

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

MÁRCIO ANTONIO ROCHA
Desembargador Federal do TRF4
Coordenador da Ação 4 sobre whistleblower
Enccla em 2016

Certeza de esclarecimento dos fatos

Tão importante quanto as regras de proteção ao reportante é a regra de que o esforço e o risco não sejam em vão. Para tanto, o sistema deve prever como sucedâneo do relato um esforço claro das autoridades para esclarecerem os fatos suspeitos. Vaughn informa que “Pesquisas nas atitudes dos empregados públicos nos Estados Unidos concluiu consistentemente que a principal razão dada para permanecerem silentes não é o medo de represálias, mas a crença de que nada irá mudar como resultado do relato”.¹

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

“Tomar ações quanto aos relatos e às revelações é uma preocupação-chave dos *whistleblowers* – eles desejam ver ações serem tomadas para remediar as irregularidades que eles tenham trazido à tona. Também é do interesse das organizações, dos órgãos reguladores, das agências de aplicação da lei e dos cidadãos que relatam e revelam que elas sejam examinadas, investigadas, e, onde necessário, ações sejam tomadas para corrigir o problema, particularmente ao evitar mais danos sérios. ‘Prontamente’ significa que a ação deve ser tomada sem qualquer atraso, tendo em conta os recursos disponíveis e o nível de dano para o interesse público que foi revelado pelo relatório ou pela revelação.”²

Segundo as recomendações das Nações Unidas,

¹ VAUGHN, Robert G.; DEVINE, Thomas; HENDERSON, Keith. The Whistleblower Statute prepared for the Organization of American States and the Global Legal Revolution Protecting Whistleblowers. **The George Washington International Law Review**, v. 35, n. 4, 2003. p. 869.

² 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).

“O manejo dos relatos e a cooperação em manejar os relatos profissionalmente, avaliando as informações em seu mérito e tomando as ações apropriadas para corrigir qualquer irregularidade, é fundamental para construir a confiança no sistema. Isso é um dos mais importantes aspectos da proteção das pessoas que relatam. [...] É, portanto, essencial assegurar que os sistemas que as autoridades competentes implementem para o manejo de informações dos *whistleblowers* atendam aos requisitos de qualidade e justiça e que as pessoas responsáveis por essas tarefas sejam experientes e adequadamente treinadas. Uma efetiva cooperação entre agências também é necessária para poder assegurar que os requisitos de proteção sejam mantidos na transferência de informações de uma instituição para outra.”³

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

“Relatos de interesse público e denúncias por *whistleblower* devem ser investigados prontamente e, quando necessário, ações devem resultar de uma maneira efetiva e eficiente por parte do empregador ou da agência pública reguladora apropriada, da agência aplicadora da lei ou do órgão supervisor.”⁴

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

³ “*The handling of reports and cooperation. Handling reports professionally, assessing the information on its merits and taking the appropriate action to address any wrongdoing is fundamental to building trust and confidence. This is one of the most important aspects of the protection of reporting persons. (...) It is, therefore, essential to ensure that the systems that competent authorities implement for handling information received from reporting persons meet standards of quality and fairness and that those responsible for such tasks are skilled and properly trained. Effective inter-agency cooperation is also necessary in order to assure that the protection standards are maintained in the transfer of information from one institution to another.*” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption: resource guide on good practices in the protection of reporting persons.** p. 68-69. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum.** p. 36. 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)>.

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

Tomando-se por base o programa de *whistleblower* da OEA, seguem-se as seguintes regras: i – a autoridade, em noventa dias após o recebimento de relato sobre irregularidades funcionais ou retaliações, deverá emitir um relatório final; ii – o relatório final deverá incluir, no mínimo: a) um sumário dos fatos narrados e das conclusões obtidas; b) entre as conclusões, deverão ser referidos todos os indícios probatórios, e as conclusões deverão ser baseadas no Código de Funcionários e demais diplomas; c) o relatório deve indicar recomendações para prevenir futuras violações e corrigir as retaliações que se conclua tenham ocorrido contra o *whistleblower*; iii – antes de o relatório final ser transmitido ao secretário-geral da organização, ele deve ser submetido ao *whistleblower* para que este faça amplos comentários, sem qualquer restrição; iv – os comentários do *whistleblower* devem ser incluídos no relatório final a ser encaminhado ao secretário-geral da OEA.⁵

Também nas recomendações para a legislação dos países europeus anotou-se: “Assegurar ao indivíduo que fez o relato ser mantido informado das investigações e dos seus resultados, na medida das possibilidades legais, reforça a ferramenta nacional, sobretudo na medida em que constrói confiança no sistema”, esclarecendo os *experts* que essa boa prática deve ser usada tanto para relatos havidos dentro de corporações quanto no serviço público.⁶ Por sua vez, “O Chefe do Escritório de *Whistleblowers* na Securities and Exchange Commission nos Estados

⁵ “*Final Report: In any case, not later than ninety (90) calendar days after the Whistleblower files an Admissible Report alleging Misconduct and/or Retaliation, the Appropriate Authority shall complete and submit its Final Report on Misconduct and/or Retaliation (hereafter, ‘Final Report’) to the Secretary General. (a) At a minimum, the Final Report shall include a summary of the facts established and related findings. Such findings shall reference all supporting evidence and make conclusions based on application of the provisions in this Staff Rule and other relevant authorities. In its analysis, the Final Report shall draw conclusions as to whether the General Secretariat’s Rules and Regulations have been violated. It shall provide recommendations for preventing future violations, and remedies to make the Whistleblower whole, where Retaliation is found to have occurred. (b) Before the Final Report is transmitted to the Secretary General, it shall be provided to the Whistleblower in full and without redaction for the Whistleblower’s comments. The Whistleblower’s comments shall be included in the Final Report when it is delivered to the Secretary General.*” OAS. **Rule 101.11:** Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

⁶ “*Ensuring that the individual who made the report is kept informed of the investigation and its outcome as is legally possible strengthens the national framework overall as it builds trust and confidence and reduces the likelihood that further unnecessary disclosures will be made. Principle 20 is focused primarily on reports made internally within the organization or enterprise. However, member States may also consider it beneficial to extend the provision to reports made to public bodies within the confines of a regulatory enforcement or supervisory framework.*” CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers:** Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 37. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

Unidos também descreve o tempestivo e regular *feedback* como um importante aspecto da ‘proteção’”.⁷

Possibilidade de revisão

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

“Em algumas jurisdições, tem sido sugerido que os indivíduos deveriam ser capazes de apelar contra as decisões de uma competente autoridade administrativa que decida não investigar ou quando exista razão para se acreditar que a investigação foi procedida abaixo dos padrões aceitáveis.”⁸

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

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

O princípio 22 das Recomendações do Conselho Europeu impõe:

“A proteção não deverá ser perdida apenas com base no fato de que a pessoa que fez o relato ou a revelação estava errada sobre a importância, ou quando sua percepção de ameaça ao interesse público não se materializou, provado que ele ou ela tinha bases razoáveis para acreditar em sua ocorrência.”⁹

Conforme anotado alhures, do reportante se exige boa-fé em relatar fatos à autoridade, e essa boa-fé está diretamente ligada à existência de uma conclusão razoável sobre fatos verificados. Não se exige do *whistleblower* a comprovação de fatos, ou investigações apuradas, mesmo porque tais investigações, além de poderem colocar em risco a pessoa, podem ainda

⁷ NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 47. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁸ “In some jurisdictions, it has been suggested that individuals should be able to appeal against a decision of a competent authority not to investigate or where there is reason to believe the investigation falls below acceptable standards.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 31. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁹ 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)>.

desencadear o encobrimento dos fatos e o desfazimento de provas. A aplicação do referido princípio é explicada nos seguintes termos:

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

Nesse sentido, extrai-se da legislação da Malásia a seguinte construção: “A proteção conferida ao *whistleblower* não é limitada ou afetada na hipótese de o relato de condutas irregulares não conduzir a qualquer ação disciplinar ou processo contra a pessoa contra quem se fez o relato de conduta irregular”.¹⁰

Na outra face da moeda, o referido estudo europeu complementa a respeito de como se dá a proteção da pessoa que tenha sido “denunciada”: “O princípio 10 protege qualquer pessoa que esteja na posição de sofrer perdas ou injúria como resultado de alguém que deliberada ou conscientemente relata ou revela informações falsas. Ainda, a pessoa que faz tais relatos ou revelações não deve ser protegida pela lei”.¹¹ De fato, há um *standard* unânime de não se proteger o relato de má-fé. Ou seja, firmada a intenção de ofender e criar danos por força de deliberada intenção de utilização de falsas provas ou afirmações, não estará o reportante acobertado, devendo, tanto quanto possível, isso ser claro nas disposições da lei ou do programa.

