 44% daqueles que reportaram diretamente a uma autoridade competente ou para a mídia pensam que suas organizações, como resultado, mudaram suas práticas. O mesmo estudo mostra que apenas 27% daqueles que reportaram suspeitas de irregularidades para o empregador pensam que, como resultado, alguma coisa mudou.”⁶⁵

Na própria legislação americana, quando se exige o relato interno, ainda assim há alguma previsão de hipóteses nas quais essa obrigação ficará afastada ou mitigada, em geral quando “o empregador não procura corrigir a irregularidade, os oficiais responsáveis estão envolvidos, existe uma situação de emergência, ou não há uma tempestiva e efetiva tentativa de corrigir os problemas”.⁶⁶ Transportando esses conceitos para os setores público e privado, poderá o *whistleblower* não acessar a autoridade que usualmente seria a destinatária da obrigação quando tiver dúvidas sobre a capacidade e o comprometimento da autoridade para prontamente proceder aos atos necessários para evitar danos e propiciar o esclarecimento dos fatos. Nesses casos, é importante haver possibilidade de acesso a uma autoridade externa ao órgão ou à empresa.

Asseguramento do relato a agentes externos e à mídia

Todavia, em alguns casos, sequer a autoridade pública estará engajada no esclarecimento dos fatos, não havendo alternativas que não o acesso à mídia, a qual deve ter a necessária garantia de liberdade para expor o fato a debate.⁶⁷ Essa é a recomendação do item 6.2.3 da Resolução 1729 (2010) do Conselho Europeu:

⁶⁴ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 600.

⁶⁵ “One study showed that 44 per cent of those who reported directly to a competent authority or to the media thought that their organization had changed its practices as a result. The same study showed that only 27 per cent of those who reported suspected wrongdoing to their employer thought anything changed as a result.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 40. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁶⁶ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 601.

⁶⁷ “In all jurisdictions, there is the possibility that information about wrongdoing may not be properly assessed or investigated by those specifically charged or required to do so. Around the world, individuals have put themselves at risk in order to alert the authorities and the wider public of significant issues, including corruption. [...] While it is preferable that suspected wrongdoing is addressed early and close to the source of the problem, this is not always possible, and alternative channels for reporting wrongdoing should be considered in line with international human rights standards. In practice, in certain circumstances, it may only be by virtue of public disclosures of information that corruption is properly identified and effective action is able to be taken.” NAÇÕES UNIDAS. **The United**

“Onde os canais internos não existem, não funcionam adequadamente, ou razoavelmente se espera possam não funcionar adequadamente, dada a natureza do problema levantado pelo *whistleblower*, um canal externo de relatos, inclusive por meio da mídia, deve ser protegido.”⁶⁸

A legislação do Canadá enfrenta a questão de modo claro e eficiente, pois assegura que relato de interesse público pode ser feito a um jornalista se a entidade para quem foi feita a revelação decide não investigar, ou se, investigado, não tenha havido qualquer ação, ou, ainda, não tenha o *whistleblower* sido notificado a respeito em seis meses.⁶⁹ Por outro lado, em geral, não haverá proteção ao *whistleblower* se relatar fatos que não foram aceitos como razoáveis pelos próprios órgãos de investigação. Essa é a regra, por exemplo, do programa da OEA. O acesso à mídia, no programa da OEA, assim como em diversas legislações, é protegido quando (i) há um significativo perigo à saúde pública ou à segurança, perigo substancial de danos ou violações de leis; (ii) os empregados da OEA têm base para acreditar que as vias para reclamações não garantiriam a ausência de retaliações, ou haveria risco de ocultação ou destruição de provas; (iii) não existiram providências no prazo de 120 dias por parte do Secretário-Geral.⁷⁰

Nesse contexto, salvo situações urgentes de risco à saúde pública, ao meio ambiente, à segurança e aos consumidores, parecer ser razoável oportunizar-se um tempo à autoridade para atuar, antes de completa exposição dos fatos. Também parece, na visão deste autor, ser possível, livremente, a divulgação das decisões da autoridade administrativa que apreciaram os fatos, somente incorrendo em responsabilidade caso haja excessos puníveis nas manifestações ou críticas das conclusões das autoridades.

Autoridade com competência para promover o esclarecimento de fatos irregulares e para apreciar retaliações

Na implantação dos sistemas de proteção ao *whistleblower*, é importante a definição sobre a existência, ou não, de autoridades diversas para (i) apreciar o mérito dos fatos irregulares, ou seja, correlacionados à atribuição institucional da agência ou do órgão regulador; (ii) apreciar as notícias de retaliação ao *whistleblower*. Entende-se que seja desejável a separação dessas atribuições, pois essa separação permite que funcionários especialmente treinados foquem a atenção em sua área de *expertise*,⁷¹ quer

Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 39. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁶⁸ “6.2.3. *Where internal channels either do not exist, have not functioned properly or could reasonably be expected not to function properly given the nature of the problem raised by the whistle-blower, external whistle-blowing, including through the media, should likewise be protected.*” CONSELHO EUROPEU. Parliamentary Assembly.

Resolution 1729 (2010): Protection of “whistle-blowers”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851&lang=en>>.

⁶⁹ “*In some of its states, Australia provides that a public interest disclosure can be done to a journalist if the entity to which the disclosure was made decided not to investigate it, or investigated it but did not recommend any action, or did not notify the whistleblower after six months.*” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers:** study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 22. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁷⁰ OAS. **Rule 101.11:** Procedures for whistleblowers and protections against retaliation, (d)(vi)(a).

⁷¹ “*Competent authority to receive complaints about reprisals: same or separate? Consideration should be given as to whether and how to separate the function of investigating the substance of a disclosure and any complaints of reprisals against the reporting person. Doing so at an early stage can help delineate the different skill sets and specializations that may be required of the respective staff. Functional separation between these two tasks helps to ensure that those who are properly trained can focus on their area of expertise and build specialist knowledge, including in matters of reprisals, and that there is no perceived conflict of interest between how the information is handled and how the reporting person is treated. The Office of Special Counsel 132 of the United States or the Anti-*

seja no exercício de atividade fiscalizatória, quer seja no asseguramento de medidas de proteção. Nos Estados Unidos, o Office of Special Counsel, órgão essencialmente de investigação e proteção ao *whistleblower* no serviço público federal, pode requerer que uma agência investigue as alegadas irregularidades, mesmo que a agência esteja relutante para tanto. Os *whistleblowers* são convidados pelo Office of Special Counsel a comentar a qualidade da investigação da agência e as ações corretivas prescritas, baseando-se na visão de que os *whistleblowers* são eles próprios muito frequentemente *experts* no assunto de suas preocupações. O Office of Special Counsel apresenta ainda a atribuição de manter diálogo com as agências envolvidas para ter certeza de que foram tomadas medidas razoáveis para o esclarecimento das preocupações levantadas pelos *whistleblowers*.⁷² Esses pressupostos, incluindo-se referida possibilidade de o *whistleblower*, enquanto *expert*, fazer comentários sobre as investigações procedidas, são assegurados também no Programa de *Whistleblower* da Organização dos Estados Americanos.⁷³

Ciente da importância desse diálogo para fortalecer o combate a irregularidades, ainda recentemente, o Congresso Americano, ao emendar a importante legislação da False Claims Act, que assegura ao *whistleblower* inclusive o direito de ação em favor do estado, previu, por meio das alterações promovidas pelo Fraud Enforcement and Recovery Act – Fera,

“maior liberdade ao Departamento de Justiça para compartilhar informações obtidas por meio de ‘demandas de investigações civis’ com os reportantes e com as demais agências federais e estaduais. Antes do Fera, aos reportantes era comumente negado acesso a documentos e informações ofertados pelo investigado ao governo em resposta a uma CID (reclamação). Dar acesso às informações produzidas em resposta às reclamações pode permitir que reportantes que careçam de um conhecimento específico complementem alegações especulativas ou genéricas com as informações obtidas pelo governo, evitando,

Corruption and Civil Rights Commission (ACRC) of the Republic of Korea (as described in chapter II, B.2) separate, to some extent, the investigation of the wrongdoing from the investigation into any reprisals taken against the individual reporter – though they are the main point of contact for both issues. In New Zealand, reports of wrongdoing and complaints of retaliation are handled by separate bodies. Protected disclosures may be made to competent authorities, including the New Zealand Ombudsman’s Office, but the application of the anti-victimization provisions of the Human Rights Act 1993 that are applicable to whistleblowers is overseen by the Human Rights Commission. This approach also reduces the risk of perceived bias against a whistleblower because the assessment of their claim of retaliation is clearly separated from and therefore not influenced by the investigation into the report of suspected malpractice, particularly if no wrongdoing is found. So while much will depend on the existing legal and institutional context, States parties will need to consider whether competent authorities should have the mandate both to investigate reports of wrongdoing and corruption and to protect the individuals who report to them. This is particularly relevant as more attention is being paid worldwide to the role of competent authorities in investigating wrongdoing and holding the services or companies they oversee to account for any malpractice that is reported.”

NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 79-80. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁷² “The Office of Special Counsel has the authority to investigate and prosecute violations of the rules protecting federal workers against retaliation for whistleblowing (under the Whistleblower Protection Act). It also plays a key oversight role in reviewing government investigations of potential misconduct. Based on a complaint by a whistleblower, the Office may require an agency to investigate the alleged wrongdoing, even if it is reluctant to do so. Whistleblowers are invited by the Office of Special Counsel to comment on the quality of the agency investigation and the corrective actions prescribed – based on the view that whistleblowers themselves are most often experts in their own right on the subject matter of their concerns. The Office also maintains a dialogue with the investigating agency to make sure that the actions taken are reasonable and that they address the concerns raised by the whistleblowers.”

NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 71-72. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁷³ OAS. **Rule 101.11**: Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

assim, o arquivamento de um relato que de outra forma seria legalmente insuficiente.”⁷⁴

Certeza de cobertura pelo programa

Uma vez efetuado o relato, é importante que o reportante tenha a certeza de que está sob a proteção legal do programa respectivo. Estando adequadamente posto, o programa há de informar os direitos, os deveres e as possíveis proteções, identificando quem tomará as decisões de interesse do reportante, notadamente quanto a duas vertentes principais: i – promoção do esclarecimento dos fatos reportados; ii – proteção contra possíveis retaliações.

Possibilidade de resguardo da identidade

A possibilidade de relatar fatos à autoridade mediante preservação da identidade do reportante é requisito fundamental na tentativa de assegurar proteção ao *whistleblower* contra retaliações. Assegurada na legislação americana pelo menos desde 1989,⁷⁵ ela atualmente faz parte de todos os estudos internacionais sobre as melhores práticas, sendo adotada por diversos países. O reconhecimento da proteção da identidade, porém sob a ótica do anonimato, encontra-se previsto de modo expresse na Convenção das Nações Unidas para o Combate à Corrupção, em seu artigo 13, item 2. Apenas para ilustrar, no setor privado, colhe-se da Política para *Whistleblowers* da empresa Hyundai Motor Índia Limited idêntica opção pela proteção da identidade, a qual “deve ser mantida confidencial a todo tempo, exceto durante o curso de um procedimento legal”.⁷⁶

Conforme já se observou anteriormente neste estudo, a proteção da identidade não se confunde com o anonimato. A proteção de identidade é regra de confidencialidade, pela qual o Estado se compromete a não revelar o nome de quem com ele colabora. Essa confidencialidade é baseada no pleno conhecimento, pelo Estado, da identidade do *whistleblower*, o que não ocorre no anonimato. O mero resguardo da identidade, embora seja importante ferramenta de proteção, representa, na outra face da moeda, aparente mitigação da proteção que seria dada pelo anonimato. O anonimato, todavia, enfrenta dificuldades jurídicas, pois usualmente não pode ser usado em processos administrativos ou judiciais. No sentido do exposto, colhe-se:

“Um ingrediente essencial para um sistema efetivo é assegurar aos *whistleblowers* que não queiram ser identificados que a sua confidencialidade será respeitada. Isso significa que as suas identidades não serão reveladas fora da organização para a qual eles reportaram sem os seus consentimentos. Alguns países requerem que os *whistleblowers* forneçam seus nomes para as autoridades, mas

⁷⁴ “FERA also gives the DOJ more freedom to share information obtained using CIDs with relators and federal and state agencies. Prior to FERA, relators were often denied access to documents and information that a defendant in an FCA case or a party under investigation produced to the government in response to a CID. Allowing access to information produced in response to CIDs could enable relators who lack specific knowledge of violations to supplement speculative, generalized allegations with information obtained by the government, and thereby avoid dismissal of an otherwise legally insufficient complaint.” SOZIO, Stephen G.; REAM, Rachael A. Amendments to the False Claims Act expand exposure to the health care industry. **Bar Journal**, 2013. Disponível em: <http://www.jonesday.com/files/Publication/4d682d05-7337-42f7-9c4c-2caa93d75fea/Presentation/PublicationAttachment/195ffe82-0358-4b10-a84b-3335b3dccc71/Sozio_Ream_March13-reprint.pdf>.

⁷⁵ US Code Title 5, Section 1213(h), conforme emenda da Lei Whistleblower Protection Act, de 1989.

