

**A DIRETIVA WHISTLEBLOWER E OS PROGRAMAS DE ÉTICA E
COMPLIANCE**

**THE WHISTLEBLOWER DIRECTIVE AND ETHICS AND COMPLIANCE
PROGRAMS**

Francisco Pereira Coutinho*

Julia Maria Gracia de Castro**

Resumo: A Diretiva *Whistleblower* vai determinar a adoção transversal no setor público e privado de programas de ética e *compliance* baseados em procedimentos de denúncia interna de violações do direito da União Europeia. Neste artigo analisam-se os traços fundamentais do sistema de *whistleblowing* previsto na Diretiva e o impacto que terá no desenvolvimento de uma cultura de integridade nas organizações na União Europeia.

Palavras-chave: *Compliance*; Direito da União Europeia; *Whistleblowing*.

Abstract: The Whistleblowing Directive will determine the widespread adoption of ethics and compliance programs in the private and public sectors which are based on the internal reporting of breaches of European Union law. This article analyses the main features of the system of whistleblowing foreseen in the Directive, as well as the impact of the latter in fostering an organizational culture of integrity in the European Union.

Keywords: *Compliance*; European Union Law; *Whistleblowing*.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Membro do CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade, onde coordena o NOVA Compliance Lab.

** Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa, bolsreira de investigação da Fundação para a Ciência e Tecnologia, investigadora no CEDIS, membro fundador do NOVA Compliance Lab e *research associate* no NOVA Centre for Business, Human Rights and the Environment.

1. Introdução

Ao contrário do direito internacional, que se aplica internamente por via de um processo de incorporação definido pelas constituições nacionais¹, o direito da União Europeia aplica-se diretamente – e não por intermediação constitucional – nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, produzindo imediatamente efeitos potencialmente geradores de direitos na esfera jurídica dos particulares que os órgãos jurisdicionais e administrativos nacionais estão obrigados a proteger, afastando, se necessário, direito nacional conflituante². É, portanto, um direito de tipo federal, que vigora como *law of the land* (princípios do efeito direto e da aplicabilidade direta) e, simultaneamente, *higher law of the land* (princípio do primado) nos Estados-Membros³.

A prevenção e deteção de violações do direito da União ocorridas nos Estados-Membros está, em boa medida, dependente da respetiva sinalização pelos particulares. Aqueles que trabalham ou se relacionam profissionalmente com entidades públicas ou privadas estão numa posição particularmente privilegiada para tomarem precocemente conhecimento dessas violações. Devem, por isso, ser encorajados a comunicar situações de incumprimento do direito da União. Tal implica garantir a sua proteção contra atos de retaliação. É esse o propósito da recente Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (“Diretiva *Whistleblower*”)⁴.

¹ Que adotam para o efeito sistemas dualistas, monistas ou mistos, que se distinguem por condicionarem a aplicação interna do direito internacional à sua transformação em direito nacional (sistemas dualistas) ou à sua receção (sistemas monistas). Nos sistemas dualistas, o direito internacional é transformado num ato legislativo; nos monistas é aplicado diretamente em resultado do reconhecimento constitucional como fonte autónoma que integra diretamente a ordem jurídica interna.

² Cfr., respetivamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça (da União Europeia) de 9 de março de 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, para. 22, e de 22 de junho de 1989, *Costanzo*, 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, para. 31.

³ M. L. AMARAL. **A Forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional**. Coimbra editora, 2005. p. 393. No mesmo sentido, J. H. H. WEILER. The transformation of Europe. **Yale Law Journal**, 100, 1991. p. 2413: “(A) relação (entre o direito da União e o direito nacional) é indistinguível de relações jurídicas análogas decorrentes do direito constitucional de Estados federais”.