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

Aqui já se afirmou que o ponto mais importante, e também o mais difícil, é a previsão de um sistema de proteção amplo e eficiente ao *whistleblower*. Se há um direito à livre manifestação, um direito de cooperação com a transparência e com o interesse público, da sua existência decorre não

¹⁰ “A *whistleblower* protection conferred under this section is not limited or affected in the event that the disclosure of improper conduct does not lead to any disciplinary action or prosecution of the person against whom the disclosure of improper conduct has been made.” MALAYSIA. **Whistleblower Protection Act – 2010**. Act 711, 7(2).

¹¹ 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).

poder haver qualquer dano ao cidadão pelo exercício desses direitos. Todavia, esclarece o estudo das Nações Unidas que,

“Embora nem todos aqueles que relatarem irão sofrer por terem assim agido, a experiência demonstra que, muito frequentemente, todos os indivíduos que relatam realmente são vítimas de sérias represálias. Isso pode ter um severo impacto em suas vidas e em sua sobrevivência, o que se estende para família, amigos e colegas. Quando isso ocorre, gera um efeito desencorajador para aqueles que de outra forma consideravam reportar e, entretanto, decidem que os riscos não compensam o ato. Os Estados-partes devem, portanto, considerar cuidadosamente que medidas podem ser implementadas, na lei e na prática, para permitir que integrantes do público e demais trabalhadores dentro do serviço público e dentro de outras organizações possam falar de modo seguro. É importante assegurar que os relatores e as pessoas próximas a eles estejam protegidas de danos físicos e outras ameaças ao seu bem-estar.”¹²

No setor privado, segundo a experiência europeia,

“Tem sido demonstrado tantas vezes, e sempre, que os *whistleblowers* enfrentam indiferença, hostilidade, ou, pior, retaliação, caso reportem uma preocupação, dentro da organização ou da empresa, para uma autoridade, ou façam uma revelação pública. Ao contrário de se ver o *whistleblower* como um ato positivo de ‘cidadania’, dentro do contexto do trabalho, os *whistleblowers* são marcados como desleais para com seus colegas e empregadores. Quando isso acontece, a atenção é primeiramente ou exclusivamente voltada para o *whistleblower*, admoestando-se ou sancionando-se o indivíduo por ‘quebrar a harmonia’, ao invés de se examinar e corrigir a informação reportada ou revelada. [...] Para se trazer uma mudança de cultura dentro do contexto do trabalho, tanto no setor público quanto no privado, é importante que os Estados-membros remetam uma forte mensagem para empregadores no sentido de terem muita atenção e agirem adequadamente a respeito da informação revelada a eles e de que retaliações e vitimizações de *whistleblowers* não serão toleradas em uma sociedade democrática.”¹³

¹² “While not all those who report will suffer for doing so, experience shows that all too often individuals do face serious reprisals and victimization. This can have a severe impact on their lives and livelihoods and extend to family, friends and colleagues. When this occurs, it has a chilling effect on others who might otherwise have considered reporting but decide it is not worth the risk. States parties must therefore consider carefully what measures can be implemented in law and practice that will allow members of the public and those working within public services and in other organizations to speak up safely. Ensuring that reporting persons and those close to them are protected from physical harassment and other threats to their well-being is also important.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 46. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

¹³ 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)>.

Frequentes formas de retaliação

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

- Retirada de algumas atribuições do trabalho, de modo que o trabalhador fica marginalizado.
- Retirada das credenciais dos empregados das forças nacionais de segurança, de modo que ele ou ela estão na prática exonerados.
- Colocação do nome em “lista negra”, de modo que o trabalhador fique incapaz de encontrar outro trabalho rentável.
- Abertura de investigações retaliatórias para desviar a atenção da perda de recurso, da fraude ou dos abusos que o *whistleblower* está tentando expor.
- Questionamentos da saúde mental, da competência profissional e da honestidade.
- Atribuição de novas e elevadas tarefas, de impossível cumprimento, ao *whistleblower*, ou tentativas de fazê-lo cair em uma armadilha.
- Transferência geográfica do trabalhador, de modo que ele ou ela se torne incapaz de fazer seu trabalho.¹⁴

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

- Coerção, intimidação ou ameaça à pessoa que fez o relato ou aos seus parentes.
- Discriminação, desvantagem ou tratamento injusto.
- Lesões corporais ou outro crime grave.
- Danos à propriedade.
- Ameaças de represálias.
- Suspensão ou demissão.
- Rebaixamento ou perda de oportunidade para promoção.

¹⁴ “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>>.

- Transferência de atribuições, troca de local de trabalho, redução das remunerações ou mudança das horas de trabalho.
- Imposição ou processamento de qualquer ação disciplinatória, reprimenda ou outra penalidade (incluindo penalidades financeiras).
- Colocação em “lista negra” (*sic*) (em um setor ou em um acordo industrial amplo, formal ou informal, que previna um indivíduo de encontrar um emprego alternativo).
- Processos com base nas leis criminais ou civis por quebra de segredos, calúnia e difamação.¹⁵

Retaliações com base no sistema jurídico

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

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

“A doutrina da verdade é que não há sigilo para se relatar uma irregularidade. Você não pode me exigir sigilo de um crime ou de uma fraude e se intitular com poder para fechar meus lábios sobre qualquer segredo que você tenha tido a audácia de me relatar em relação a qualquer intenção fraudulenta de sua parte: esse dever de confidencialidade não pode existir.”¹⁶

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

“No setor privado, informações sobre como se conduzem os negócios são importantes para a proteção de consumidores, para a justa concorrência no mercado e a regulamentação apropriada do sistema financeiro e para outras atividades negociais. Cortes em várias jurisdições têm decidido que não há confidencialidade quanto a irregularidades e que os relatos públicos são válidos e protegidos, particularmente quando o interesse público tem maior peso que o direito do empregador em restringi-los. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem decidido similarmente em um número de casos examinando o Artigo 10 da Convenção Europeia de Direito Humanos quanto ao direito de liberdade de expressão.”¹⁷

As retaliações que se seguem ao relato do *whistleblower* podem ser cometidas no ambiente de trabalho ou fora dele. Podem ser aplicadas diretamente ao reportante ou indiretamente a amigos, colegas e familiares. A ameaça pode estar no próprio sistema jurídico, mediante acusações de crimes contra a honra e a imagem, quebra de sigilo de dados do serviço público ou privado, ameaças de investigações ou processos administrativos, etc. Em todas essas possíveis formas de retaliação, há que se socorrer do conceito do relato protegido por programas

¹⁶ “The public interest defense developed out of the ‘iniquity rule’ as propounded by Wood VC in the 1857 case of *Gartside v Outram*. In that case the plaintiff sought to restrain a former sales clerk from disclosing information relating to the plaintiffs business. In answer to the plaintiffs’ bill the defendant pleaded that the plaintiff had carried out its business in a fraudulent manner. In the course of his judgment the Vice Chancellor said: ‘The true doctrine is, that there is no confidence as to the disclosure of iniquity. You cannot make me a confidant of a crime or a fraud, and be entitled to close my lips upon any secret which you have the audacity to disclose to me relating to any fraudulent intention on your part: such a confidence cannot exist.’” KOOMEN, Karen. Breach of confidence and the public interest defence: is it in the public interest? A review of the English public interest defence and the options for Australia. **Queensland University of Technology Law Journal**, v. 10, 1994. Disponível em: <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/382/371>>.