⁷⁶ HYUNDAI Motor India Limited Whistleblower Policy. 7(a). Disponível em: <http://www.hyundai.com/wcm/idc/groups/sggeneralcontent/@in/documents/sitecontent/mdaw/mdkz/~edisppdf_in_wb_policy.pdf>.

asseguram a confidencialidade, estabelecendo como requisito que os funcionários dessas autoridades não irão revelar qualquer detalhe pessoal do *whistleblower* sem o seu consentimento. Em pelo menos um país, os nomes dos *whistleblowers* são substituídos por códigos de identificação. O anonimato (que significa que ninguém sabe quem é o *whistleblower*) é uma incompleta e insatisfatória proteção. A identidade do *whistleblower* pode sempre ser deduzida das circunstâncias, e o fato de a revelação ser anônima pode focar a atenção na identidade da pessoa que fez o relato (e não no relato). Mais ainda, alegações anônimas são difíceis para as autoridades públicas prosseguirem, e a cultura do anonimato não é sadia.⁷⁷

Por sua vez, a Recomendação (2014) 7 do Conselho Europeu, ao prever os princípios para a legislação comunitária, estabelece: “Princípio V: *Whistleblowers* devem ser assegurados de que será mantida a confidencialidade de suas identidades, sujeita à garantia do devido processo legal”. Assim, evitando-se o anonimato, porém assegurando-se a preservação da identidade do reportante, idealmente, apenas mediante o consentimento do *whistleblower* poder-se-ia revelar sua identidade. Todavia, alguma legislação, por exemplo, no setor público americano, entende que pode haver certo tempero, quando, por exemplo, a revelação da identidade seja necessária para prevenir “um iminente perigo à saúde pública, à segurança, ou uma iminente violação de qualquer lei criminal”. Também por decorrência do devido processo legal, pode surgir situação em que seja necessária a revelação, quando se denote a intenção deliberada de causar danos, decorrente de relatos falsos e não razoáveis. É importante anotar que, como consectário da confidencialidade que se assegura, não existe direito autônomo do investigado em saber quem relatou o fato à autoridade, devendo haver cláusulas na lei, expressivas de interesse jurídico concreto, para eventual levantamento dessa proteção. As defesas da pessoa ou da empresa devem ser dirigidas contra os fatos narrados, e não contra o autor do relato. Assim, o interesse jurídico a sugerir o levantamento da identidade deve se restringir à hipótese de o ato de reportar denotar deliberada intenção de prejudicar, como, por exemplo, a juntada de prova falsa produzida pelo reportante. Ou seja, um interesse jurídico, qualificado portanto.

É importante não confundir prova falsa com prova obtida por meio ilícito. A prova ilícita deve ser excluída, pelo dever constitucional de não se admitir provas obtidas por meio ilícito. O principal efeito é a nulidade da prova em si, e, eventualmente, a nulidade das provas dela decorrentes, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada. De acordo com a teoria, em sua origem, no direito americano, são excluídas tanto as provas obtidas diretamente de uma conduta ilegal quanto as provas obtidas por derivação da prova ilícita (*Segura v. United States*, 468 U.S. 796, 804 [1984]). A teoria é atenuada por algumas exceções, advindas da chamada Teoria da Atenuação: i – houve a obtenção de outras provas por fontes independentes; ii – a prova dos fatos seria obtida mesmo na ausência da prova ilícita; iii – existência de circunstância interveniente posterior tornando remota a ligação entre a prova ilícita e as demais provas (*Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 593 [2006]). Ou seja, o dever de exclusão das provas obtidas por meio ilícito, e das delas decorrentes, se não ultrapassadas as possibilidades de atenuação, deve recomendar à autoridade administrativa ou judicial o arquivamento da investigação trazida pelo *whistleblower*, mesmo antes das considerações sobre a razoabilidade do relato.

⁷⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Whistleblower protection and the UN Convention Against Corruption.** p. 14. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report/ti_report_en.pdf>.

Cláusulas claras dos limites para acesso à identidade dão equilíbrio aos interesses daquele que supostamente tenha sido indicado como responsável por ato ilícito. É importante lembrar que os relatos sempre apresentam um filtro, antes do seu processamento e antes de qualquer ato de exposição externa. Esse filtro se constitui na avaliação da razoabilidade do relato, tomando-se como razoável a perquirição da conclusão que um terceiro, desinteressado, alheio aos fatos, retiraria das informações e dos indícios trazidos. Ou seja, um critério lógico e objetivo, alheio ao *whistleblower*. Se, por um lado, esse filtro evita relatos aventureiros, por outro lado, impõe que, ressalvada a hipótese de deliberada intenção de causar dano pela produção de provas falsas ou adulteradas, o exercício do juízo de razoabilidade pela autoridade tenha consequências jurídicas. A primeira consequência jurídica é que, reconhecida a razoabilidade, o reportante atinge o requisito para estar abrigado pelo programa de proteção. A segunda é que a aceitação da razoabilidade do relato pela autoridade, se mal feita, atrai eventual processo indenizatório contra a própria administração, e não contra o reportante, o que, de fato, é uma garantia de ressarcimento de reclamos pela pessoa indicada, diante da solvência permanente do Estado.

Cautelas antes do levantamento da identidade

Correlatamente, caso alguma autoridade, administrativa ou judicial, decida pelo levantamento da identidade, cumpre sejam ainda assim respeitadas algumas garantias. A primeira é que o *whistleblower* possa, antes de fazer o relato, ter um razoável conhecimento de em que hipóteses a lei permitirá o levantamento da identidade. Poderá assim debater seus pressupostos, quando necessário. Isso permite um *fair game* na relação Estado-*whistleblower*, de modo que possa o relatante avaliar os riscos, de modo muito especial em relação a retaliações, caso, embora colaborando com o Estado, venha a ter o seu nome revelado. Há que se garantir ao *whistleblower* a decisão, baseada no critério do risco-benefício, de modo a, se for o caso, renunciar em auxiliar o Estado, o que não deixará de ser um modelo frustrante. O segundo é que ele deve poder recorrer a uma autoridade administrativa ou judicial quanto ao levantamento e ter um tempo razoável para preparar-se, inclusive, se for o caso, buscando tutela judicial. O terceiro é que se conceda ao *whistleblower* um prazo razoável para as medidas que entender cabíveis, antes de qualquer ato de publicidade de seu nome. O programa da Organização dos Estados Americanos – OAS apresenta regra clara no sentido de que se conceda ao *whistleblower* prévio conhecimento de eventual revelação de sua identidade.⁷⁸

Certeza de esclarecimento dos fatos

Tão importante quanto as regras de proteção ao reportante é a regra de que o esforço e o risco não sejam em vão. Para tanto, o sistema deve prever como sucedâneo do relato um esforço claro das autoridades para esclarecerem os fatos suspeitos. Vaughn informa que “Pesquisas nas atitudes dos empregados públicos nos Estados Unidos

⁷⁸ Rule 101.11: Procedures for whistleblowers and protections against retaliation (c) (v): “No disclosure of identity or identifying information by an authorized investigating or reviewing Staff Member to individuals other than other authorized investigating or reviewing Staff Members may occur unless the Whistleblower has been notified in advance of the disclosure”. OAS. **Rule 101.11:** Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

concluiu consistentemente que a principal razão dada para permanecerem silentes não é o medo de represálias, mas a crença de que nada irá mudar como resultado do relato”.⁷⁹

O devido esclarecimento dos fatos é tanto uma regra de proteção do reportante quanto a própria razão da existência dos programas de *whistleblower*.

“Tomar ações quanto aos relatos e às revelações é uma preocupação-chave dos *whistleblowers* – eles desejam ver ações serem tomadas para remediar as irregularidades que eles tenham trazido à tona. Também é do interesse das organizações, dos órgãos reguladores, das agências de aplicação da lei e dos cidadãos que relatam e revelam que elas sejam examinadas, investigadas, e, onde necessário, ações sejam tomadas para corrigir o problema, particularmente ao evitar mais danos sérios. ‘Prontamente’ significa que a ação deve ser tomada sem qualquer atraso, tendo em conta os recursos disponíveis e o nível de dano para o interesse público que foi revelado pelo relatório ou pela revelação.”⁸⁰

Segundo as recomendações das Nações Unidas,

“O manejo dos relatos e a cooperação em manejar os relatos profissionalmente, avaliando as informações em seu mérito e tomando as ações apropriadas para corrigir qualquer irregularidade, é fundamental para construir a confiança no sistema. Isso é um dos mais importantes aspectos da proteção das pessoas que relatam. [...] É, portanto, essencial assegurar que os sistemas que as autoridades competentes implementem para o manejo de informações dos *whistleblowers* atendam aos requisitos de qualidade e justiça e que as pessoas responsáveis por essas tarefas sejam experientes e adequadamente treinadas. Uma efetiva cooperação entre agências também é necessária para poder assegurar que os requisitos de proteção sejam mantidos na transferência de informações de uma instituição para outra.”⁸¹

Remete-se aqui à importância de que os poderes sejam assegurados à autoridade para que possa ao final ter esclarecimentos claros dos fatos, ainda que existam punições administrativas ou penais a serem aplicadas. Nos termos da Recomendação Europeia:

“Relatos de interesse público e denúncias por *whistleblower* devem ser investigados prontamente e, quando necessário, ações devem resultar de uma maneira efetiva e eficiente por parte do empregador ou da agência pública reguladora apropriada, da agência aplicadora da lei ou do órgão supervisor.”⁸²

O produto final da ação deve ser a plena transparência das ações do órgão ou da empresa. Para tanto, há a necessidade de fixação de prazo razoável para que haja

⁷⁹ VAUGHN, Robert G.; DEVINE, Thomas; HENDERSON, Keith. The Whistleblower Statute prepared for the Organization of American States and the Global Legal Revolution Protecting Whistleblowers. **The George Washington International Law Review**, v. 35, n. 4, 2003. p. 869.

⁸⁰ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁸¹ “The handling of reports and cooperation. Handling reports professionally, assessing the information on its merits and taking the appropriate action to address any wrongdoing is fundamental to building trust and confidence. This is one of the most important aspects of the protection of reporting persons. (...) It is, therefore, essential to ensure that the systems that competent authorities implement for handling information received from reporting persons meet standards of quality and fairness and that those responsible for such tasks are skilled and properly trained. Effective inter-agency cooperation is also necessary in order to assure that the protection standards are maintained in the transfer of information from one institution to another.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 68-69. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁸² CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

apuração e esclarecimento. Pode ocorrer que, por vezes, no setor público, dada a pluralidade de ofensas a diversos interesses jurídicos, a apreciação dos fatos deva ser submetida a diversos órgãos. É importante que, ainda que a agência receptora da notícia não seja a competente para a apreciação de todas as ofensas, como produto final dessa recepção do relato, se tenha a certeza de que cada uma das agências foi devidamente comunicada, tendo sido desencadeadas nessas agências ações concretas de apreciação dos fatos, fundamentando-se as devidas decisões.

Prestação de informações ao *whistleblower* quanto ao andamento da apuração

Tomando-se por base o programa de *whistleblower* da OEA, seguem-se as seguintes regras: i – a autoridade, em noventa dias após o recebimento de relato sobre irregularidades funcionais ou retaliações, deverá emitir um relatório final; ii – o relatório final deverá incluir, no mínimo: a) um sumário dos fatos narrados e das conclusões obtidas; b) entre as conclusões, deverão ser referidos todos os indícios probatórios, e as conclusões deverão ser baseadas no Código de Funcionários e demais diplomas; c) o relatório deve indicar recomendações para prevenir futuras violações e corrigir as retaliações que se conclua tenham ocorrido contra o *whistleblower*; iii – antes de o relatório final ser transmitido ao secretário-geral da organização, ele deve ser submetido ao *whistleblower* para que este faça amplos comentários, sem qualquer restrição; iv – os comentários do *whistleblower* devem ser incluídos no relatório final a ser encaminhado ao secretário-geral da OEA.⁸³

Também nas recomendações para a legislação dos países europeus anotou-se: “Assegurar ao indivíduo que fez o relato ser mantido informado das investigações e dos seus resultados, na medida das possibilidades legais, reforça a ferramenta nacional, sobretudo na medida em que constrói confiança no sistema”, esclarecendo os *experts* que essa boa prática deve ser usada tanto para relatos havidos dentro de corporações quanto no serviço público.⁸⁴ Por sua vez, “O Chefe do Escritório de *Whistleblowers* na Securities and Exchange Commission nos Estados Unidos também descreve o tempestivo e regular *feedback* como um importante aspecto da ‘proteção’”.⁸⁵

Possibilidade de revisão

⁸³ “*Final Report: In any case, not later than ninety (90) calendar days after the Whistleblower files an Admissible Report alleging Misconduct and/or Retaliation, the Appropriate Authority shall complete and submit its Final Report on Misconduct and/or Retaliation (hereafter, ‘Final Report’) to the Secretary General. (a) At a minimum, the Final Report shall include a summary of the facts established and related findings. Such findings shall reference all supporting evidence and make conclusions based on application of the provisions in this Staff Rule and other relevant authorities. In its analysis, the Final Report shall draw conclusions as to whether the General Secretariat’s Rules and Regulations have been violated. It shall provide recommendations for preventing future violations, and remedies to make the Whistleblower whole, where Retaliation is found to have occurred. (b) Before the Final Report is transmitted to the Secretary General, it shall be provided to the Whistleblower in full and without redaction for the Whistleblower’s comments. The Whistleblower’s comments shall be included in the Final Report when it is delivered to the Secretary General.*” OAS. **Rule 101.11:** Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

⁸⁴ “*Ensuring that the individual who made the report is kept informed of the investigation and its outcome as is legally possible strengthens the national framework overall as it builds trust and confidence and reduces the likelihood that further unnecessary disclosures will be made. Principle 20 is focused primarily on reports made internally within the organization or enterprise. However, member States may also consider it beneficial to extend the provision to reports made to public bodies within the confines of a regulatory enforcement or supervisory framework.*” CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers:** Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 37. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁸⁵ NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption:** resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 47. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

Complementarmente ao recebimento de informações quanto às providências tomadas, é salutar alguma possibilidade de debate quanto às decisões tomadas em relação ao relato. Conforme revela o estudo das Nações Unidas,

“Em algumas jurisdições, tem sido sugerido que os indivíduos deveriam ser capazes de apelar contra as decisões de uma competente autoridade administrativa que decida não investigar ou quando exista razão para se acreditar que a investigação foi procedida abaixo dos padrões aceitáveis.”⁸⁶

Standard nesse sentido pode ser obtido com a previsão da possibilidade de ser requerida a revisão, por autoridade superior ou por outro órgão, ou de serem acionados os canais da mídia.

