

**SUBSÍDIOS AO DEBATE PARA A IMPLANTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE
WHISTLEBLOWER NO BRASIL*
(PARTE I)**

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 Juízes 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

* Artigo recebido em 1/11/2017 - Aprovado em 6/11/2017

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

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 Enccla, e é, por vezes, usado no presente estudo para referenciar o *whistleblower*.

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:

“*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

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, 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>>.

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

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

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>.

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 denunciantes 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 n° 26 de 2000):

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, Sulette; 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>>.

“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 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.

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>.

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 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

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>>.

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

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**

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 proibiu 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 surtisses 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

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>.

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. [...] [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 regrando 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).

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.

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.

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 detecção da corrupção, mas também é uma importante contenção de sua ocorrência, na medida em que reduz a capacidade dos malfeitores 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

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>.

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 malfeitos que colocam seres humanos em risco e cujas ações 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

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>>.

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>>.

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 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

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>>.

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

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)>.

residam precipuamente 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

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>.

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.

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 n° 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

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)>.

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

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

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 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>>.

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 disquedência) 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 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

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

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)>.

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 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

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>>.

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 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

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>.

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*

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

Todavia, de modo mais expreso, 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

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, 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>.

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 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

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.

⁴⁴ VAUGHN, idem, p. 603.

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 indubioso 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

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>>.

genéricos do tipo ‘o interesse público’, portanto faz sentido estabelecer um rol ou tipos de ilícitos que são acobertados”.⁴⁷

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)

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 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.

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

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

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>.

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 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

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.

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>>.

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.”

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

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>>.

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

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>.

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 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

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>>.

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 incontestável autoridade para exercer suas funções – tanto para investigar e processar as irregularidades quanto para proteger as pessoas que relatam, nos casos de retaliação –, publicidade dos resultados dos seus trabalhos e os necessários recursos para viabilizar seu mandato.”⁶²

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 incontestável, 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

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 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/>>.

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 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 Nations Convention against**

“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.

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).

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 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

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 Counsel¹³² of the United States or the Anti-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**

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, 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.

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>.

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>.

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 expreso 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 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

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

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

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

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>.