⁴ As diretivas vinculam os Estados quanto ao resultado a alcançar, deixando-lhes, no entanto, competência quanto à forma e aos meios (art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Definem também um prazo para a adoção das medidas legislativas, regulamentares e administrativas nacionais necessárias à sua implementação, que no caso da Diretiva *Whistleblower* é o dia 17 de dezembro de 2021 (art. 26.º, n.º 1).

A Diretiva *Whistleblower* qualifica como vital para assegurar a eficácia da prevenção de violações do direito da União Europeia que as informações relevantes cheguem rapidamente ao conhecimento daqueles que, estando próximos da fonte do problema, tenham capacidade para investigar e disponham de poderes para o resolver⁵. Impõe, por isso, a adoção por entidades do setor privado e público de sistemas de ética e *compliance* baseados em canais e procedimentos de denúncia interna (arts. 7.º a 9.º).

Este artigo tem como propósito aferir o impacto da Diretiva *Whistleblower* no desenho de programas de ética e *compliance*. Depois de se identificar a origem e os objetivos destes programas (secção 2), descrevem-se os traços fundamentais do estatuto jurídico do denunciante e do regime de denúncias interno previstos na Diretiva *Whistleblower* (secção 3).

2 Os programas de ética e *compliance*

2.1. Origem e evolução

Os programas de ética e *compliance* foram adotados por empresas americanas como forma de ultrapassar danos reputacionais causados por escândalos de corrupção e de fraude. Esta forma de autorregulação foi incentivada pelas *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, de 1991, que vieram reduzir as sanções pecuniárias aplicáveis às entidades que implementassem tais programas⁶. A “indústria do

⁵ Considerando 47. A Diretiva *Whistleblower* inclui 29 artigos e 110 (!) considerandos. Os considerandos são referências preambulares que, para além de identificarem o propósito do ato legislativo, são frequentemente utilizadas como auxiliar hermenêutico na descoberta do sentido a atribuir às suas normas (v. g. acórdão do Tribunal de Justiça (da União Europeia) de 25 de outubro de 2001, *Toshiba*, C-112/99, ECLI:EU:C:2001:566, paras. 30, 36 e 53). Os considerandos podem assim “permitir esclarecer a interpretação a dar a uma regra de direito, (mas) não pode(m) constituir, em si mesmo, essa regra” (Tribunal de Justiça, acórdão de 13 de julho de 1989, *Casa Fleischhandels-GmbH*, 215/88, ECLI:EU:C:1989:331, para. 31).

⁶ Relata E. F. SOLTES. Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms. *NYU Journal of Law & Business*, 14, 3, 2018. p. 967, que as sanções pecuniárias podem ser reduzidas em 95% do seu valor.

compliance” movimentou milhões de dólares nos Estados Unidos. Com a globalização foi exportada para a América Latina⁷ e para a Europa⁸.

Os programas de ética e *compliance* focaram-se inicialmente na detecção e resposta a violações do direito⁹. Da simples “adesão a parâmetros regulatórios”¹⁰ passaram gradualmente a incorporar também preocupações com a ética e a integridade¹¹. Hoje os programas de ética e *compliance* devem não apenas garantir o respeito pelo enquadramento regulatório, “mas (também) promover uma verdadeira cultura de ética empresarial”¹².

2.2. Objeto

Os programas de ética e *compliance* abrangem todas as áreas de relevância para o funcionamento da empresa, como são exemplo as obrigações tributárias e laborais, a cibersegurança, a proteção de dados pessoais, bem como a prevenção das infrações económicas e do financiamento do terrorismo. Daqui resulta, naturalmente, de que quanto mais regulada for a atividade da organização, maiores e mais específicas devem ser as exigências de conformidade e, conseqüentemente, mais robusto o respetivo programa de ética e *compliance*.

⁷ E. SAAD-DINIZ. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 129.

⁸ A. NIETO MARTÍN. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: L. ARROYO ZAPATERO e A. NIETO MARTÍN (Ed.). *El derecho penal económico en la era Compliance*. Tirant lo Blanch, 2014. p. 196.