Proteção ao *whistleblower* ainda que o relato não conduza a punições

O princípio 22 das Recomendações do Conselho Europeu impõe:

“A proteção não deverá ser perdida apenas com base no fato de que a pessoa que fez o relato ou a revelação estava errada sobre a importância, ou quando sua percepção de ameaça ao interesse público não se materializou, provado que ele ou ela tinha bases razoáveis para acreditar em sua ocorrência.”⁸⁷

Conforme anotado alhures, do reportante se exige boa-fé em relatar fatos à autoridade, e essa boa-fé está diretamente ligada à existência de uma conclusão razoável sobre fatos verificados. Não se exige do *whistleblower* a comprovação de fatos, ou investigações apuradas, mesmo porque tais investigações, além de poderem colocar em risco a pessoa, podem ainda desencadear o encobrimento dos fatos e o desfazimento de provas. A aplicação do referido princípio é explicada nos seguintes termos:

“Mesmo quando um indivíduo tenha base para acreditar que existe um problema que poderia ser sério, ele raramente estará em condições de conhecer a fotografia toda. É inevitável, portanto, em ambas as situações, que investigações subsequentes do relato ou da revelação possam demonstrar que o *whistleblower* estava errado. O Princípio 22 deixa claro que a proteção não deverá ser perdida nessas circunstâncias. Mais ainda, o princípio tem sido redigido de forma que torne prejudicados tanto os motivos de o *whistleblower* ter feito o relato ou a revelação quanto a sua boa-fé no agir como sendo relevantes para a questão de se o *whistleblower* estará protegido ou não.”

Nesse sentido, extrai-se da legislação da Malásia a seguinte construção: “A proteção conferida ao *whistleblower* não é limitada ou afetada na hipótese de o relato de condutas irregulares não conduzir a qualquer ação disciplinar ou processo contra a pessoa contra quem se fez o relato de conduta irregular”.⁸⁸

⁸⁶ “In some jurisdictions, it has been suggested that individuals should be able to appeal against a decision of a competent authority not to investigate or where there is reason to believe the investigation falls below acceptable standards.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 31. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁸⁷ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁸⁸ “A whistleblower protection conferred under this section is not limited or affected in the event that the disclosure of improper conduct does not lead to any disciplinary action or prosecution of the person against whom the disclosure of improper conduct has been made.” MALAYSIA. **Whistleblower Protection Act – 2010**. Act 711, 7(2).

Na outra face da moeda, o referido estudo europeu complementa a respeito de como se dá a proteção da pessoa que tenha sido “denunciada”: “O princípio 10 protege qualquer pessoa que esteja na posição de sofrer perdas ou injúria como resultado de alguém que deliberada ou conscientemente relata ou revela informações falsas. Ainda, a pessoa que faz tais relatos ou revelações não deve ser protegida pela lei”.⁸⁹ De fato, há um *standard* unânime de não se proteger o relato de má-fé. Ou seja, firmada a intenção de ofender e criar danos por força de deliberada intenção de utilização de falsas provas ou afirmações, não estará o reportante acobertado, devendo, tanto quanto possível, isso ser claro nas disposições da lei ou do programa.

Necessidade de se prever um claro sistema de proteção quanto a retaliações

Aqui já se afirmou que o ponto mais importante, e também o mais difícil, é a previsão de um sistema de proteção amplo e eficiente ao *whistleblower*. Se há um direito à livre manifestação, um direito de cooperação com a transparência e com o interesse público, da sua existência decorre não poder haver qualquer dano ao cidadão pelo exercício desses direitos. Todavia, esclarece o estudo das Nações Unidas que,

“Embora nem todos aqueles que relataram irão sofrer por terem assim agido, a experiência demonstra que, muito frequentemente, todos os indivíduos que relatam realmente são vítimas de sérias represálias. Isso pode ter um severo impacto em suas vidas e em sua sobrevivência, o que se estende para família, amigos e colegas. Quando isso ocorre, gera um efeito desencorajador para aqueles que de outra forma consideravam reportar e, entretanto, decidem que os riscos não compensam o ato. Os Estados-partes devem, portanto, considerar cuidadosamente que medidas podem ser implementadas, na lei e na prática, para permitir que integrantes do público e demais trabalhadores dentro do serviço público e dentro de outras organizações possam falar de modo seguro. É importante assegurar que os relatores e as pessoas próximas a eles estejam protegidas de danos físicos e outras ameaças ao seu bem-estar.”⁹⁰

No setor privado, segundo a experiência europeia,

“Tem sido demonstrado tantas vezes, e sempre, que os *whistleblowers* enfrentam indiferença, hostilidade, ou, pior, retaliação, caso reportem uma preocupação, dentro da organização ou da empresa, para uma autoridade, ou façam uma revelação pública. Ao contrário de se ver o *whistleblower* como um ato positivo de ‘cidadania’, dentro do contexto do trabalho, os *whistleblowers* são marcados como desleais para com seus colegas e empregadores. Quando isso acontece, a atenção é primeiramente ou exclusivamente voltada para o *whistleblower*, admoestando-se ou sancionando-se o indivíduo por ‘quebrar a harmonia’, ao invés de se examinar e corrigir a informação reportada ou revelada. [...] Para se trazer uma mudança de cultura dentro do contexto do trabalho, tanto no setor público quanto no privado, é importante que os Estados-membros remetam uma forte mensagem para

⁸⁹ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁹⁰ “While not all those who report will suffer for doing so, experience shows that all too often individuals do face serious reprisals and victimization. This can have a severe impact on their lives and livelihoods and extend to family, friends and colleagues. When this occurs, it has a chilling effect on others who might otherwise have considered reporting but decide it is not worth the risk. States parties must therefore consider carefully what measures can be implemented in law and practice that will allow members of the public and those working within public services and in other organizations to speak up safely. Ensuring that reporting persons and those close to them are protected from physical harassment and other threats to their well-being is also important.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 46. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

empregadores no sentido de terem muita atenção e agirem adequadamente a respeito da informação revelada a eles e de que retaliações e vitimizações de *whistleblowers* não serão toleradas em uma sociedade democrática.”⁹¹

Frequentes formas de retaliação

De acordo com a ONG US Government Oversight, algumas retaliações no ambiente de trabalho podem tomar as seguintes formas:

- Retirada de algumas atribuições do trabalho, de modo que o trabalhador fica marginalizado.
- Retirada das credenciais dos empregados das forças nacionais de segurança, de modo que ele ou ela estão na prática exonerados.
- Colocação do nome em “lista negra”, de modo que o trabalhador fique incapaz de encontrar outro trabalho rentável.
- Abertura de investigações retaliatórias para desviar a atenção da perda de recurso, da fraude ou dos abusos que o *whistleblower* está tentando expor.
- Questionamentos da saúde mental, da competência profissional e da honestidade.
- Atribuição de novas e elevadas tarefas, de impossível cumprimento, ao *whistleblower*, ou tentativas de fazê-lo cair em uma armadilha.
- Transferência geográfica do trabalhador, de modo que ele ou ela se torne incapaz de fazer seu trabalho.⁹²

Os estudos das Nações Unidas auxiliam a complementar, sem exauri-lo, o referido rol de possíveis retaliações:

- Coerção, intimidação ou ameaça à pessoa que fez o relato ou aos seus parentes.
- Discriminação, desvantagem ou tratamento injusto.
- Lesões corporais ou outro crime grave.
- Danos à propriedade.
- Ameaças de represálias.
- Suspensão ou demissão.
- Rebaixamento ou perda de oportunidade para promoção.
- Transferência de atribuições, troca de local de trabalho, redução das remunerações ou mudança das horas de trabalho.
- Imposição ou processamento de qualquer ação disciplinatória, reprimenda ou outra penalidade (incluindo penalidades financeiras).
- Colocação em “lista negra” (*sic*) (em um setor ou em um acordo industrial amplo, formal ou informal, que previna um indivíduo de encontrar um emprego alternativo).

⁹¹ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers:** Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 12. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁹² “Some common practices under this rubric as listed by the US Project on Government Oversight are: • Taking away job duties so that the employee is marginalized. • Taking away an employee’s national security clearance so that he or she is effectively fired. • Blacklisting an employee so that he or she is unable to find gainful employment. • Conducting retaliatory investigations in order to divert attention from the waste, fraud, or abuse the whistleblower is trying to expose. • Questioning a whistleblower’s mental health, professional competence, or honesty. • Setting the whistleblower up by giving impossible assignments or seeking to entrap him or her. • Reassigning an employee geographically so he or she is unable to do their job.” BANISAR, David. **Whistleblowing:** international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

- Processos com base nas leis criminais ou civis por quebra de segredos, calúnia e difamação.⁹³

Retaliações com base no sistema jurídico

Como observado, as retaliações podem estar materializadas em processos de calúnia, difamação ou injúria, devendo, portanto, a lei de proteção prever sobre esse aspecto, afastando tais criminalizações quando o relato foi procedido em bases razoáveis. Especial atenção deve ser dada à transferência de informações a que o trabalhador tem regular acesso no exercício de suas funções e às quais, embora sejam indícios ou provas de irregularidades, a empresa ou órgão busque dar o caráter de sigilo, a fim de evitar sejam reveladas ou, quando reveladas, imputar ao *whistleblower* a quebra do dever de confidencialidade. Retaliações dessa natureza podem vir por meio de procedimentos administrativos de “apuração” ou processos judiciais em que se alega, entre outros, quebra de confidencialidade de informações internas de órgãos ou empresa, segredos empresariais ou regras dessa natureza. No particular, deve ser provida proteção legal, assegurando-se a nulidade de cláusulas contratuais trabalhistas com tais restrições. É de se lembrar não ser exigível o silêncio ou sigilo sobre o cometimento de um crime ou uma violação de dever expresso em lei ou regulamento setorial. As bases da inexigibilidade de obrigação dessa natureza já foram expostas, em 1857, na Inglaterra, no caso *Gartside v. Outram*, em que se decidiu:

“A doutrina da verdade é que não há sigilo para se relatar uma irregularidade. Você não pode me exigir sigilo de um crime ou de uma fraude e se intitular com poder para fechar meus lábios sobre qualquer segredo que você tenha tido a audácia de me relatar em relação a qualquer intenção fraudulenta de sua parte: esse dever de confidencialidade não pode existir.”⁹⁴

Nesse contexto, a revelação de um crime ou de uma ofensa a dever expresso em regulamentos setoriais não pode ter proteção de confidencialidade, notadamente quando a revelação é feita para uma autoridade com poderes para apurar o fato. Nessa orientação inclui-se a oferta de provas à autoridade sobre as quais o cidadão tenha regular acesso, não se podendo, da mesma forma, impor barreiras de confidencialidade. As recomendações da Assembleia Parlamentar Europeia reforçam esse entendimento:

⁹³ “Potential forms of unfair treatment or reprisal can include, but are not limited to: • Coercion, intimidation or harassment of the reporting person or relatives • Discrimination, disadvantage or unfair treatment • Injury or other capital crime • Damage to property • Threat of reprisal • Suspension, layoff or dismissal • Demotion or loss of opportunity for promotion • Transfer of duties, change of location of work, reduction in wages or change in working hours • The imposition or administering of any discipline, reprimand or other penalty (including a financial penalty) • Blacklisting (a sector- or industry-wide agreement, formal or informal, that prevents an individual from finding alternative employment) • Prosecution under civil or criminal law for breach of secrecy, libel and defamation.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 46. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁹⁴ “The public interest defense developed out of the ‘iniquity rule’ as propounded by Wood VC in the 1857 case of *Gartside v Outram*. In that case the plaintiff sought to restrain a former sales clerk from disclosing information relating to the plaintiffs business. In answer to the plaintiffs’ bill the defendant pleaded that the plaintiff had carried out its business in a fraudulent manner. In the course of his judgment the Vice Chancellor said: ‘The true doctrine is, that there is no confidence as to the disclosure of iniquity. You cannot make me a confidant of a crime or a fraud, and be entitled to close my lips upon any secret which you have the audacity to disclose to me relating to any fraudulent intention on your part: such a confidence cannot exist.’” KOOMEN, Karen. Breach of confidence and the public interest defence: is it in the public interest? A review of the English public interest defence and the options for Australia. **Queensland University of Technology Law Journal**, v. 10, 1994. Disponível em: <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/382/371>>.