¹⁷ 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)>.

de *whistleblower*, onde, primeiramente, há que se diligenciar se o relato foi feito em bases razoáveis e no possível interesse público e, secundariamente, se as ações contra os interesses do *whistleblower* apresentam como fator contributivo justamente esse relato. Com isso, diferencia-se o *whistleblower* que age em busca de um interesse público daquele que deliberadamente procura causar danos; daquele que se defende de um relato absurdo e sem fundamento; daquele que deseja retaliar o *whistleblower* por ter narrado um fato razoável e de interesse público.

O ambiente de trabalho e a retaliação

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

“De particular interesse nas legislações estaduais são as definições de ações (retaliatórias por parte do empregador) que vão além de ações formais ou informais do empregador, como, por exemplo, as mudanças nas condições de trabalho, nas tarefas, e ainda se incluem os casos em que o empregador influencia o comportamento de outros empregados contra o *whistleblower*. Essas disposições são interessantes não apenas pela extensão da proteção que elas sugerem, mas também porque enfatizam a importância de um ambiente institucional favorável ao *whistleblower*. Pelo menos, na medida em que o empregador tem um papel em instigar a hostilidade no ambiente de trabalho, ele se torna responsável por isso.”¹⁸

Adicionando complexidade à análise do tema retaliações no ambiente de trabalho, haverá ainda, por parte do empregador, o argumento da liberdade contratual plena, pela qual pode, em tese, livremente, contratar ou dispensar trabalhadores. Essa alegada liberdade daria ao empregador o direito de, ao tomar conhecimento da realização de algum relato, entender que perdera o interesse em manter o empregado, por quebra de confiança, apreço ou qualquer outro

¹⁸ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 607.

motivo, autorizando-lhe a impor o término do contrato de trabalho. Variação dessas ações seria a manutenção da relação de trabalho com a atribuição de novas tarefas, mudanças de local ou horário de trabalho, etc.

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

“Eliminando os testes de motivos. Sob a Lei de Reforma do Serviço Público Civil, um empregador não viola o §2302(b)(8) a não ser que a decisão pessoal seja desafiada como sendo ‘em represália por’ ter havido um relato de irregularidades. A lei (posterior) do Whistleblower Protection Act – WPA substituiu aquela expressão por ‘por causa do’ relato de irregularidade. A mesma substituição também se aplica na proteção de testemunhas do OSC¹⁹ ou das investigações do Escritório do Inspetor-Geral (OIG), assim como daqueles que recusaram cumprir uma ordem que violava a lei. **O impacto é que o ânimo, a intenção do empregador de punir ou de retaliar, não mais se faz necessária.**²⁰ Decisões pessoais adversas não podem ser baseadas no fato de ter havido um relato, independentemente da presença ou da ausência de retaliação. Isso elimina a comum alegação defensiva do empregador no sentido de que não remanesceram ‘ressentimentos’, mas que não seria realista trabalhar com um dissidente depois do que ele manifestou. Na história legislativa do WPA, o Congresso especificamente reformulou precedentes de cortes federais que requeriam prova da intenção de punir, pois indevidamente restritivos. Em decorrência, tudo que se faz necessário para provar a violação (retaliação) é um elo casual.”²¹

¹⁹ Nota do tradutor: Office of Special Council – agência incumbida de apurar e promover a correção de retaliações de *whistleblower* no serviço público federal, podendo peticionar no MSPB – Merit System Protection Board, que é a agência com poderes de adjudicar litígios administrativos sobre tais causas.

²⁰ Destaque nosso.

²¹ “*Eliminating the Motives Test. Under the Civil Service Reform Act an employer did not violate §2302(b)(8) unless the challenged personnel decision was ‘in reprisal for’ whistleblowing. The WPA replaced that phrase with ‘because of’ protected activity. The same substitution also applies to protection for witnesses in OSC or Office of Inspector General (‘OIG’) investigations, as well as for those who refuse an order to violate the law. The impact is that animus, the employer’s punitive or vindictive intent, no longer is necessary. Decisions on personnel actions may not be based on whistleblowing disclosures, regardless of the presence or absence of retaliation. This eliminates the common employer defense that there are ‘no hard feelings,’ but it is no longer realistic to work with a dissenter after what was said. In the WPA legislative history Congress specifically overruled federal court precedent that required proof of an intent to punish as unduly restrictive. In the aftermath, all that is necessary to prove a violation is a causal link.*” DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 6. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

Ônus da prova quanto a retaliações

Apresentando as retaliações as mais variadas formas, torna-se, na prática, muito difícil ao reportante provar que ações ou decisões contra si tomadas são medidas de retaliação. Dentro do serviço público, ou na iniciativa privada, de modo especial, os superiores imediatos apresentam certa discricionariedade na distribuição de funções, atribuições, encargos, os quais afetam diretamente a qualidade de trabalho ou as condições de exercê-lo. Como visto, na iniciativa privada há ainda a dificuldade da liberdade do empregador em escolher, e manter, a relação contratual com o trabalhador. Todavia, ressalvadas opções gerenciais legítimas, o ponto a se questionar reside em uma única questão: as decisões tomadas contra o *whistleblower* foram desencadeadas após o relato? Se a resposta a essa questão for sim, ou seja, se, após o *whistleblower* relatar irregularidades (quanto à lisura das condutas de superiores ou da organização), ele teve a sua situação de trabalho deteriorada, provavelmente se está diante de uma ação de retaliação, e não de legítimo gerenciamento.

Prova das retaliações

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

“Um sistema que requer a um empregado demonstrar que a razão pela qual ele ou ela foi tratado injustamente é porque ele ou ela fez um relato de irregularidades estabelece um ônus ao indivíduo que pode ser muito difícil de ser atingido. Enquanto a maioria dos sistemas requer que o reportante apresente, ao início, indícios de que ele ou ela tenham levantado uma preocupação e sofrido retaliação (ameaça, falta de promoção, suspensão, demissão, etc.), o indivíduo pode não estar em posição de provar as razões das ações de seu ou sua empregador(a). Realmente, frequentemente ocorre que apenas o empregador ou outro indivíduo retaliador é quem está em posição de provar em um alto *standard* que a ação em detrimento do indivíduo foi inteiramente baseada em ações não relacionadas (ao relato) e que foi justa nas circunstâncias. É por essa razão que muitos países têm adotado o que é frequentemente referido como ‘inversão do ônus da prova’, pelo qual a lei requer ao empregador provar que o reportante foi tratado de um modo particular por uma razão legítima, uma vez tenha o reportante estabelecido que ele ou ela teria sofrido ação prejudicial.”²²

²² “A system that requires an employee to demonstrate that the reason he or she has been treated unfairly is because he or she has reported wrongdoing places an onus on the individual that can be very difficult to meet.

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

Um terceiro aspecto da distribuição desses encargos diria respeito à “quantidade ou qualidade” da prova a ser produzida tanto pelo empregado quanto pelo empregador, a fim de cumprirem seus deveres probatórios mencionados anteriormente. À vítima das retaliações caberia trazer indícios de que a ação é prejudicial. Ao empregador caberia trazer provas, segundo o que se chama, na Common Law, “*standards of proof*” ou “*standards* probatórios”, identificados em crescentes níveis probatórios, a modo de se ter uma maior ou menor necessidade probatória em cada *standard*. O menor nível probatório seria “prova substancial”, a qual serviria para suportar uma conclusão, porém sujeita a interpretação diversa por uma mente igualmente razoável. *Standard* um pouco mais elevado é a “*preponderance of evidence*”, ou seja, não se procura, por meio da prova, a certeza, mas a evidência ou a conclusão que dela prepondera. Esse *standard* também pode ser identificado como a conclusão, dentro de um conjunto de provas, de que a existência de determinado fato é mais provável do que improvável. Um segundo nível probatório, mais exigente, seria a comprovação por meio de prova clara e convincente, ou “*clear and convincing evidence*”, o que poderia ser traduzido como a certeza moral da ocorrência do fato, ou de que o fato é altamente provável ou razoavelmente certo. O terceiro, de modo geral aplicável apenas em processos penais, seria o “*beyond reasonable doubt*”.