“No setor privado, informações sobre como se conduzem os negócios são importantes para a proteção de consumidores, para a justa concorrência no mercado e a regulamentação apropriada do sistema financeiro e para outras atividades negociais. Cortes em várias jurisdições têm decidido que não há confidencialidade quanto a irregularidades e que os relatos públicos são válidos e protegidos, particularmente quando o interesse público tem maior peso que o direito do empregador em restringi-los. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem decidido similarmente em um número de casos examinando o Artigo 10 da Convenção Europeia de Direito Humanos quanto ao direito de liberdade de expressão.”⁹⁵

As retaliações que se seguem ao relato do *whistleblower* podem ser cometidas no ambiente de trabalho ou fora dele. Podem ser aplicadas diretamente ao reportante ou indiretamente a amigos, colegas e familiares. A ameaça pode estar no próprio sistema jurídico, mediante acusações de crimes contra a honra e a imagem, quebra de sigilo de dados do serviço público ou privado, ameaças de investigações ou processos administrativos, etc. Em todas essas possíveis formas de retaliação, há que se socorrer do conceito do relato protegido por programas de *whistleblower*, onde, primeiramente, há que se diligenciar se o relato foi feito em bases razoáveis e no possível interesse público e, secundariamente, se as ações contra os interesses do *whistleblower* apresentam como fator contributivo justamente esse relato. Com isso, diferencia-se o *whistleblower* que age em busca de um interesse público daquele que deliberadamente procura causar danos; daquele que se defende de um relato absurdo e sem fundamento; daquele que deseja retaliar o *whistleblower* por ter narrado um fato razoável e de interesse público.

O ambiente de trabalho e a retaliação

No ponto, é importante observar que, por vezes, a retaliação simplesmente não terá a forma de uma ação positiva contra o reportante, familiares e mesmo pessoas próximas. Ao contrário, a retaliação poderá estar encoberta por condutas ligadas ao ambiente de trabalho, praticadas por colegas, e não exatamente por superiores hierárquicos. Nessas hipóteses, não se pode inclusive excluir incentivos do empregador para a instalação dessa animosidade, ou, quando menos, uma omissão deliberada em cobrar do conjunto de funcionários uma atitude de respeito à figura do *whistleblower*. Vaughn estudou o enfrentamento dessa questão nas diversas legislações americanas, anotando:

“De particular interesse nas legislações estaduais são as definições de ações (retaliatórias por parte do empregador) que vão além de ações formais ou informais do empregador, como, por exemplo, as mudanças nas condições de trabalho, nas tarefas, e ainda se incluem os casos em que o empregador influencia o comportamento de outros empregados contra o *whistleblower*. Essas disposições são interessantes não apenas pela extensão da proteção que elas sugerem, mas também porque enfatizam a importância de um ambiente institucional favorável ao *whistleblower*. Pelo menos, na medida em que o empregador tem um papel em instigar a hostilidade no ambiente de trabalho, ele se torna responsável por isso.”⁹⁶

Adicionando complexidade à análise do tema retaliações no ambiente de trabalho, haverá ainda, por parte do empregador, o argumento da liberdade contratual

⁹⁵ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 10. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

⁹⁶ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 607.

plena, pela qual pode, em tese, livremente, contratar ou dispensar trabalhadores. Essa alegada liberdade daria ao empregador o direito de, ao tomar conhecimento da realização de algum relato, entender que perdera o interesse em manter o empregado, por quebra de confiança, apreço ou qualquer outro motivo, autorizando-lhe a impor o término do contrato de trabalho. Variação dessas ações seria a manutenção da relação de trabalho com a atribuição de novas tarefas, mudanças de local ou horário de trabalho, etc.

Thomas Devine, um dos maiores especialistas mundiais no tema de *whistleblower*, oferta estudo da evolução da legislação americana sobre esse particular aspecto da comprovação de retaliações, esclarecendo como o Congresso Americano abandonou o conceito inicial, de considerar retaliação a ação tomada “em represália ao relato”, para a ação tomada “por causa do relato”. Nas palavras do autor:

“Eliminando os testes de motivos. Sob a Lei de Reforma do Serviço Público Civil, um empregador não viola o §2302(b)(8) a não ser que a decisão pessoal seja desafiada como sendo ‘em represália por’ ter havido um relato de irregularidades. A lei (posterior) do Whistleblower Protection Act – WPA substituiu aquela expressão por ‘por causa do’ relato de irregularidade. A mesma substituição também se aplica na proteção de testemunhas do OSC⁹⁷ ou das investigações do Escritório do Inspetor-Geral (OIG), assim como daqueles que recusaram cumprir uma ordem que violava a lei. **O impacto é que o ânimo, a intenção do empregador de punir ou de retaliar, não mais se faz necessária.**⁹⁸ Decisões pessoais adversas não podem ser baseadas no fato de ter havido um relato, independentemente da presença ou da ausência de retaliação. Isso elimina a comum alegação defensiva do empregador no sentido de que não remanesceram ‘ressentimentos’, mas que não seria realista trabalhar com um dissidente depois do que ele manifestou. Na história legislativa do WPA, o Congresso especificamente reformulou precedentes de cortes federais que requeriam prova da intenção de punir, pois indevidamente restritivos. Em decorrência, tudo que se faz necessário para provar a violação (retaliação) é um elo casual.”⁹⁹

Ônus da prova quanto a retaliações

Apresentando as retaliações as mais variadas formas, torna-se, na prática, muito difícil ao reportante provar que ações ou decisões contra si tomadas são medidas de retaliação. Dentro do serviço público, ou na iniciativa privada, de modo especial, os superiores imediatos apresentam certa discricionariedade na distribuição de funções, atribuições, encargos, os quais afetam diretamente a qualidade de trabalho ou as condições de exercê-lo. Como visto, na iniciativa privada há ainda a dificuldade da liberdade do empregador em escolher, e manter, a relação contratual com o trabalhador.

⁹⁷ Nota do tradutor: Office of Special Council – agência incumbida de apurar e promover a correção de retaliações de *whistleblower* no serviço público federal, podendo peticionar no MSPB – Merit System Protection Board, que é a agência com poderes de adjudicar litígios administrativos sobre tais causas.

⁹⁸ Destaque nosso.

⁹⁹ “*Eliminating the Motives Test. Under the Civil Service Reform Act an employer did not violate §2302(b)(8) unless the challenged personnel decision was ‘in reprisal for’ whistleblowing. The WPA replaced that phrase with ‘because of’ protected activity. The same substitution also applies to protection for witnesses in OSC or Office of Inspector General (‘OIG’) investigations, as well as for those who refuse an order to violate the law. The impact is that animus, the employer’s punitive or vindictive intent, no longer is necessary. Decisions on personnel actions may not be based on whistleblowing disclosures, regardless of the presence or absence of retaliation. This eliminates the common employer defense that there are ‘no hard feelings,’ but it is no longer realistic to work with a dissenter after what was said. In the WPA legislative history Congress specifically overruled federal court precedent that required proof of an intent to punish as unduly restrictive. In the aftermath, all that is necessary to prove a violation is a causal link.*” DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 6. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

Todavia, ressalvadas opções gerenciais legítimas, o ponto a se questionar reside em uma única questão: as decisões tomadas contra o *whistleblower* foram desencadeadas após o relato? Se a resposta a essa questão for sim, ou seja, se, após o *whistleblower* relatar irregularidades (quanto à lisura das condutas de superiores ou da organização), ele teve a sua situação de trabalho deteriorada, provavelmente se está diante de uma ação de retaliação, e não de legítimo gerenciamento.

Prova das retaliações

Quanto à comprovação das retaliações, há unanimidade dos especialistas, exposta nas recomendações do Conselho Europeu e em estudos dos G20 e da OECD, sobre a necessidade de existir diferentes distribuições dos deveres probatórios. O já tantas vezes referido estudo das Nações Unidas alerta:

“Um sistema que requer a um empregado demonstrar que a razão pela qual ele ou ela foi tratado injustamente é porque ele ou ela fez um relato de irregularidades estabelece um ônus ao indivíduo que pode ser muito difícil de ser atingido. Enquanto a maioria dos sistemas requer que o reportante apresente, ao início, indícios de que ele ou ela tenham levantado uma preocupação e sofrido retaliação (ameaça, falta de promoção, suspensão, demissão, etc.), o indivíduo pode não estar em posição de provar as razões das ações de seu ou sua empregador(a). Realmente, frequentemente ocorre que apenas o empregador ou outro indivíduo retaliador é quem está em posição de provar em um alto *standard* que a ação em detrimento do indivíduo foi inteiramente baseada em ações não relacionadas (ao relato) e que foi justa nas circunstâncias. É por essa razão que muitos países têm adotado o que é frequentemente referido como ‘inversão do ônus da prova’, pelo qual a lei requer ao empregador provar que o reportante foi tratado de um modo particular por uma razão legítima, uma vez tenha o reportante estabelecido que ele ou ela teria sofrido ação prejudicial.”¹⁰⁰

Alguns aspectos da distribuição desses encargos probatórios indicam, primeiro, que cabe ao empregado provar que determinada ação lhe é prejudicial; segundo, que cabe ao empregador a prova de que a ação tomada contra os interesses do reportante seria tomada independentemente de qualquer ação do empregado, e de que a existência do relato não se constitui em um fator contributivo para a decisão do empregador em relação ao empregado.

Um terceiro aspecto da distribuição desses encargos diria respeito à “quantidade ou qualidade” da prova a ser produzida tanto pelo empregado quanto pelo empregador, a fim de cumprirem seus deveres probatórios mencionados anteriormente. À vítima das retaliações caberia trazer indícios de que a ação é prejudicial. Ao empregador caberia trazer provas, segundo o que se chama, na Common Law, “*standards of proof*” ou “*standards probatórios*”, identificados em crescentes níveis probatórios, a modo de se

¹⁰⁰ “A system that requires an employee to demonstrate that the reason he or she has been treated unfairly is because he or she has reported wrongdoing places an onus on the individual that can be very difficult to meet. While most systems require that a reporting person present a *prima facie* case showing that he or she raised a concern and suffered a detriment (harassment, lack of promotion, demotion, dismissal, etc.), the individual may not be in a position to prove the reason for his or her employer’s action. Indeed, it may often be only the employer or other retaliating individual who is in a position to prove to a high standard that the detriment was for an entirely unrelated reason and that it was fair under the circumstances. It is for this reason that many countries have adopted what is often referred to as a ‘reverse burden of proof’, whereby the law requires the employer to show that the reporting person was treated in a particular way for a valid reason once the reporting person has established that he or she has suffered a detriment.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 64. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

ter uma maior ou menor necessidade probatória em cada *standard*. O menor nível probatório seria “prova substancial”, a qual serviria para suportar uma conclusão, porém sujeita a interpretação diversa por uma mente igualmente razoável. *Standard* um pouco mais elevado é a “*preponderance of evidence*”, ou seja, não se procura, por meio da prova, a certeza, mas a evidência ou a conclusão que dela prepondera. Esse *standard* também pode ser identificado como a conclusão, dentro de um conjunto de provas, de que a existência de determinado fato é mais provável do que improvável. Um segundo nível probatório, mais exigente, seria a comprovação por meio de prova clara e convincente, ou “*clear and convincing evidence*”, o que poderia ser traduzido como a certeza moral da ocorrência do fato, ou de que o fato é altamente provável ou razoavelmente certo. O terceiro, de modo geral aplicável apenas em processos penais, seria o “*beyond reasonable doubt*”.

Ainda na legislação americana, anota Devine que a nova legislação do WPA impôs um ônus mais realista ao *whistleblower*, ao adotar o conceito antes mencionado do relato como “fator contributivo” para as ações prejudiciais tomadas pelo empregador:

“O novo *standard* no WPA repôs o primitivo ônus da prova com um (*standard*) mais realista, tanto para o *prima facie case* quanto para as ações defensivas da agência (de proteção). Agora, a *Board*¹⁰¹ deve concluir que existe um *prima facie case* quando o apelante¹⁰² ‘tenha demonstrado que a reclamação descrita sob o § 2302(b)(8) foi um fator contributivo’ na reclamada ação prejudicial do empregador que foi ou está para ser tomada contra o empregado, ex-empregado ou postulante a vaga. Embora não exista uma definição legal de ‘fator contributivo’, o Congresso não deixou qualquer ambiguidade sobre sua intenção.”

E acrescenta: “O ônus da prova foi transferido, e o empregador deve demonstrar por meio de ‘**evidência preponderante**’ que a ação tida por prejudicial teria ocorrido de qualquer forma, mesmo na ausência do referido relato ou reclamação”.¹⁰³

A processualística brasileira não tem grandes experiências com esses conceitos, pois, em geral, não trabalha com níveis ou quantitativos probatórios,¹⁰⁴ mas apenas com a chamada inversão do ônus da prova, ou, de acordo com o novo Código de Processo Civil, a distribuição das cargas dinâmicas da prova, conforme o art. 373, § 1º. Todavia, aplicando-se esses conceitos, poder-se-á estabelecer, quanto ao empregado, que lhe cabe trazer apenas indícios de que determinado fato lhe é prejudicial, ou que deve comprovar que o fato ou a ação contra si tomada lhe é prejudicial frente às anteriores condições do trabalho. Por outro lado, para o empregador restaria a comprovação de que as ações tomadas contra o trabalhador, ou as condições em que o trabalho passou a ser exigido, seriam modificações que teriam sido tomadas por motivos próprios, não se incluindo como fator contributivo da decisão o fato de o trabalhador estar se preparando para relatar ou ter relatado ou a desconfiança de que o trabalhador fosse o autor de um relato. Esse conceito faz parte do compêndio de boas práticas do G20, anotado no 3º princípio, segundo o qual a legislação dever dar “Clara indicação de que, desde uma demonstração

¹⁰¹ Referindo-se à MSPB, agência de proteção ao *whistleblower* no serviço público federal.

¹⁰² Referindo-se a um apelo administrativo à MSPS, supostamente diante de uma negativa de proteção ao *whistleblower* feita pelos procuradores da OSC.

¹⁰³ DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 9. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

¹⁰⁴ Há certamente uma distinção entre qualidades de prova quando se está diante de decisões provisionais ou definitivas.

prima facie de retaliação ao *whistleblower*, o empregador tem o ônus de provar que as medidas tomadas em detrimento do *whistleblower* foram motivadas por razões outras que não o relato”.¹⁰⁵ No mesmo sentido é a recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu:

“O princípio 25 estabelece o ônus da prova para qualquer ação infligida pelo empregador contra os interesses do indivíduo que fez um relato ou reclamação de interesse público. Uma vez que o empregado demonstra *prima facie* que ele ou ela fez um relato ou reclamação de interesse público e sofreu ação em seu detrimento, o ônus da prova se coloca no empregador, sendo ele quem deve provar que qualquer ação tomada foi justa e não está de qualquer forma ligada com o ato de reportar.”¹⁰⁶

Sem exaurir o tema, pode-se colher essa opção de legislações estrangeiras: Bósnia – “Se o diretor de uma instituição alegar que teria tomado a mesma ação contra o reportante mesmo que a pessoa não fizesse o relato de corrupção, o diretor deverá ser requerido a comprovar a alegação”;¹⁰⁷ Índia – “O ônus da prova de que a ação da autoridade pública não vitimiza o reportante deve recair sobre a autoridade pública”.¹⁰⁸ Essa também é a recomendação da Transparência Internacional:

“Ônus da prova pelo empregador – para evitar sanções e penalidades, um empregador deve clara e convincentemente demonstrar que qualquer medida tomada contra um empregado não está em nenhum sentido conectada com ou motivada pelo relato do *whistleblower*.”¹⁰⁹

Também o Título 5 do Código dos Estados Unidos, em sua parte II, Capítulo 12, subparágrafo 1214 (b)(4)(A)(B), abaixo transcrito, deixa clara essa formulação legislativa.¹¹⁰

Reconhecimento de retaliações dentro de um período suspeito

Ainda, da legislação de alguns países pode-se colher forma complementar de reconhecimento da existência de retaliação, criando um período “suspeito”, razoável e imediatamente seguinte ao momento do relato, no qual se presume ter o ato praticado pelo empregador, contrário aos interesses do empregado, se constituído em ato de

¹⁰⁵ “Clear indication that, upon a *prima facie* showing of whistleblower retaliation, the employer has the burden of proving that measures taken to the detriment of the whistleblower were motivated by reasons other than the disclosure.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 31. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

¹⁰⁶ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 40. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

¹⁰⁷ BÓSNIA. **Law on Protection of Whistleblower in the Institutions of Bosnia and Herzegovina**. Artigo 8º, (3).

¹⁰⁸ ÍNDIA. **The Whistleblowers Protection Act**. 2011. Capítulo V, artigo 11, (2).

¹⁰⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Whistleblower protection and the UN Convention Against Corruption**. p. 25. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report/_ti_report_en.pdf>.

¹¹⁰ 5 USC 1214, (b)(4): “(A) *The Board shall order such corrective action as the Board considers appropriate, if the Board determines that the Special Counsel has demonstrated that a prohibited personnel practice, other than one described in section 2302 (b)(8), has occurred, exists, or is to be taken. (B) (i) Subject to the provisions of clause (ii), in any case involving an alleged prohibited personnel practice as described under section 2302 (b)(8), the Board shall order such corrective action as the Board considers appropriate if the Special Counsel has demonstrated that a disclosure described under section 2302 (b)(8) was a contributing factor in the personnel action which was taken or is to be taken against the individual. (ii) Corrective action under clause (i) may not be ordered if the agency demonstrates by clear and convincing evidence that it would have taken the same personnel action in the absence of such disclosure*”.

retaliação.¹¹¹ Essa abordagem legislativa complementa e reforça a inversão do ônus da prova, e foi anotada pelas Nações Unidas nos seguintes termos:

“Em muitos casos, entretanto, não é o fato de haver a inversão do ônus da prova, mas, ao contrário, o *standard* do ônus da prova combinado com outras previsões legais, como, por exemplo, a proibição legal contra a tomada de qualquer ação em detrimento da pessoa por ter reportado alegadas irregularidades. Baseado em lei desse tipo, um empregado, se demitido após fazer um relato, apenas precisaria estabelecer que ele ou ela tinha sido demitido, que ele ou ela reportou irregularidades e que havia uma possível correlação entre esses incidentes (*prima facie case of retaliation*). Então seria ônus do empregador provar que não era um ato prejudicial de retaliação e que, nada obstante, a mesma ação seria tomada contra o empregado por razões independentes do ato de relatar. Esse tipo de regulação é encontrado em leis de *whistleblower* e relatos de corrupção na Croácia, na França, em Luxemburgo, na Nova Zelândia, na Noruega, na República da Coreia, na Eslovênia, na África do Sul, no Reino Unido e nos Estados Unidos.”¹¹²

Por sua vez, a legislação da África do Sul de 2000, vigente a partir de 16 de fevereiro de 2001, ao estabelecer os remédios jurídicos, reconhece que a demissão ocorrida após o relato é considerada, automaticamente, ato de retaliação, devendo as consequências desse ato ser definidas pela corte trabalhista.¹¹³ Ainda segundo Devine, as emendas do Congresso na legislação de proteção corrigiram interpretações da corte federal e também estabeleceram um fator temporal:

“Nas emendas de 1994 ao WPA, o Congresso retirou a ameaça estabelecida no precedente Clark. A lei foi revisada para estabelecer que os empregados podem com sucesso provar a conexão entre o ato de reportar e a prática proibida (prejudicial) por meio de um período fixo no tempo após o conhecimento da ação protegida (de relatar), ‘quando uma ação pessoal prejudicial ocorreu dentro de um período de tempo no qual uma pessoa razoável poderia concluir que o relato foi um fator contributivo para a ação prejudicial’. Como uma questão de direito, o empregado estabelece um *prima facie case* passando por esse teste de conhecimento – tempo. A história legislativa reafirma que esse *standard* foi atendido quando uma ação é tomada depois do relato protegido, mas antes de qualquer avaliação funcional. Na teoria, o espaço conhecimento/tempo seria pensado como atrelado a um teto de um ano para as avaliações, contado entre a atividade protegida e a

¹¹¹ “Another important issue is burden of proof. Will the employee be required to make the very difficult case (with little chance of obtaining evidence) that the dismissal was a result of making the disclosure, or will the burden be on the organization? In South Africa, a dismissal following a disclosure is deemed to be an ‘automatically unfair dismissal.’ In the US, the agency has the burden to show ‘by clear and convincing evidence that it would have taken the same personnel action in the absence of such disclosure.’ In the UK the burden of proof depends on the length of employment of the employee. If they have been an employee for more than one year, then the employer must prove the dismissal had nothing to do with the disclosure; if they have been employed less than one year, the employee must prove that it did.” BANISAR, David. **Whistleblowing: international standards and developments**. p. 36. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

¹¹² “In most cases, however, it is not in fact an actual reversal of the burden of proof, but rather the standard burden of proof in combination with other legal provisions, for example the prohibition in law against taking any detrimental action against a person for having reported alleged wrongdoing. Based on such a law, an employee, if dismissed after making a report, would only need to establish that he or she had been fired, that he or she reported wrongdoing and that there was a likely correlation between these incidents (*prima facie case of retaliation*). It would then be up to the employer to prove that the act was not a detrimental one and that the same action would nevertheless have been taken against the employee for reasons independent of the act of whistleblowing. Such regulations are found in whistleblowing and corruption reporting laws in Croatia, France, Luxembourg, New Zealand, Norway, the Republic of Korea, Slovenia, South Africa, the United Kingdom and the United States and this approach is recommended by both the Council of Europe and the G20.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons**. p. 64-65. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹¹³ ÁFRICA DO SUL. **Protected Disclosures Act 26 of 2000**. 4 Remedies(2)(a): “any dismissal in breach of section 3 is deemed to be an automatically unfair dismissal as contemplated in section 187 of that Act, and the dispute about such a dismissal must follow the Chapter VIII of that Act”.

alegada retaliação. Recentemente, decisões da agência Merit Board, entretanto, expandiram o período de reconhecimento para entre 15 meses e dois anos.”¹¹⁴

Proteção ligada ao ambiente de trabalho

A primeira dificuldade enfrentada pelo *whistleblower* frequentemente se estabelecerá no ambiente de trabalho, quando denunciar fatos da própria empresa ou órgão no qual trabalhe. Embora o afastamento de irregularidades interesse a qualquer corporação, não raramente haverá um período cinzento que mediará entre a oferta do relato, a correta apuração e, eventualmente, a correção de procedimentos internos. Durante esse período, ações contra o *whistleblower* poderão se carreadas por diversas formas, desde a deterioração do ambiente do trabalho, praticada por superiores e por colegas, até prejuízos financeiros. Nesse momento, dirigentes e trabalhadores de empresas sem transparência e *compliance* sérios tenderão a focar atenção contra o *whistleblower*, e não simplesmente buscar esclarecimento da situação. Não raras vezes, a suposta apuração do fato incluirá, expressa ou veladamente, concomitantemente, a ameaça de apuração da conduta do *whistleblower* sob a perspectiva de quebra de sigilo quanto a assuntos internos do órgão, quebra de segredos estratégicos da empresa, etc. Esse desvio de foco pode ser repercutido externamente, a fim de elevar a ameaça ao *whistleblower*, gerando processos judiciais por calúnia e difamação, danos morais. Sendo presumível esse quadro, a lei de proteção deve antecipar-se, levantando ferramentas que defendam o relato de boa-fé e incentivem a transparência de órgãos e empresas, trazendo um balanço entre os interesses envolvidos.

“A experiência também mostra que barreiras existem em forma de leis de calúnia e difamação, que são usadas para impedir os *whistleblowers* de relatar irregularidades. A legislação de proteção ao *whistleblower* deve ser balanceada quando confrontada com o dever de lealdade para com organizações e outros acordos de confidencialidade. Certamente, como a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu em caso recente, o interesse público em ser informado sobre a qualidade de serviços públicos supera os interesses de proteção da reputação de qualquer organização. Uma efetiva lei de proteção ao *whistleblower* deve levar em conta esses obstáculos e outros empecilhos para a revelação e proteger o *whistleblower* ‘de boa-fé’ contra responsabilidades civil e criminal.”¹¹⁵

¹¹⁴ “In the 1994 amendments to the WPA, Congress erased the threat from Clark. The Act was revised to provide that employees can successfully prove the connection between whistleblowing and prohibited personnel practice through a time lag after knowledge of protected activity, when ‘the personnel action occurred within a period of time such that a reasonable person could conclude that the disclosure was a contributing factor in the personnel action’. As a matter of law, the employee establishes a *prima facie* case by passing this knowledge – timing test. The legislative history reaffirms that this standard has been met when an action is taken after protected speech but before a new performance appraisal. In theory, a knowledge/time gap pegged to performance appraisals would have a year’s ceiling between protected activity and alleged retaliation. Recent Merit Board decisions, however, have expanded the period to prevail as a matter of law from 15 months up to two years.” DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 12. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

¹¹⁵ “Experience also shows that a similar barrier exists in the form of libel and defamation laws, which are used to deter whistleblowers from disclosing illegal activities. Whistleblower protection legislation needs to be balanced when contrasted against the duty of loyalty to their organizations and other agreements of non-disclosure. Certainly, as the European Court of Human Rights held on a recent case, the public interest in being informed about the quality of public services outweighs the interests of protecting the reputation of any organization. An effective whistleblowing protection law needs to take into account these obstacles and other legal hurdles to disclosure, and to protect ‘good faith’ whistleblowers from civil and criminal liability. This includes the regulation of ways of relieving whistleblowers from civil liability for defamation or breach of confidentiality and statutory secrecy provisions.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