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

“O novo *standard* no WPA repôs o primitivo ônus da prova com um (*standard*) mais realista, tanto para o *prima facie case* quanto para as ações defensivas da agência (de proteção). Agora, a

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

*Board*²³ deve concluir que existe um *prima facie case* quando o apelante²⁴ ‘tenha demonstrado que a reclamação descrita sob o § 2302(b)(8) foi um fator contributivo’ na reclamada ação prejudicial do empregador que foi ou está para ser tomada contra o empregado, ex-empregado ou postulante a vaga. Embora não exista uma definição legal de ‘fator contributivo’, o Congresso não deixou qualquer ambiguidade sobre sua intenção.”

E acrescenta: “O ônus da prova foi transferido, e o empregador deve demonstrar por meio de ‘**evidência preponderante**’ que a ação tida por prejudicial teria ocorrido de qualquer forma, mesmo na ausência do referido relato ou reclamação”.²⁵

A processualística brasileira não tem grandes experiências com esses conceitos, pois, em geral, não trabalha com níveis ou quantitativos probatórios,²⁶ mas apenas com a chamada inversão do ônus da prova, ou, de acordo com o novo Código de Processo Civil, a distribuição das cargas dinâmicas da prova, conforme o art. 373, § 1º. Todavia, aplicando-se esses conceitos, poder-se-á estabelecer, quanto ao empregado, que lhe cabe trazer apenas indícios de que determinado fato lhe é prejudicial, ou que deve comprovar que o fato ou a ação contra si tomada lhe é prejudicial frente às anteriores condições do trabalho. Por outro lado, para o empregador restaria a comprovação de que as ações tomadas contra o trabalhador, ou as condições em que o trabalho passou a ser exigido, seriam modificações que teriam sido tomadas por motivos próprios, não se incluindo como fator contributivo da decisão o fato de o trabalhador estar se preparando para relatar ou ter relatado ou a desconfiança de que o trabalhador fosse o autor de um relato. Esse conceito faz parte do compêndio de boas práticas do G20, anotado no 3º princípio, segundo o qual a legislação dever dar “Clara indicação de que, desde uma demonstração *prima facie* de retaliação ao *whistleblower*, o empregador tem o ônus de provar que as medidas tomadas em detrimento do *whistleblower* foram motivadas por razões outras que não o relato”.²⁷ No mesmo sentido é a recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu:

²³ Referindo-se à MSPB, agência de proteção ao *whistleblower* no serviço público federal.

²⁴ Referindo-se a um apelo administrativo à MSPS, supostamente diante de uma negativa de proteção ao *whistleblower* feita pelos procuradores da OSC.

²⁵ DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 9. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

²⁶ Há certamente uma distinção entre qualidades de prova quando se está diante de decisões provisionais ou definitivas.

²⁷ “Clear indication that, upon a *prima facie* showing of whistleblower retaliation, the employer has the burden of proving that measures taken to the detriment of the whistleblower were motivated by reasons other than the disclosure.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation.** p. 31. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

“O princípio 25 estabelece o ônus da prova para qualquer ação infligida pelo empregador contra os interesses do indivíduo que fez um relato ou reclamação de interesse público. Uma vez que o empregado demonstra *prima facie* que ele ou ela fez um relato ou reclamação de interesse público e sofreu ação em seu detrimento, o ônus da prova se coloca no empregador, sendo ele quem deve provar que qualquer ação tomada foi justa e não está de qualquer forma ligada com o ato de reportar.”²⁸

Sem exaurir o tema, pode-se colher essa opção de legislações estrangeiras: Bósnia – “Se o diretor de uma instituição alegar que teria tomado a mesma ação contra o reportante mesmo que a pessoa não fizesse o relato de corrupção, o diretor deverá ser requerido a comprovar a alegação”;²⁹ Índia – “O ônus da prova de que a ação da autoridade pública não vitimiza o reportante deve recair sobre a autoridade pública”.³⁰ Essa também é a recomendação da Transparência Internacional:

“Ônus da prova pelo empregador – para evitar sanções e penalidades, um empregador deve clara e convincentemente demonstrar que qualquer medida tomada contra um empregado não está em nenhum sentido conectada com ou motivada pelo relato do *whistleblower*.”³¹

Também o Título 5 do Código dos Estados Unidos, em sua parte II, Capítulo 12, subparágrafo 1214 (b)(4)(A)(B), abaixo transcrito, deixa clara essa formulação legislativa.³²

Reconhecimento de retaliações dentro de um período suspeito

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

²⁸ CONSELHO EUROPEU. **Protection of whistleblowers**: Recommendation CM/REC (2014) 7 and explanatory memorandum. p. 40. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)>.

²⁹ BÓSNIA. **Law on Protection of Whistleblower in the Institutions of Bosnia and Herzegovina**. Artigo 8º, (3).

³⁰ ÍNDIA. **The Whistleblowers Protection Act**. 2011. Capítulo V, artigo 11, (2).

³¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Whistleblower protection and the UN Convention Against Corruption**. p. 25. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report/ti_report_en.pdf>.

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

do empregado, se constituído em ato de retaliação.³³ Essa abordagem legislativa complementa e reforça a inversão do ônus da prova, e foi anotada pelas Nações Unidas nos seguintes termos:

“Em muitos casos, entretanto, não é o fato de haver a inversão do ônus da prova, mas, ao contrário, o *standard* do ônus da prova cominado com outras previsões legais, como, por exemplo, a proibição legal contra a tomada de qualquer ação em detrimento da pessoa por ter reportado alegadas irregularidades. Baseado em lei desse tipo, um empregado, se demitido após fazer um relato, apenas precisaria estabelecer que ele ou ela tinha sido demitido, que ele ou ela reportou irregularidades e que havia uma possível correlação entre esses incidentes (*prima facie case of retaliation*). Então seria ônus do empregador provar que não era um ato prejudicial de retaliação e que, nada obstante, a mesma ação seria tomada contra o empregado por razões independentes do ato de relatar. Esse tipo de regulação é encontrado em leis de *whistleblower* e relatos de corrupção na Croácia, na França, em Luxemburgo, na Nova Zelândia, na Noruega, na República da Coreia, na Eslovênia, na África do Sul, no Reino Unido e nos Estados Unidos.”³⁴

Por sua vez, a legislação da África do Sul de 2000, vigente a partir de 16 de fevereiro de 2001, ao estabelecer os remédios jurídicos, reconhece que a demissão ocorrida após o relato é considerada, automaticamente, ato de retaliação, devendo as consequências desse ato ser definidas pela corte trabalhista.³⁵ Ainda segundo Devine, as emendas do Congresso na legislação de proteção corrigiram interpretações da corte federal e também estabeleceram um fator temporal:

³³ “Another important issue is burden of proof. Will the employee be required to make the very difficult case (with little chance of obtaining evidence) that the dismissal was a result of making the disclosure, or will the burden be on the organization? In South Africa, a dismissal following a disclosure is deemed to be an ‘automatically unfair dismissal.’ In the US, the agency has the burden to show ‘by clear and convincing evidence that it would have taken the same personnel action in the absence of such disclosure.’ In the UK the burden of proof depends on the length of employment of the employee. If they have been an employee for more than one year, then the employer must prove the dismissal had nothing to do with the disclosure; if they have been employed less than one year, the employee must prove that it did.” BANISAR, David. **Whistleblowing**: international standards and developments. p. 36. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

³⁴ “In most cases, however, it is not in fact an actual reversal of the burden of proof, but rather the standard burden of proof in combination with other legal provisions, for example the prohibition in law against taking any detrimental action against a person for having reported alleged wrongdoing. Based on such a law, an employee, if dismissed after making a report, would only need to establish that he or she had been fired, that he or she reported wrongdoing and that there was a likely correlation between these incidents (*prima facie case of retaliation*). It would then be up to the employer to prove that the act was not a detrimental one and that the same action would nevertheless have been taken against the employee for reasons independent of the act of whistleblowing. Such regulations are found in whistleblowing and corruption reporting laws in Croatia, France, Luxembourg, New Zealand, Norway, the Republic of Korea, Slovenia, South Africa, the United Kingdom and the United States and this approach is recommended by both the Council of Europe and the G20.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 64-65. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

³⁵ ÁFRICA DO SUL. **Protected Disclosures Act 26 of 2000**. 4 Remedies(2)(a): “any dismissal in breach of section 3 is deemed to be an automatically unfair dismissal as contemplated in section 187 of that Act, and the dispute about such a dismissal must follow the Chapter VIII of that Act”.