Ainda no ambiente do trabalho, podem ocorrer danos diretos à remuneração do *whistleblower*, e também retaliações que não implicam perdas financeiras diretas. Exemplos de danos diretos seriam a demissão, o corte de horas trabalhadas, o corte de atividades regularmente desempenhadas que ensejam acréscimos remuneratórios, tais como funções de direção, diárias. Nas retaliações indiretas se incluiriam a modificação das condições de trabalho, tais como retirada da participação em determinadas funções ou projetos, distribuição de novas tarefas, mudanças de horários e locais da prestação do trabalho, etc. Dificilmente se conseguiria aqui relacionar as tantas possíveis práticas, porém é importante lembrar que o diagnóstico da situação deverá sempre ter presente se as modificações havidas na relação de trabalho apresentam ou não no relato feito pelo trabalhador um elemento contributivo da decisão para implementá-las. Daí porque o tratamento de proteção legislativa que se dá é sempre amplo:

“Por exemplo, a legislação francesa de combate à corrupção estabelece ampla proteção empregatícia para *whistleblowers*, incluindo ações disciplinares diretas ou indiretas, demissões, discriminações, particularmente ligadas a remuneração, treinamento, classificação ou reclassificação, tarefas, qualificações, promoções pessoais, transferência e renovações, assim como exclusão de recrutamento (processos seletivos) ou acesso a bolsas e treinamento. Previsões similares protegendo os *whistleblowers* contra retaliações relacionadas ao trabalho são expressamente listadas em detalhes na legislação da África do Sul.”¹¹⁶

O estudo do G20 também relaciona várias melhores práticas nesse sentido.¹¹⁷

Abordagens quanto a verbas trabalhistas cortadas

O enfrentamento dos danos na relação de trabalho é feito de forma diversa nos vários sistemas legislativos. Algumas abordagens são particularmente interessantes: o pagamento de todas as verbas trabalhistas sonegadas e acrescidas de percentuais; a estipulação de multas e o arbitramento de verbas a título de punição em favor tanto do trabalhador quanto da agência que administra o programa de *whistleblower*; a responsabilização da empresa pela manutenção de ambiente de trabalho salutar, transparente e favorável a relatos; a punição pessoal de pessoas que pratiquem retaliação, sem prejuízo do apenamento da empresa. Quanto a este último tópico:

“A responsabilidade pessoal pela retaliação pode também ser uma forma efetiva de deter a repetição de violações dos direitos daqueles que fazem relatos de interesse público. O modelo de lei da Organização dos Estados Americanos para Proteção da Liberdade de Expressão contra a Corrupção recomenda a extensão da responsabilidade para aqueles que falham, de má-fé, em providenciar a proteção ao *whistleblower*.”¹¹⁸

¹¹⁶ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 10. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

¹¹⁷ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 31. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

¹¹⁸ “*Personal liability for acts of retaliation. Personal liability for retaliation can also be an effective way to deter repeat violations of the rights of those who speak up in the public interest. The Organization of American States Model Law Protecting Freedom of Expression against Corruption recommends extending liability to those who fail, in bad faith, to provide whistleblower protection.*” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 57. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

Nos Estados Unidos, além de alguma legislação prever a responsabilidade do empregador para a manutenção de um ambiente institucional favorável a relatos,¹¹⁹ dos estudos do professor Vaughn ainda se colhem diplomas legais que, primeiro, de modo geral, sempre estabelecem o pagamento das verbas não pagas, das verbas que poderiam ser conquistadas e de outros benefícios perdidos na relação de trabalho; segundo,

“que algumas legislações construíram soluções que encorajam processos e aparentemente enfatizam o desestímulo à retaliação. Por exemplo, alguns códigos recorrem a múltiplos dos danos, como, por exemplo, duas vezes o valor devido ou três vezes os danos atuais. Alguns códigos estabelecem danos punitivos.”¹²⁰

O dano punitivo, segundo o **Legal Dictionary**,

“refere-se a uma premiação ordenada por uma Corte para ser paga pelo réu ao autor em um processo civil. Embora seja comum a um autor ser premiado por uma irregularidade praticada pelo réu, como, por exemplo, dinheiro para pagar despesas médicas, ou por danos à propriedade, os danos punitivos são concedidos apenas com o motivo de punir o réu por sua conduta.”¹²¹

Todavia, o pagamento de verbas trabalhistas não expressa os sofrimentos e os desgastes usualmente correlacionados ao relato, impondo-se que o sistema esteja atento à reparação referente a auxílios médicos e psicológicos e a danos morais em geral. Por isso, nas diversas legislações dos países,

“Os remédios jurídicos e as sanções para proteção contra retaliação ao *whistleblower* muito frequentemente incluem indenização ao *whistleblower* que foi vítima de dano. A importância dessas provisões é sublinhada pela Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu na Resolução de Proteção ao *Whistleblower*, pela qual se estabelece que ‘Uma relevante legislação deve [...] procurar correções na ação do empregador, incluindo resguardos cautelares na pendência do completo e apropriado conhecimento do caso, como compensações financeiras se os efeitos da retaliação não puderem razoavelmente ser desfeitos’. Os remédios devem levar em conta não apenas as perdas salariais, mas também danos compensatórios pelo sofrimento. Pela legislação do Reino Unido, por exemplo, as cortes têm decidido que a compensação pode ser fornecida pelo sofrimento, baseada no sistema desenvolvido sob a lei da discriminação.”

Ainda,

“A maioria das leis estabelece compensações ao *whistleblower* em casos em que ele tenha sofrido danos que não podem ser remediados por liminares. Isso inclui perdas de salário, mas também pode incluir valores pelo sofrimento. Frequentemente, as leis usam códigos referentes a discriminação para determinar danos por assédio. A compensação não deve ser limitada. Alguns trabalhadores podem ter dificuldades para encontrar um novo trabalho no período posterior ao relato. No Reino Unido, um prêmio de 278.000 libras foi dado a um senhor de 56

¹¹⁹ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 607.

¹²⁰ “A few statutes construct remedies that encourage whistleblower suits and that appear to emphasize deterrence of reprisal. For example, a few statutes direct recovery of multiples of actual damages, such as two time back pay or three times actual damages. Some statutes specifically provide for punitive damages.” VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 613.

¹²¹ “The legal term **punitive damage** refers to a monetary award ordered by the court to be paid by a defendant to the plaintiff in a civil law suit. While it is common for a plaintiff to be awarded money to pay for a wrong committed by the defendant, such as money to pay medical bills, or for property damage, punitive damages are awarded only for the purpose of punishing the defendant for his conduct.” PUNITIVE damages. **Legal Dictionary**. Disponível em: <<http://legaldictionary.net/punitive-damages/>>.

anos que arguiu com sucesso que não seria capaz de encontrar um novo trabalho. Na África do Sul, a compensação por perda de emprego tem um teto de dois anos, porém, a Comissão de Reforma dessa lei tem recomendado a eliminação da limitação. A Lei Pida do Reino Unido também permite compensações adicionais pelo sofrimento. As Cortes têm decidido que a compensação pode ser permitida com base nos três níveis do sistema legal de (anti)discriminação. O nível mais elevado é aplicado para casos sérios de assédio continuado e prolongado, em que o máximo de compensação pode chegar a 25 mil libras (US\$ 40.000). Algumas jurisdições também permitem danos punitivos para punir o empregador.”¹²²

Medidas liminares de amparo

Nos termos do estudo mencionado, é importante observar que o sistema deve dar a alguma autoridade ferramentas para pronta atuação, para que possa ter poder de correção imediata das retaliações da empresa ou do órgão, evitando o aprofundamento dos danos. Nesse momento, notadamente no serviço público, pode haver resistências de superiores hierárquicos, baseadas em argumentos de necessidades do serviço público e outras alegações que colocam a posição do *whistleblower* em segundo plano. A autoridade responsável pelo programa deve, portanto, ter o poder de determinar medidas provisionais, de necessário cumprimento pelos superiores hierárquicos, prevendo-se instrumento para cumprimento dessas decisões, como ilícitos administrativos ofensivos ao programa de relatos e quebra de deveres funcionais pela não cessação de medidas de retaliação. Essa necessidade de poderes da autoridade responsável pelo programa de *whistleblower* para determinar medidas provisionais é bem posta pelas Nações Unidas:

“Medidas Cautelares Administrativas – Para que as medidas de proteção possam merecer crédito, devem ser dadas considerações permitindo medidas cautelares de proteção enquanto os procedimentos estão em andamento. Medidas cautelares de proteção são particularmente importantes para aqueles que fazem relatos no ambiente de trabalho, porque podem ajudar a preservar as relações de trabalho e prevenir que elas se arruinem completamente. Medidas cautelares de proteção podem incluir quaisquer medidas necessárias para preservar a posição do indivíduo até o completo conhecimento do caso, tais como a reinstalação em uma posição similar (por exemplo, se necessário, sob um supervisor diverso ou em uma parte diferente da empresa) ou qualquer outra ação para desfazer ou pelo menos minimizar os efeitos da retaliação o mais rápido possível. Dada a demora em alguns procedimentos, sem esse tipo de medida cautelar, um indivíduo pode não ser capaz de manter-se profissionalmente ou financeiramente até os resultados finais de um procedimento legal ou administrativo. O Capítulo 1 da Lei 118 de Relatos Protegidos de 2014, da Irlanda, prevê, por exemplo, que medidas cautelares de proteção podem ser tomadas na pendência da solução de uma reclamação de demissão injusta de um emprego. Se, entretanto, os efeitos das medidas retaliadoras não puderem razoavelmente ser desfeitos, então devem-se seguir apropriadas compensações financeiras. Dentro da visão de que o *whistleblower* pode estar empregado em qualquer nível do ambiente de trabalho de uma organização e pode perder a sua posição de trabalho como resultado do relato, as compensações devem refletir as atuais perdas financeiras e não devem ser arbitrariamente limitadas. Nos

¹²² “Most whistleblowing laws provide for compensation to the whistleblower in cases where they have suffered harms that cannot be remedied by injunction. This includes lost salary but can also include money for suffering. Often, the laws use discrimination statutes to determine harm from harassment. The compensation should not be limited. Some workers may have a difficult time finding a new job following their disclosure. In the UK, an award of £278,000 was given to a 56-year-old man who successfully argued that he would not be able to find another job. In South Africa, compensation for lost employment is capped at two years but the Law Reform Commission has recommended eliminating the cap. The UK PIDA also allows for additional compensation for suffering. The courts have ruled that compensation can be allowed based on a three-tiered system developed in discrimination law. The top tier in cases of serious continuous and prolonged harassment, the maximum compensation can be £25,000 (~US \$40,000). Some jurisdictions also allow for punitive damages to punish the employer.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

casos em que o empregador seja incapaz de pagar compensações, algumas jurisdições têm tomado passos para estabelecer um fundo público no qual as ordens de compensação podem ser pagas, tal como é o caso da República da Coreia.”¹²³

Disposições nesse sentido são encontradas nos programas de *whistleblower* da Organização dos Estados Americanos:

“Medidas cautelares: Antes de formalizar o Relatório Final de Conduta Irregular ou Retaliatória, a autoridade responsável está livre para recomendar ao Secretário-Geral tomar medidas cautelares imediatas para salvaguardar os interesses do *whistleblower*, incluindo, entre outros, a suspensão da implementação da alegada ação retaliatória, a temporária realocação de funções ou a transferência do retaliador, sem prejuízos de pagamentos, níveis ou benefícios, e, com o consentimento do *whistleblower*, temporariamente, a redesignação do *whistleblower* dentro ou fora da unidade de trabalho sob atenção, sem perda de pagamentos, avaliações, níveis ou benefícios.”¹²⁴

Transferência temporária do trabalhador

Realmente, bons exemplos da transferência temporária podem ser vistos nas leis da África do Sul e de Queensland.

África do Sul: Seção 4 (3)

“Qualquer empregado que tenha feito uma revelação protegida e para quem se acredita razoavelmente que ele ou ela poderá ser afetado por uma ação adversa pelo fato de ter feito essa revelação deve, por sua solicitação e se razoavelmente possível ou praticável, ser transferido do local ou da posição ocupada por ele ou ela ao tempo da revelação para um novo local ou posição na mesma divisão ou em outra divisão de seu empregador, ou, quando a pessoa que fez a revelação é empregada por um órgão do Estado, para outro órgão do Estado.”

Seção 4 (4)

¹²³ “*Interim/administrative relief. In order for protective measures to be seen as credible, consideration should be given to allowing for interim relief while proceedings are under way. Interim relief is particularly important for reporting persons in the workplace because it can help preserve the working relationship and prevent it from breaking down completely. Interim relief could include any measure necessary to preserve the position of the individual until a full hearing is possible, such as reinstatement in a similar position (e.g. if necessary, under a different supervisor or in a different part of the company) or any other action to undo or at least minimize the effects of the retaliation as swiftly as possible. Given the length of some proceedings, without such measures, an individual may not be able to maintain himself or herself professionally or financially until the final outcome of a legal or administrative proceeding. Schedule 1 of the Protected Disclosure Act 2014 of Ireland provides for an example of interim measures that can be taken pending the determination of a claim of unjust dismissal from employment. If, however, the effects of the retaliatory measures cannot reasonably be undone, then appropriate financial compensation should follow. In view of the possibility that a workplace whistleblower can be employed at any level in an organization and might lose his or her job as a result of a disclosure, compensation should reflect actual financial losses and not be arbitrarily limited. In cases where the employer is unable to pay compensation, some jurisdictions have taken steps to establish a public fund from which such compensation orders can be paid, such as is the case in the Republic of Korea.*” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 64. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹²⁴ “(v) *Interim Measures: Prior to issuance of a Final Report on Misconduct and/or Retaliation, the responsible Appropriate Authority is free to recommend that the Secretary General take immediate interim measures to safeguard the interests of the Whistleblower, including but not limited to suspension of implementation of the allegedly retaliatory action, temporary re-assignment or transfer of the alleged Retaliator with no loss of pay, grade or benefits, and, with the consent of the Whistleblower, temporary reassignment of the Whistleblower within or outside the work unit concerned with no loss of pay, grade, or benefits.*” OAS. **Rule 101.11**: Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

“Os termos e as condições do emprego da pessoa transferida, nos termos da subseção (2), não podem, sem o consentimento dele ou dela, ser menos favoráveis que os termos e as condições aplicáveis para ele ou ela imediatamente antes da transferência.”¹²⁵

Queensland:

“Seção 41

(1) Esta seção dá ao empregado do serviço público o direito de solicitar realocação:

(2) A solicitação deve ser feita com base (em que):

(a) a possível represália será tomada contra o empregado do serviço, se o empregado continuar no atual local de trabalho; e

(b) a única forma prática de remover ou substancialmente remover o perigo de represália é a realocação do empregado.”¹²⁶

Todavia, por vezes, a única alternativa para se dar uma nova condição de trabalho ao empregado será, de fato, a realocação permanente em outro local, conforme reconhecem os especialistas das Nações Unidas:

“Pode ser irrealista a expectativa de o trabalhador reassumir o trabalho perante o supervisor, o empregador ou os companheiros de trabalho que tenham se dedicado a retaliações contra ele ou ela. Nesses casos, aos indivíduos pode ser necessário ofertar a possibilidade de transferência para uma seção ou um escritório diverso para que tenham uma chance realista de um novo começo.”¹²⁷

Proteções por meio do direito penal

Pelo direito penal são ainda estabelecidas duas ferramentas: a proteção por meio de tipos penais para a revelação da identidade do *whistleblower* e a proteção quanto a ato de retaliação. Quanto à previsão de tipo penal para a revelação da identidade, relatam os especialistas das Nações Unidas: “Alguns países também impõem sanções para a revelação da identidade do *whistleblower*, por exemplo, a Lei PID da Índia impõe a pena de prisão e multa para a revelação da identidade do *whistleblower*”.¹²⁸

Dentro do contexto da Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção – Uncac, essas ações contrárias podem ser consideradas como prática de obstrução da justiça:

“Países também asseguram responsabilidade criminal para pessoas que cometem atos de retaliação. A Uncac requer que os Estados-partes façam da obstrução da justiça uma ofensa criminal sob a regra do artigo 25, e a maioria das jurisdições tem criminalizado a prática de danos ou ameaças de dano para qualquer um que é testemunha em um processo criminal ou de outra forma tenta parar ou

¹²⁵ ÁFRICA DO SUL. **Protected Disclosures Act 26 of 2000**. Section 4, (3) e (4).

¹²⁶ QUEENSLAND. **Public Interest Disclosure Act 2010**. Section 47, (1)(2)(a)(b).

¹²⁷ “It might be unrealistic to expect an individual worker to resume working for a supervisor or employer or with co-workers who have engaged in retaliation against him or her. In such cases, individuals may need to be provided with the possibility of transfer to a different section or office in order for them to have any realistic chance of a fresh start.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 55. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹²⁸ “Some countries also impose sanctions for disclosing the identity of the whistleblower; for example, India’s PID Bill imposes a penalty of imprisonment and fine for revealing the identity of the whistleblower.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 11. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

afetar o curso da justiça [...]. Nos Estados Unidos, considera-se uma ofensa punível com multa ou prisão retaliar qualquer pessoa que forneceu informação sobre o cometimento ou a suspeita de cometimento de uma interferência junto às autoridades públicas. A Lei Sarbanes-Oxley especificamente proíbe a interferência junto ao *whistleblower*, e as penalidades estão sendo aumentadas de um ano para até dez anos de prisão desde que a lei foi promulgada. A legislação australiana de longa data tornou uma ofensa criminal retaliar um *whistleblower* ou qualquer pessoa associada a ele.”¹²⁹

Premiação e incentivos

A premiação ao *whistleblower* não é a regra em todos os países. Estudos inclusive apontam que o principal motivo que leva as pessoas a relatar fatos em auxílio de autoridades públicas pode não ser exatamente a busca de premiações, mas simplesmente evitar que persistam atos de corrupção e práticas contrárias ao interesse público. Todavia, a importância da premiação pode ser justificada por vários motivos. O primeiro seria fomentar a mudança da cultura de silêncio, incentivando-se os cidadãos a auxiliarem as autoridades no conhecimento de fatos relevantes. Certamente a premiação aceleraria esse processo, auxiliando na superação de dúvidas iniciais quanto à prática dos programas, ainda incipientes em países sem essa tradição legislativa, notadamente no que se refere à proteção. Segundo, seria uma finalidade meramente retributiva, pelo esforço, pelo trabalho de coleta e prestação da informação, informação essa a que muito provavelmente o poder público não teria acesso, ou não o teria com a mesma prontidão. Terceiro, serve como um auxílio compensatório a mais em relação a possíveis falhas das autoridades na implantação dos programas, sabendo-se de antemão que dificilmente o conjunto de superiores hierárquicos, empregadores, colegas de trabalhos e bem assim autoridades que trabalharão com o *whistleblower* será capaz de garantir plenamente a sua incolumidade emocional, social e material. De fato, não seria realista presumir uma eficiência de tal ordem em programas recém-implantados na legislação. Por fim, sem esgotar as justificativas, um quarto aspecto diz respeito à valorização do ato de relatar como uma contribuição para com o interesse público, indicando que a ação de relatar é reconhecida como uma conduta socialmente importante. Com ou sem premiação, o ato de reportar fatos de interesse público é considerado um importante ato de cidadania e um serviço público praticado pelo particular. Nesse contexto, idealmente, além da premiação, podem ser agregados certificados de reconhecimento por relevantes serviços prestados, anotações funcionais positivas, preferência na disputa por vagas para transferência e recolocação dentro da empresa e no setor público.

A existência de premiação está considerada entre as melhores práticas pelo grupo de *experts* do G20.¹³⁰ Todavia, é nos Estados Unidos que se encontram

¹²⁹ “Countries also ensure criminal liability for persons who commit acts of retaliation. UNCAC requires States parties to make obstruction of justice a criminal offence under its article 25 and most jurisdictions have criminalized harming or threatening to harm anyone who is a witness in a criminal proceeding or otherwise attempting to stop or pervert the course of justice. [...] In the United States it is a criminal offence punishable by a fine or imprisonment to retaliate against anyone who provides information about the commission or suspected commission of an offence to a law enforcement body. The Sarbanes-Oxley Act specifically prohibits interference with a whistleblower, and the penalties have been increased from one year to ten years imprisonment since the law was enacted. Australian whistleblower laws have long made it a criminal offence to retaliate against a whistleblower or anyone associated with them.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons.** p. 58. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹³⁰ “Best Practice: Positive reinforcements, including the possibility of financial rewards for whistleblowing.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation.** p. 32. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

atualmente as melhores experiências com o sistema de premiação. Embora nem todas as legislações federais com provisões de proteção ao *whistleblower* prevejam premiação, existem três exemplos muito eloquentes de programas que adotam o conceito de premiação: 1 – a False Claims Act, referente a fraudes e grosseira perda de recursos públicos; 2 – o Securities Exchange Act of 1934, emendado pelo Dodd-Frank Act, de 2010 – referente a fraudes e ilícitos no mercado de valores mobiliários; 3 – o Código Tributário americano,¹³¹ referente a sonegações fiscais na receita federal americana (Internal Revenue Service).¹³²

Premiação ao *whistleblower* nos Estados Unidos

No que se refere às legislações antes referidas:

“Conceitualmente, por meio da *qui tam action*, qualquer pessoa, isolada ou em conjunto com outras, pode acionar judicialmente, em nome do governo americano, o responsável por uma cobrança fraudulenta contra o erário. A responsabilidade decorre de apresentar, ou de possibilitar que terceiro apresente, uma cobrança falsa para obtenção de vantagem contra o governo ou programa no qual haja recursos federais.”¹³³

“Quanto à premiação e à remuneração do autor, essas dependerão do montante total efetivamente cobrado, acrescido das penalidades civis, e da sucumbência, bem como da quantidade e da qualidade das informações trazidas com a participação do autor. Todavia, a lei é zelosa para que haja remuneração condigna do autor, de modo que a fixação de tal verba apresenta como limite mínimo o percentual de 10% e como limite máximo o de 30%. Charles Doyle resume as regras de fixação da verba devida ao autor: ‘Se a *false claim act* for bem-sucedida, os relatores têm direito a uma participação nos lucros de até 30%. Se o governo não participou no litígio, os autores têm direito a um prêmio de 25% a 30%. Se o governo participou do litígio, eles têm direito a um prêmio de 15% a 25%, podendo ser reduzido a não menos de 10% quando o seu pedido foi baseado principalmente em informações públicas. Em qualquer caso, eles também têm direito a honorários advocatícios, despesas e custos’.”¹³⁴

Por sua vez,

“também o Internal Revenue Service – IRS, a Receita Federal americana, que trata dos impostos não pagos ou sonegados, apresenta seu próprio programa de *whistleblower*. Como características principais, pode-se destacar que o relato de fraude fiscal deve envolver, quando se trata de empresas, sonegações em que a soma do tributo com os acréscimos seja superior a dois milhões de dólares. O programa também aceita relatos de sonegações praticadas por pessoas físicas, desde que o sonegador apresente rendimentos brutos anuais superiores a duzentos mil dólares. Em ambos os casos, é assegurado ao *whistleblower* uma premiação de 15% a 30% do que efetivamente venha a ser recuperado por parte da Receita. O relato do

¹³¹ Internal Revenue Code (IRC) 7623(b).

¹³² “The IRS Whistleblower Office pays money to people who blow the whistle on persons who fail to pay the tax that they owe. If the IRS uses information provided by the whistleblower, it can award the whistleblower up to 30 percent of the additional tax, penalty and other amounts it collects.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Whistleblower – informant award**. Disponível em: <<https://www.irs.gov/uac/whistleblower-informant-award/>>.

¹³³ ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

¹³⁴ Idem, nota 132.

whistleblower pode ser feito pela Internet, onde há um formulário *online* à disposição de qualquer pessoa.”¹³⁵

Quanto ao programa de *whistleblower* da Securities and Exchange Commission:

“Segundo a referida legislação, o *whistleblower* tem direito a um prêmio pago por um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos e conhecido como Investors Protection Fund. Esse fundo está à disposição da Comissão, sem apropriação ou limitação ao ano fiscal. Os limites do prêmio são fixados pela lei, e ele não deve ser inferior a 10% nem superior a 30% do total do que foi recolhido das sanções pecuniárias relacionadas. Isso significa que o valor das sanções impostas trará a base de cálculo do prêmio a ser pago ao *whistleblower*. A autoridade deve considerar alguns parâmetros para determinar o montante do prêmio: I) a importância das informações fornecidas pelo denunciante para o sucesso da ação judicial ou administrativa; II) o nível de assistência fornecido pelo denunciante e por qualquer representante legal; III) o interesse programático também é estabelecido, pois, para determinar a quantidade de um prêmio, a Comissão não levará em consideração o saldo do fundo. A remuneração é devida ainda que o réu venha a ser processado e punido por fato diferente do inicialmente reportado, sendo, nesse caso, mensurada qual foi a importância da informação trazida inicialmente. Especificamente no caso do programa da SEC, a premiação do *whistleblower* pode abranger participação no resultado de eventual processo criminal, o que em geral não ocorre nos programas.¹³⁶ A existência do fundo, assim como a existência da própria remuneração, serve também para sinalizar a importância dessas pessoas como auxiliares do Estado. A premiação mostra que pessoas com essa coragem são de valor para a sociedade, pois defendem o interesse público especificado em lei ou regulamento. Essa medida mostra a importância de realmente fixar o prêmio ao *whistleblower* de acordo com o valor da informação e a sua cooperação, e não com quaisquer outros critérios possivelmente injustos.”¹³⁷

Por fim, a título de informação,

“Existem claras evidências de que os programas denunciadores estão incentivando a participação do público em controlar comportamentos ilícitos nos Estados Unidos. A Securities and Exchange Commission, cujo programa de *whistleblower* iniciou-se em 12.08.2011, no ano fiscal de 2012, recebeu 3.001 relatos (TCRs),¹³⁸ sendo inclusive 3 denúncias relacionadas a ocorrências no Brasil. No ano fiscal de 2013, foram recebidos 3.238 relatos. Desde o início do programa, foram recebidas denúncias advindas de 68 países, fora, portanto, dos Estados Unidos, tendo havido, durante o ano fiscal de 2013, o pagamento de um total de US\$ 14.831.965,64. As estatísticas do Departamento de Justiça, em sua área de atuação, também mostram o elevado desempenho da *qui tam action* e do programa de *whistleblower*, pois foram recuperados, no ano fiscal de 2014, 5,6 bilhões de dólares em punições e acordos. Desde janeiro de 2009, com as reformulações na legislação implementadas pelo Congresso, o Departamento de Justiça já recuperou aproximadamente 22,6 bilhões de dólares. No ano de 2014, foram iniciados mais de

¹³⁵ Idem, nota 132.