“Nas emendas de 1994 ao WPA, o Congresso retirou a ameaça estabelecida no precedente Clark. A lei foi revisada para estabelecer que os empregados podem com sucesso provar a conexão entre o ato de reportar e a prática proibida (prejudicial) por meio de um período fixo no tempo após o conhecimento da ação protegida (de relatar), ‘quando uma ação pessoal prejudicial ocorreu dentro de um período de tempo no qual uma pessoa razoável poderia concluir que o relato foi um fator contributivo para a ação prejudicial’. Como uma questão de direito, o empregado estabelece um *prima facie case* passando por esse teste de conhecimento – tempo. A história legislativa reafirma que esse *standard* foi atendido quando uma ação é tomada depois do relato protegido, mas antes de qualquer avaliação funcional. Na teoria, o espaço conhecimento/tempo seria pensado como atrelado a um teto de um ano para as avaliações, contado entre a atividade protegida e a alegada retaliação. Recentemente, decisões da agência Merit Board, entretanto, expandiram o período de reconhecimento para entre 15 meses e dois anos.”³⁶

Proteção ligada ao ambiente de trabalho

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

³⁶ “In the 1994 amendments to the WPA, Congress erased the threat from Clark. The Act was revised to provide that employees can successfully prove the connection between whistleblowing and prohibited personnel practice through a time lag after knowledge of protected activity, when ‘the personnel action occurred within a period of time such that a reasonable person could conclude that the disclosure was a contributing factor in the personnel action’. As a matter of law, the employee establishes a *prima facie case* by passing this knowledge – timing test. The legislative history reaffirms that this standard has been met when an action is taken after protected speech but before a new performance appraisal. In theory, a knowledge/time gap pegged to performance appraisals would have a year’s ceiling between protected activity and alleged retaliation. Recent Merit Board decisions, however, have expanded the period to prevail as a matter of law from 15 months up to two years.” DEVINE, Thomas. The Whistleblower Protection Act burdens of proof: ground rules for credible free speech rights. **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, v. 2, n. 3, set./out. 2013. p. 12. Disponível em: <http://adapt.it/EJCLS/index.php/ejcls_adapt/article/download/133/194>.

morais. Sendo presumível esse quadro, a lei de proteção deve antecipar-se, levantando ferramentas que defendam o relato de boa-fé e incentivem a transparência de órgãos e empresas, trazendo um balanço entre os interesses envolvidos.

“A experiência também mostra que barreiras existem em forma de leis de calúnia e difamação, que são usadas para impedir os *whistleblowers* de relatar irregularidades. A legislação de proteção ao *whistleblower* deve ser balanceada quando confrontada com o dever de lealdade para com organizações e outros acordos de confidencialidade. Certamente, como a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu em caso recente, o interesse público em ser informado sobre a qualidade de serviços públicos supera os interesses de proteção da reputação de qualquer organização. Uma efetiva lei de proteção ao *whistleblower* deve levar em conta esses obstáculos e outros empecilhos para a revelação e proteger o *whistleblower* ‘de boa-fé’ contra responsabilidades civil e criminal.”³⁷

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

“Por exemplo, a legislação francesa de combate à corrupção estabelece ampla proteção empregatícia para *whistleblowers*, incluindo ações disciplinares diretas ou indiretas, demissões, discriminações, particularmente ligadas a remuneração, treinamento, classificação ou

³⁷ “Experience also shows that a similar barrier exists in the form of libel and defamation laws, which are used to deter whistleblowers from disclosing illegal activities. Whistleblower protection legislation needs to be balanced when contrasted against the duty of loyalty to their organizations and other agreements of non-disclosure. Certainly, as the European Court of Human Rights held on a recent case, the public interest in being informed about the quality of public services outweighs the interests of protecting the reputation of any organization. An effective whistleblowing protection law needs to take into account these obstacles and other legal hurdles to disclosure, and to protect ‘good faith’ whistleblowers from civil and criminal liability. This includes the regulation of ways of relieving whistleblowers from civil liability for defamation or breach of confidentiality and statutory secrecy provisions.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation.** p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

reclassificação, tarefas, qualificações, promoções pessoais, transferência e renovações, assim como exclusão de recrutamento (processos seletivos) ou acesso a bolsas e treinamento. Previsões similares protegendo os *whistleblowers* contra retaliações relacionadas ao trabalho são expressamente listadas em detalhes na legislação da África do Sul.”³⁸

O estudo do G20 também relaciona várias melhores práticas nesse sentido.³⁹

Abordagens quanto a verbas trabalhistas cortadas

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

“A responsabilidade pessoal pela retaliação pode também ser uma forma efetiva de deter a repetição de violações dos direitos daqueles que fazem relatos de interesse público. O modelo de lei da Organização dos Estados Americanos para Proteção da Liberdade de Expressão contra a Corrupção recomenda a extensão da responsabilidade para aqueles que falham, de má-fé, em providenciar a proteção ao *whistleblower*.”⁴⁰

Nos Estados Unidos, além de alguma legislação prever a responsabilidade do empregador para a manutenção de um ambiente institucional favorável a relatos,⁴¹ dos estudos do professor Vaughn ainda se colhem diplomas legais que, primeiro, de modo geral, sempre estabelecem o pagamento das verbas não pagas, das verbas que poderiam ser conquistadas e de outros benefícios perdidos na relação de trabalho; segundo,

³⁸ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 10. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

³⁹ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 31. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁴⁰ “*Personal liability for acts of retaliation. Personal liability for retaliation can also be an effective way to deter repeat violations of the rights of those who speak up in the public interest. The Organization of American States Model Law Protecting Freedom of Expression against Corruption recommends extending liability to those who fail, in bad faith, to provide whistleblower protection.*” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 57. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁴¹ VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 607.

“que algumas legislações construíram soluções que encorajam processos e aparentemente enfatizam o desestímulo à retaliação. Por exemplo, alguns códigos recorrem a múltiplos dos danos, como, por exemplo, duas vezes o valor devido ou três vezes os danos atuais. Alguns códigos estabelecem danos punitivos.”⁴²

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

“refere-se a uma premiação ordenada por uma Corte para ser paga pelo réu ao autor em um processo civil. Embora seja comum a um autor ser premiado por uma irregularidade praticada pelo réu, como, por exemplo, dinheiro para pagar despesas médicas, ou por danos à propriedade, os danos punitivos são concedidos apenas com o motivo de punir o réu por sua conduta.”⁴³

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

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

Ainda,

“A maioria das leis estabelece compensações ao *whistleblower* em casos em que ele tenha sofrido danos que não podem ser remediados por liminares. Isso inclui perdas de salário, mas

⁴² “A few statutes construct remedies that encourage whistleblower suits and that appear to emphasize deterrence of reprisal. For example, a few statutes direct recovery of multiples of actual damages, such as two time back pay or three times actual damages. Some statutes specifically provide for punitive damages.” VAUGHN, Robert G. State whistleblower statutes and the future of whistleblower protection. **Administrative Law Review**, v. 51, n. 2, 1999. p. 613.