¹³⁶ 240 C.F.R § 21F-3(b). Nesse sentido, ver U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. 2013 **Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>. Nota de rodapé número 22.

¹³⁷ ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

¹³⁸ U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. 2013 **Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>.

700 processos de *qui tam*, com a recuperação de 3 bilhões de dólares advindos dessas ações, tendo sido pagas premiações que totalizaram US\$ 435 milhões.”^{139, 140}

E ainda, de modo mais atualizado, para o exercício fiscal de 2015:

Quanto à SEC:

“No ano fiscal de 2015, nós recebemos aproximadamente 4.000 dicas de *whistleblower*, um aumento de 30% no número recebido no ano fiscal de 2012. [...] Apenas no ano fiscal de 2015, mais de 37 (trinta e sete) milhões de dólares foram pagos em premiações para *whistleblowers*.”¹⁴¹

Quanto à Receita Federal americana:

“O ano fiscal de 2015 foi um grande ano para premiações no Programa de *Whistleblower*, com 99 premiações pagas a *whistleblowers*, totalizando mais de 103 milhões de dólares antes das retenções, que reduzem o montante total de recebimentos. [...] Desde 2017, informações recebidas de *whistleblowers* têm assistido a IRS (Receita Federal americana) na coleta de mais de 3 (três) bilhões de dólares em receitas tributárias, e a IRS tem premiado *whistleblowers* com mais de 403 (quatrocentos e três) milhões de dólares.”¹⁴²

Cooperating offender ou ofensor colaborador

Apenas para anotar, a sofisticação legislativa da Securities and Exchange Commission, como um dos mais recentes produtos legislativos do Congresso Americano no tema de *whistleblower*,¹⁴³ estabelece que o programa de *whistleblower* da agência não dá anistia a *whistleblowers*, embora a conduta do *whistleblower* possa ser levada em consideração na aplicação da penalidade. Isso implica que o *whistleblower* possa ter participado do fato, porém não será anistiado dos fatos pelos quais possa ser responsabilizado, e, ainda, que os valores devidos por ele ou por sua empresa não são considerados quando do arbitramento de qualquer premiação a que pudesse ter direito.¹⁴⁴ Disposições dessa natureza colocam a investigação e a punição de

¹³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Justice Department recovers nearly \$6 billion from False Claims Act cases in Fiscal Year 2014**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>>.

¹⁴⁰ ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam* action e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

¹⁴¹ “In Fiscal Year 2015, we received nearly 4,000 whistleblower tips, a 30% increase over the number of tips received in Fiscal Year 2012. [...] In Fiscal Year 2015 alone, more than \$37 million was paid to reward whistleblowers for their provision of original information that led to a successful Commission enforcement action with monetary sanctions totaling over \$1 million.” U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. **2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>.

¹⁴² “FY 2015 was a big year for awards under the Whistleblower Program, with 99 awards made to whistleblowers totaling more than \$103 million before sequestration, which reduced the total payouts. [...] Since 2007, information received from whistleblowers has assisted the IRS in collecting over \$3 billion in tax revenue, and the IRS has awarded more than \$403 million to whistleblowers.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2015**: annual report to the Congress. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/whistleblower/WB_Annual_Report_FY_15_Final%20Ready%20for%20Commissioner%20Feb%202015.pdf>.

¹⁴³ Emendas trazidas ao Securities Exchange Commission Act pelo Dodd Frank Act, promulgado em 2010.

¹⁴⁴ “§ 240.21F-15 No amnesty. The Securities Whistleblower Incentives and Protection provisions do not provide amnesty to individuals who provide information to the Commission. The fact that you may become a whistleblower and assist in Commission investigations and enforcement actions does not preclude the Commission from bringing an action against you based upon your own conduct in connection with violations of the federal securities laws. If such an action is determined to be appropriate, however, the Commission will take your cooperation into consideration in

irregularidades como meta fundamental das autoridades públicas, livrando setores econômicos de práticas ilícitas e, muito frequentemente, danosas a consumidores e ao mercado.

Esses conceitos vão de encontro ao chamado “*cooperating offender*”, previsto no artigo 32 da Convenção das Nações Unidas para o Combate à Corrupção e descrito pelo estudo das Nações Unidas como

“significando a pessoa que tenha participado em uma ofensa e que fornece informações úteis a uma autoridade competente para investigação e efeitos de prova. Um ofensor colaborador, por exemplo, pode ter inicialmente participado do cometimento de uma ofensa, mas pode após ter decidido se retirar e agora está procurando uma via de saída. Medidas poderiam ser consideradas para encorajar essas pessoas a relatarem e fornecerem relevantes informações internas para dar suporte à investigação e à punição dessas ofensas, incluindo a mitigação da punição ou a garantia da imunidade por algumas ou todas as ofensas cometidas.”¹⁴⁵

Conclusão

Os programas de *whistleblower* estão previstos em compromissos internacionais subscritos pelo Brasil, sendo considerados por especialista das Nações Unidas, do Conselho Europeu e do G20 como uma das mais importantes ferramentas de combate a irregularidades, notadamente à corrupção, à fraude pública e a ofensas aos direitos humanos, aos direitos de consumidores e à livre concorrência. Apresentando-se como ferramenta de realização dos direitos humanos, visam a reforçar a cidadania e o direito de livre expressão dos cidadãos, dando-lhes proteção para auxiliar o Estado. As longas experiências internacionais sobre o tema e os profundos estudos existentes devem merecer a devida atenção, para que o Brasil possa adotar as melhores práticas já identificadas, em um diploma amplo, moderno e eficiente, devidamente adaptado à realidade nacional. O tema apresenta complexidades importantes, devendo ser tratado com amplitude, sob pena de os programas a serem implantados não surtirem seus desejados efeitos, trazendo sérios riscos àqueles que acorrerem em auxiliar o Estado e postergando a eficiência do combate à corrupção e à fraude para um futuro distante.

accordance with its Policy Statement Concerning Cooperation by Individuals in Investigations and Related Enforcement Actions (17 CFR § 202.12). § 240.21F-16 Awards to whistleblowers who engage in culpable conduct. In determining whether the required \$1,000,000 threshold has been satisfied (this threshold is further explained in § 240.21F-10 of this chapter) for purposes of making any award, the Commission will not take into account any monetary sanctions that the whistleblower is ordered to pay, or that are ordered against any entity whose liability is based substantially on conduct that the whistleblower directed, planned, or initiated. Similarly, if the Commission determines that a whistleblower is eligible for an award, any amounts that the whistleblower or such an entity pays in sanctions as a result of the action or related actions will not be included within the calculation of the amounts collected for purposes of making payments.”

¹⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 61. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

Anexo

RESUMO DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS PROGRAMAS DE WHISTLEBLOWER:

G20 – PLANO DE AÇÃO ANTICORRUPÇÃO E DE PROTEÇÃO AO WHISTLEBLOWER¹⁴⁶

1. Uma legislação clara e uma ferramenta institucional efetiva devem estar implantadas para proteger contra ações discriminatórias ou disciplinares aos empregados que revelarem de boa-fé e com bases razoáveis, para autoridades competentes, determinadas suspeitas de ações ilegais ou corrupção.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Estabelecer uma legislação específica destinada a assegurar uma certeza legal e clara e para evitar um enfoque fragmentário ao se estabelecer a proteção do *whistleblower*.
- Requerer às companhias que implantem e encorajá-las fortemente a implantar medidas de controle para possibilitar e facilitar o ato de reportar.

2. A legislação deve prover uma clara definição da abrangência das revelações protegidas e das pessoas sujeitas à proteção legal.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- As revelações protegidas incluem: violação de lei, norma ou regimento; grosseira má administração; desperdício grosseiro de fundos; abuso de autoridade; substancial e específico risco à saúde pública ou à segurança; ou tipos de ilegalidades abrangidos no termo “corrupção”, de acordo com a definição das leis domésticas.
- Indivíduos não estão sujeitos à proteção do *whistleblower* para as revelações que são proibidas por lei, de acordo com as leis domésticas de defesa do interesse nacional ou de assuntos estrangeiros, salvo se as revelações forem feitas de um modo específico e para entes especificados, de acordo com o requerido pela legislação doméstica.
- Empregados públicos e privados devem ser sujeitos da proteção, incluindo-se não apenas os empregados permanentes e os funcionários públicos, mas também consultores, contratantes, empregados temporários, ex-empregados, estagiários, etc.

3. A legislação deve assegurar que a proteção concedida ao *whistleblower* seja robusta e abrangente.

¹⁴⁶ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers:** study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 30-34. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Devido processo para ambas as partes (para o *whistleblower* e para o defendente), incluindo, entre as partes, a necessidade de proteção da confidencialidade.
- Proteção contra toda forma de discriminação ou retaliação, incluindo demissão, suspensão, regressão funcional; outras ações disciplinares ou corretivas; determinação de transferência ou de funções; avaliação de *performance*; decisões envolvendo pagamentos, benefícios, recompensas, educação e treinamento; ordem para submissão a testes médicos ou exames; ou qualquer outra mudança significativa nos deveres, nas responsabilidades ou nas condições de trabalho.
- Proteção por retaliações culposas, como em seleções, retorno, indicações e promoções.
- Proteção contra danos, estigmatização, ameaças e qualquer outra forma de ação retaliatória.
- Proteção contra outras formas de condutas retaliatórias, incluindo o afastamento de responsabilidade ou a proteção contra responsabilidade criminal e civil, particularmente contra a difamação e a quebra de confidencialidade ou leis de segredos oficiais.
- Proteção de identidade por meio da disponibilidade de relatos anônimos.
- Clara indicação de que, diante de uma “primeira vista” demonstrando retaliações ao *whistleblower*, o empregador terá o ônus da prova de demonstrar que a ação em detrimento do *whistleblower* é motivada por razões não ligadas ao relato.
- Proteção contra relatos em que um indivíduo razoavelmente acredita revelar uma ilegalidade, mesmo que o *whistleblower* esteja errado.
- Proteção aos empregados que o empregador incorretamente acredita serem *whistleblowers*.

4. A legislação deve claramente definir os procedimentos e estabelecer canais para facilitar os relatos de suspeita de corrupção e encorajar o uso da proteção e o fácil acesso aos canais de reportar.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Previsão de proteção para relatos feitos internamente e externamente.
- Estabelecimento de canais de relatos dentro do setor público.
- Forte encorajamento para a empresa estabelecer canais internos de relatos.
- Assegurar proteção para relatos feitos diretamente para autoridades públicas.
- Canais específicos e proteção adicional para lidar com relatos relacionados à segurança nacional e relatos correlacionados a segredos de estado.
- Permissão de relatos a canais externos, incluindo-se a mídia, organizações sociais civis, etc.
- Incentivos ao *whistleblower* para seguir adiante, incluindo a especificação de um procedimento apropriado, mecanismos de prosseguimento, etc.
- Ações de reforço positivo das ações de relato, incluindo a possibilidade de premiações financeiras para o *whistleblower*.

- Previsão de informação, aconselhamento e *feedback* para o *whistleblower* em relação às ações que são tomadas em resposta ao relato.

5. A legislação deve assegurar um mecanismo efetivo de proteção, incluindo a atribuição a um órgão específico que é transparente e ao qual são dados poderes para a responsabilidade de receber e investigar reclamos de retaliações e/ou investigações inadequadas, assegurando-se uma vasta gama de correções.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Indicação de um órgão transparente, responsável por reclamações e investigações e punição de ações retaliatórias, discriminatórias ou disciplinares tomadas contra o *whistleblower* que tenha reportado, à autoridade competente, de boa-fé e com bases razoáveis, as suspeitas de ações de corrupção.
- Direitos dos *whistleblowers* perante processos nas cortes, como uma pessoa agravada e com direito individual de ação, e com o direito de ser ouvido pelo juízo.
- Penalidades para retaliações infligidas contra o *whistleblower*, tenham ou não essas sido tomadas em forma de ações disciplinares ou discriminatórias, ou penalidades civis ou criminais.

6. A implementação da proteção dos *whistleblowers* deve dar suporte à elevação da atenção ao assunto, à comunicação, ao treinamento e a avaliações periódicas da efetividade das ferramentas de proteção.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Promoção de atenção aos mecanismos de relatos, provendo recomendações gerais, monitoramento e revisão periódica da efetividade da ferramenta de relatos, coleta e disseminação dados, etc.
- Elevação da atenção para a mudança da visão da percepção cultural e da atitude pública em face do ato de relatar, para ser considerado um ato de lealdade para as organizações.
- Treinamento dentro do setor público para assegurar que os dirigentes são adequadamente treinados para receber relatos e para reconhecer e prevenir ocorrências de ações discriminatórias ou disciplinares tomadas contra o *whistleblower*.
- Previsão em lei de que os empregadores disponibilizem e mantenham disponibilizadas informações aos empregados sobre seus direitos em conexão com os relatos protegidos.