⁴³ “The legal term **punitive damage** refers to a monetary award ordered by the court to be paid by a defendant to the plaintiff in a civil law suit. While it is common for a plaintiff to be awarded money to pay for a wrong committed by the defendant, such as money to pay medical bills, or for property damage, punitive damages are awarded only for the purpose of punishing the defendant for his conduct.” PUNITIVE damages. **Legal Dictionary**. Disponível em: <<http://legaldictionary.net/punitive-damages/>>.

também pode incluir valores pelo sofrimento. Frequentemente, as leis usam códigos referentes a discriminação para determinar danos por assédio. A compensação não deve ser limitada. Alguns trabalhadores podem ter dificuldades para encontrar um novo trabalho no período posterior ao relato. No Reino Unido, um prêmio de 278.000 libras foi dado a um senhor de 56 anos que arguiu com sucesso que não seria capaz de encontrar um novo trabalho. Na África do Sul, a compensação por perda de emprego tem um teto de dois anos, porém, a Comissão de Reforma dessa lei tem recomendado a eliminação da limitação. A Lei Pida do Reino Unido também permite compensações adicionais pelo sofrimento. As Cortes têm decidido que a compensação pode ser permitida com base nos três níveis do sistema legal de (anti)discriminação. O nível mais elevado é aplicado para casos sérios de assédio continuado e prolongado, em que o máximo de compensação pode chegar a 25 mil libras (US\$ 40.000). Algumas jurisdições também permitem danos punitivos para punir o empregador.”⁴⁴

Medidas liminares de amparo

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

“Medidas Cautelares Administrativas – Para que as medidas de proteção possam merecer crédito, devem ser dadas considerações permitindo medidas cautelares de proteção enquanto os

⁴⁴ “*Most whistleblowing laws provide for compensation to the whistleblower in cases where they have suffered harms that cannot be remedied by injunction. This includes lost salary but can also include money for suffering. Often, the laws use discrimination statutes to determine harm from harassment. The compensation should not be limited. Some workers may have a difficult time finding a new job following their disclosure. In the UK, an award of £278,000 was given to a 56-year-old man who successfully argued that he would not be able to find another job. In South Africa, compensation for lost employment is capped at two years but the Law Reform Commission has recommended eliminating the cap. The UK PIDA also allows for additional compensation for suffering. The courts have ruled that compensation can be allowed based on a three-tiered system developed in discrimination law. The top tier in cases of serious continuous and prolonged harassment, the maximum compensation can be £25,000 (~US \$40,000). Some jurisdictions also allow for punitive damages to punish the employer.*” BANISAR, David. **Whistleblowing:** international standards and developments. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1753180>>.

procedimentos estão em andamento. Medidas cautelares de proteção são particularmente importantes para aqueles que fazem relatos no ambiente de trabalho, porque podem ajudar a preservar as relações de trabalho e prevenir que elas se arruinem completamente. Medidas cautelares de proteção podem incluir quaisquer medidas necessárias para preservar a posição do indivíduo até o completo conhecimento do caso, tais como a reinstalação em uma posição similar (por exemplo, se necessário, sob um supervisor diverso ou em uma parte diferente da empresa) ou qualquer outra ação para desfazer ou pelo menos minimizar os efeitos da retaliação o mais rápido possível. Dada a demora em alguns procedimentos, sem esse tipo de medida cautelar, um indivíduo pode não ser capaz de manter-se profissionalmente ou financeiramente até os resultados finais de um procedimento legal ou administrativo. O Capítulo 1 da Lei 118 de Relatos Protegidos de 2014, da Irlanda, prevê, por exemplo, que medidas cautelares de proteção podem ser tomadas na pendência da solução de uma reclamação de demissão injusta de um emprego. Se, entretanto, os efeitos das medidas retaliadoras não puderem razoavelmente ser desfeitos, então devem-se seguir apropriadas compensações financeiras. Dentro da visão de que o *whistleblower* pode estar empregado em qualquer nível do ambiente de trabalho de uma organização e pode perder a sua posição de trabalho como resultado do relato, as compensações devem refletir as atuais perdas financeiras e não devem ser arbitrariamente limitadas. Nos casos em que o empregador seja incapaz de pagar compensações, algumas jurisdições têm tomado passos para estabelecer um fundo público no qual as ordens de compensação podem ser pagas, tal como é o caso da República da Coreia.”⁴⁵

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

⁴⁵ “*Interim/administrative relief. In order for protective measures to be seen as credible, consideration should be given to allowing for interim relief while proceedings are under way. Interim relief is particularly important for reporting persons in the workplace because it can help preserve the working relationship and prevent it from breaking down completely. Interim relief could include any measure necessary to preserve the position of the individual until a full hearing is possible, such as reinstatement in a similar position (e.g. if necessary, under a different supervisor or in a different part of the company) or any other action to undo or at least minimize the effects of the retaliation as swiftly as possible. Given the length of some proceedings, without such measures, an individual may not be able to maintain himself or herself professionally or financially until the final outcome of a legal or administrative proceeding. Schedule 1 of the Protected Disclosure Act 2014 of Ireland provides for an example of interim measures that can be taken pending the determination of a claim of unjust dismissal from employment. If, however, the effects of the retaliatory measures cannot reasonably be undone, then appropriate financial compensation should follow. In view of the possibility that a workplace whistleblower can be employed at any level in an organization and might lose his or her job as a result of a disclosure, compensation should reflect actual financial losses and not be arbitrarily limited. In cases where the employer is unable to pay compensation, some jurisdictions have taken steps to establish a public fund from which such compensation orders can be paid, such as is the case in the Republic of Korea.*” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 64. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

“Medidas cautelares: Antes de formalizar o Relatório Final de Conduta Irregular ou Retaliatória, a autoridade responsável está livre para recomendar ao Secretário-Geral tomar medidas cautelares imediatas para salvaguardar os interesses do *whistleblower*, incluindo, entre outros, a suspensão da implementação da alegada ação retaliatória, a temporária realocação de funções ou a transferência do retaliador, sem prejuízos de pagamentos, níveis ou benefícios, e, com o consentimento do *whistleblower*, temporariamente, a redesignação do *whistleblower* dentro ou fora da unidade de trabalho sob atenção, sem perda de pagamentos, avaliações, níveis ou benefícios.”⁴⁶

Transferência temporária do trabalhador

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

África do Sul:

Seção 4 (3)

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

Seção 4 (4)

“Os termos e as condições do emprego da pessoa transferida, nos termos da subseção (2), não podem, sem o consentimento dele ou dela, ser menos favoráveis que os termos e as condições aplicáveis para ele ou ela imediatamente antes da transferência.”⁴⁷

Queensland:

“Seção 41

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

⁴⁶ “(v) *Interim Measures: Prior to issuance of a Final Report on Misconduct and/or Retaliation, the responsible Appropriate Authority is free to recommend that the Secretary General take immediate interim measures to safeguard the interests of the Whistleblower, including but not limited to suspension of implementation of the allegedly retaliatory action, temporary re-assignment or transfer of the alleged Retaliator with no loss of pay, grade or benefits, and, with the consent of the Whistleblower, temporary reassignment of the Whistleblower within or outside the work unit concerned with no loss of pay, grade, or benefits.*” OAS. **Rule 101.11**: Procedures for whistleblowers and protections against retaliation. Disponível em: <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc>.

⁴⁷ ÁFRICA DO SUL. **Protected Disclosures Act 26 of 2000**. Section 4, (3) e (4).

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

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

(b) a única forma prática de remover ou substancialmente remover o perigo de represália é a realocação do empregado.”⁴⁸

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

“Pode ser irrealista a expectativa de o trabalhador reassumir o trabalho perante o supervisor, o empregador ou os companheiros de trabalho que tenham se dedicado a retaliações contra ele ou ela. Nesses casos, aos indivíduos pode ser necessário ofertar a possibilidade de transferência para uma seção ou um escritório diverso para que tenham uma chance realista de um novo começo.”⁴⁹

Proteções por meio do direito penal

Pelo direito penal são ainda estabelecidas duas ferramentas: a proteção por meio de tipos penais para a revelação da identidade do *whistleblower* e a proteção quanto a ato de retaliação. Quanto à previsão de tipo penal para a revelação da identidade, relatam os especialistas das Nações Unidas: “Alguns países também impõem sanções para a revelação da identidade do *whistleblower*, por exemplo, a Lei PID da Índia impõe a pena de prisão e multa para a revelação da identidade do *whistleblower*”.⁵⁰

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

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

⁴⁸ QUEENSLAND. **Public Interest Disclosure Act 2010**. Section 47, (1)(2)(a)(b).

⁴⁹ “It might be unrealistic to expect an individual worker to resume working for a supervisor or employer or with co-workers who have engaged in retaliation against him or her. In such cases, individuals may need to be provided with the possibility of transfer to a different section or office in order for them to have any realistic chance of a fresh start.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 55. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

⁵⁰ “Some countries also impose sanctions for disclosing the identity of the whistleblower; for example, India’s PID Bill imposes a penalty of imprisonment and fine for revealing the identity of the whistleblower.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 11. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

de dano para qualquer um que é testemunha em um processo criminal ou de outra forma tenta parar ou afetar o curso da justiça [...]. Nos Estados Unidos, considera-se uma ofensa punível com multa ou prisão retaliar qualquer pessoa que forneceu informação sobre o cometimento ou a suspeita de cometimento de uma interferência junto às autoridades públicas. A Lei Sarbanes-Oxley especificamente proíbe a interferência junto ao *whistleblower*, e as penalidades estão sendo aumentadas de um ano para até dez anos de prisão desde que a lei foi promulgada. A legislação australiana de longa data tornou uma ofensa criminal retaliar um *whistleblower* ou qualquer pessoa associada a ele.”⁵¹

Premiação e incentivos

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

⁵¹ “Countries also ensure criminal liability for persons who commit acts of retaliation. UNCAC requires States parties to make obstruction of justice a criminal offence under its article 25 and most jurisdictions have criminalized harming or threatening to harm anyone who is a witness in a criminal proceeding or otherwise attempting to stop or pervert the course of justice. [...] In the United States it is a criminal offence punishable by a fine or imprisonment to retaliate against anyone who provides information about the commission or suspected commission of an offence to a law enforcement body. The Sarbanes-Oxley Act specifically prohibits interference with a whistleblower, and the penalties have been increased from one year to ten years imprisonment since the law was enacted. Australian whistleblower laws have long made it a criminal offence to retaliate against a whistleblower or anyone associated with them.” NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 58. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

relatar é reconhecida como uma conduta socialmente importante. Com ou sem premiação, o ato de reportar fatos de interesse público é considerado um importante ato de cidadania e um serviço público praticado pelo particular. Nesse contexto, idealmente, além da premiação, podem ser agregados certificados de reconhecimento por relevantes serviços prestados, anotações funcionais positivas, preferência na disputa por vagas para transferência e recolocação dentro da empresa e no setor público.

A existência de premiação está considerada entre as melhores práticas pelo grupo de *experts* do G20.⁵² Todavia, é nos Estados Unidos que se encontram atualmente as melhores experiências com o sistema de premiação. Embora nem todas as legislações federais com provisões de proteção ao *whistleblower* prevejam premiação, existem três exemplos muito eloquentes de programas que adotam o conceito de premiação: 1 – a False Claims Act, referente a fraudes e grosseira perda de recursos públicos; 2 – o Securities Exchange Act of 1934, emendado pelo Dodd-Frank Act, de 2010 – referente a fraudes e ilícitos no mercado de valores mobiliários; 3 – o Código Tributário americano,⁵³ referente a sonegações fiscais na receita federal americana (Internal Revenue Service).⁵⁴

Premiação ao *whistleblower* nos Estados Unidos

No que se refere às legislações antes referidas:

“Conceitualmente, por meio da *qui tam action*, qualquer pessoa, isolada ou em conjunto com outras, pode acionar judicialmente, em nome do governo americano, o responsável por uma cobrança fraudulenta contra o erário. A responsabilidade decorre de apresentar, ou de possibilitar que terceiro apresente, uma cobrança falsa para obtenção de vantagem contra o governo ou programa no qual haja recursos federais.”⁵⁵

“Quanto à premiação e à remuneração do autor, essas dependerão do montante total efetivamente cobrado, acrescido das penalidades civis, e da sucumbência, bem como da quantidade

⁵² “Best Practice: Positive reinforcements, including the possibility of financial rewards for whistleblowing.” OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers:** study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 32. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

⁵³ Internal Revenue Code (IRC) 7623(b).

⁵⁴ “The IRS Whistleblower Office pays money to people who blow the whistle on persons who fail to pay the tax that they owe. If the IRS uses information provided by the whistleblower, it can award the whistleblower up to 30 percent of the additional tax, penalty and other amounts it collects.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Whistleblower – informant award.** Disponível em: <<https://www.irs.gov/uac/whistleblower-informant-award/>>.

⁵⁵ ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

e da qualidade das informações trazidas com a participação do autor. Todavia, a lei é zelosa para que haja remuneração condigna do autor, de modo que a fixação de tal verba apresenta como limite mínimo o percentual de 10% e como limite máximo o de 30%. Charles Doyle resume as regras de fixação da verba devida ao autor: ‘Se a *false claim act* for bem-sucedida, os relatores têm direito a uma participação nos lucros de até 30%. Se o governo não participou no litígio, os autores têm direito a um prêmio de 25% a 30%. Se o governo participou do litígio, eles têm direito a um prêmio de 15% a 25%, podendo ser reduzido a não menos de 10% quando o seu pedido foi baseado principalmente em informações públicas. Em qualquer caso, eles também têm direito a honorários advocatícios, despesas e custos’.⁵⁶

Por sua vez,

“também o Internal Revenue Service – IRS, a Receita Federal americana, que trata dos impostos não pagos ou sonegados, apresenta seu próprio programa de *whistleblower*. Como características principais, pode-se destacar que o relato de fraude fiscal deve envolver, quando se trata de empresas, sonegações em que a soma do tributo com os acréscimos seja superior a dois milhões de dólares. O programa também aceita relatos de sonegações praticadas por pessoas físicas, desde que o sonegador apresente rendimentos brutos anuais superiores a duzentos mil dólares. Em ambos os casos, é assegurado ao *whistleblower* uma premiação de 15% a 30% do que efetivamente venha a ser recuperado por parte da Receita. O relato do *whistleblower* pode ser feito pela Internet, onde há um formulário *online* à disposição de qualquer pessoa.”⁵⁷

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

“Segundo a referida legislação, o *whistleblower* tem direito a um prêmio pago por um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos e conhecido como Investors Protection Fund. Esse fundo está à disposição da Comissão, sem apropriação ou limitação ao ano fiscal. Os limites do prêmio são fixados pela lei, e ele não deve ser inferior a 10% nem superior a 30% do total do que foi recolhido das sanções pecuniárias relacionadas. Isso significa que o valor das sanções impostas trará a base de cálculo do prêmio a ser pago ao *whistleblower*. A autoridade deve considerar alguns parâmetros para determinar o montante do prêmio: I) a importância das informações fornecidas pelo denunciante para o sucesso da ação judicial ou administrativa; II) o nível de assistência fornecido pelo denunciante e por qualquer representante legal; III) o interesse programático também é estabelecido, pois, para determinar a quantidade de um prêmio, a Comissão não levará em consideração o saldo do fundo. A remuneração é devida ainda que o réu venha a ser processado e punido por fato diferente do inicialmente reportado, sendo, nesse caso, mensurada qual foi a

⁵⁶ Idem, nota 132.

⁵⁷ Idem, nota 132.

importância da informação trazida inicialmente. Especificamente no caso do programa da SEC, a premiação do *whistleblower* pode abranger participação no resultado de eventual processo criminal, o que em geral não ocorre nos programas.⁵⁸ A existência do fundo, assim como a existência da própria remuneração, serve também para sinalizar a importância dessas pessoas como auxiliares do Estado. A premiação mostra que pessoas com essa coragem são de valor para a sociedade, pois defendem o interesse público especificado em lei ou regulamento. Essa medida mostra a importância de realmente fixar o prêmio ao *whistleblower* de acordo com o valor da informação e a sua cooperação, e não com quaisquer outros critérios possivelmente injustos.”⁵⁹

Por fim, a título de informação,

“Existem claras evidências de que os programas denunciadores estão incentivando a participação do público em controlar comportamentos ilícitos nos Estados Unidos. A Securities and Exchange Commission, cujo programa de *whistleblower* iniciou-se em 12.08.2011, no ano fiscal de 2012, recebeu 3.001 relatos (TCRs),⁶⁰ sendo inclusive 3 denúncias relacionadas a ocorrências no Brasil. No ano fiscal de 2013, foram recebidos 3.238 relatos. Desde o início do programa, foram recebidas denúncias advindas de 68 países, fora, portanto, dos Estados Unidos, tendo havido, durante o ano fiscal de 2013, o pagamento de um total de US\$ 14.831.965,64. As estatísticas do Departamento de Justiça, em sua área de atuação, também mostram o elevado desempenho da *qui tam action* e do programa de *whistleblower*, pois foram recuperados, no ano fiscal de 2014, 5,6 bilhões de dólares em punições e acordos. Desde janeiro de 2009, com as reformulações na legislação implementadas pelo Congresso, o Departamento de Justiça já recuperou aproximadamente 22,6 bilhões de dólares. No ano de 2014, foram iniciados mais de 700 processos de *qui tam*, com a recuperação de 3 bilhões de dólares advindos dessas ações, tendo sido pagas premiações que totalizaram US\$ 435 milhões.”^{61, 62}

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

⁵⁹ ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

⁶⁰ U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. 2013 **Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>.

⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Justice Department recovers nearly \$6 billion from False Claims Act cases in Fiscal Year 2014**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>>.

⁶² ROCHA, Márcio Antonio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html>.

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

Quanto à SEC:

“No ano fiscal de 2015, nós recebemos aproximadamente 4.000 dicas de *whistleblower*, um aumento de 30% no número recebido no ano fiscal de 2012. [...] Apenas no ano fiscal de 2015, mais de 37 (trinta e sete) milhões de dólares foram pagos em premiações para *whistleblowers*.”⁶³

Quanto à Receita Federal americana:

“O ano fiscal de 2015 foi um grande ano para premiações no Programa de *Whistleblower*, com 99 premiações pagas a *whistleblowers*, totalizando mais de 103 milhões de dólares antes das retenções, que reduzem o montante total de recebimentos. [...] Desde 2017, informações recebidas de *whistleblowers* têm assistido a IRS (Receita Federal americana) na coleta de mais de 3 (três) bilhões de dólares em receitas tributárias, e a IRS tem premiado *whistleblowers* com mais de 403 (quatrocentos e três) milhões de dólares.”⁶⁴

***Cooperating offender* ou ofensor colaborador**

Apenas para anotar, a sofisticação legislativa da Securities and Exchange Commission, como um dos mais recentes produtos legislativos do Congresso Americano no tema de *whistleblower*,⁶⁵ estabelece que o programa de *whistleblower* da agência não dá anistia a *whistleblowers*, embora a conduta do *whistleblower* possa ser levada em consideração na aplicação da penalidade. Isso implica que o *whistleblower* possa ter participado do fato, porém não será anistiado dos fatos pelos quais possa ser responsabilizado, e, ainda, que os valores devidos por ele ou por sua empresa não são considerados quando do arbitramento de qualquer premiação a que pudesse ter direito.⁶⁶

⁶³ “*In Fiscal Year 2015, we received nearly 4,000 whistleblower tips, a 30% increase over the number of tips received in Fiscal Year 2012. [...] In Fiscal Year 2015 alone, more than \$37 million was paid to reward whistleblowers for their provision of original information that led to a successful Commission enforcement action with monetary sanctions totaling over \$1 million.*” U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION – SEC. **2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>.

⁶⁴ “*FY 2015 was a big year for awards under the Whistleblower Program, with 99 awards made to whistleblowers totaling more than \$103 million before sequestration, which reduced the total payouts. [...] Since 2007, information received from whistleblowers has assisted the IRS in collecting over \$3 billion in tax revenue, and the IRS has awarded more than \$403 million to whistleblowers.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2015: annual report to the Congress**. Disponível em:

<https://www.irs.gov/pub/whistleblower/WB_Annual_Report_FY_15_Final%20Ready%20for%20Commissioner%20Feb%202015.pdf>.

⁶⁵ Emendas trazidas ao Securities Exchange Commission Act pelo Dodd Frank Act, promulgado em 2010.

⁶⁶ “§ 240.21F-15 *No amnesty. The Securities Whistleblower Incentives and Protection provisions do not provide amnesty to individuals who provide information to the Commission. The fact that you may become a whistleblower and assist in Commission investigations and enforcement actions does not preclude the Commission from bringing an action against you based upon your own conduct in connection with violations of the federal securities laws. If such an action is determined to be appropriate, however, the Commission will take your cooperation into consideration in accordance with its Policy Statement Concerning Cooperation by Individuals in Investigations*

Disposições dessa natureza colocam a investigação e a punição de irregularidades como meta fundamental das autoridades públicas, livrando setores econômicos de práticas ilícitas e, muito frequentemente, danosas a consumidores e ao mercado.

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

“significando a pessoa que tenha participado em uma ofensa e que fornece informações úteis a uma autoridade competente para investigação e efeitos de prova. Um ofensor colaborador, por exemplo, pode ter inicialmente participado do cometimento de uma ofensa, mas pode após ter decidido se retirar e agora está procurando uma via de saída. Medidas poderiam ser consideradas para encorajar essas pessoas a relatarem e fornecerem relevantes informações internas para dar suporte à investigação e à punição dessas ofensas, incluindo a mitigação da punição ou a garantia da imunidade por algumas ou todas as ofensas cometidas.”⁶⁷

Conclusão

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

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

⁶⁷ NAÇÕES UNIDAS. **The United Nations Convention against Corruption**: resource guide on good practices in the protection of reporting persons. p. 61. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf>.

riscos àqueles que acorrerem em auxiliar o Estado e postergando a eficiência do combate à corrupção e à fraude para um futuro distante.

Anexo

RESUMO DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS PROGRAMAS DE *WHISTLEBLOWER*:

G20 – PLANO DE AÇÃO ANTICORRUPÇÃO E DE PROTEÇÃO AO *WHISTLEBLOWER*⁶⁸

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

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

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

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

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

- As revelações protegidas incluem: violação de lei, norma ou regimento; grosseira má administração; desperdício grosseiro de fundos; abuso de autoridade; substancial e específico risco à saúde pública ou à segurança; ou tipos de ilegalidades abrangidos no termo “corrupção”, de acordo com a definição das leis domésticas.
- Indivíduos não estão sujeitos à proteção do *whistleblower* para as revelações que são proibidas por lei, de acordo com as leis domésticas de defesa do interesse nacional ou de assuntos estrangeiros, salvo se as revelações forem feitas de um modo específico e para antes especificados, de acordo com o requerido pela legislação doméstica.

⁶⁸ OECD. **G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, compendium of best practices and guiding principles for legislation. p. 30-34. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>.

- Empregados públicos e privados devem ser sujeitos da proteção, incluindo-se não apenas os empregados permanentes e os funcionários públicos, mas também consultores, contratantes, empregados temporários, ex-empregados, estagiários, etc.

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

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

- Devido processo para ambas as partes (para o *whistleblower* e para o deficiente), incluindo, entre as partes, a necessidade de proteção da confidencialidade.

- Proteção contra toda forma de discriminação ou retaliação, incluindo demissão, suspensão, regressão funcional; outras ações disciplinares ou corretivas; determinação de transferência ou de funções; avaliação de *performance*; decisões envolvendo pagamentos, benefícios, recompensas, educação e treinamento; ordem para submissão a testes médicos ou exames; ou qualquer outra mudança significativa nos deveres, nas responsabilidades ou nas condições de trabalho.

- Proteção por retaliações culposas, como em seleções, retorno, indicações e promoções.

- Proteção contra danos, estigmatização, ameaças e qualquer outra forma de ação retaliatória.

- Proteção contra outras formas de condutas retaliatórias, incluindo o afastamento de responsabilidade ou a proteção contra responsabilidade criminal e civil, particularmente contra a difamação e a quebra de confidencialidade ou leis de segredos oficiais.

- Proteção de identidade por meio da disponibilidade de relatos anônimos.

- Clara indicação de que, diante de uma “primeira vista” demonstrando retaliações ao *whistleblower*, o empregador terá o ônus da prova de demonstrar que a ação em detrimento do *whistleblower* é motivada por razões não ligadas ao relato.

- Proteção contra relatos em que um indivíduo razoavelmente acredita revelar uma ilegalidade, mesmo que o *whistleblower* esteja errado.

- Proteção aos empregados que o empregador incorretamente acredita serem *whistleblowers*.

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

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

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

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

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

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

- Penalidades para retaliações infligidas contra o *whistleblower*, tenham ou não essas sido tomadas em forma de ações disciplinares ou discriminatórias, ou penalidades civis ou criminais.

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

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

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