⁹ E. SAAD-DINIZ, *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*, p. 125-164.

¹⁰ M. ENGELHART. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. ArchiS, 2018, p. 2; E. SAAD-DINIZ, *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*, p. 131.

¹¹ L. K. TREVIÑO e K. A. NELSON. *Managing business ethics: straight talk about how to do it right*. 5th ed. Wiley, 2011. p. 150-250; O. C. FERRELL; J. FRAEDRICH e L. FERRELL. *Business ethics: ethical decision making and cases*. 11th ed.. Cengage Learning, 2017. p. 183-234; C. J. S. HODGES e R. N. STEINHOLTZ. *Ethical business practice and regulation: a behavioural and values-based approach to compliance and enforcement*. Hart, 2017. p. 276-302.

¹² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2016*, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. 2016, p. 20, tradução livre, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Acesso em: 20/08/2020.

Ainda que as orientações, tanto de entidades de supervisão nacionais¹³ como internacionais¹⁴, divirjam, constituem elementos estruturantes dos programas de ética e *compliance* a avaliação dos riscos, a adoção de códigos de ética e de conduta e o estabelecimento de canais de denúncia. O conhecimento dos programas pelos trabalhadores e a supervisão permanente do respetivo funcionamento são também essenciais. A comunicação de desconformidades deve levar à abertura de investigações internas.

2.3. As investigações internas

Fins de prevenção criminal e de obtenção de informações sobre a prática de infrações criminais motivaram algumas ordens jurídicas a promover a adoção de programas de ética e *compliance* através da previsão da atenuação – ou mesmo da exclusão – das sanções aplicáveis às organizações que comuniquem infrações às autoridades¹⁵.

A colaboração com as autoridades deve ser observada como um passo importante para a salvaguarda de danos reputacionais, demonstrando, por um lado, que as organizações levam a sério as denúncias de irregularidades de que tomam conhecimento e, por outro lado, que estão comprometidas com a aplicação dos códigos de ética e de conduta que adotam. Uma colaboração efetiva pressupõe a realização de investigações internas¹⁶. A investigação como ferramenta para a averiguação de condutas

¹³ V. g. MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act 2010 - Guidance**. London. 2010, e DEPARTMENT OF JUSTICE. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. Criminal Division. 2020, Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 30/06/2020.

¹⁴ V. g. OECD, UNODC e T. W. BANK. **Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business**. 2013, Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>. Acesso em: 01/10/2019, e UNODC, **An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide**. New York. 2013, Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf. Acesso em: 01/10/2019.

¹⁵ V. g. o art. 32.º, *bis*, do Código Penal espanhol (v. I. LLEDÓ BENITO. Los deberes de los administradores en relación com el cumplimiento normativo o compliance. In: A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Ed.). **Interés Social y Gobierno Corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas**. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 123-155, p. 129-130) ou os arts. 6.º e 11.º, n.º 2, al. b), do Código Penal português (v. T. Q. d. BRITO. *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: M. F. PALMA; A. S. DIAS e P. d. S. MENDES (Ed.). **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Almedina, 2018. p. 59).

¹⁶ K. MOOSMAYER. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: L. ARROYO ZAPATERO e A. NIETO MARTÍN (Ed.). **El derecho penal económico en la era Compliance**. Tirant lo Blanch, 2014. p. 137-144, alude, todavia, à necessidade de ser garantido o primado da investigação

com relevância criminal atribui à organização controlo sobre a informação, prevenindo medidas coercivas, como buscas ou a requisição de equipamentos eletrónicos, que podem prejudicar seriamente a prossecução das suas atividades¹⁷. Permite também proteger informações sensíveis, como as relativas a segredos comerciais, as quais, se divulgadas ao público, podem causar danos reputacionais e/ou uma perda económica significativa.

Cada organização tem um conhecimento aprofundado sobre o seu próprio funcionamento e, frequentemente, acesso irrestrito a documentação e a pessoas que têm relação direta ou indireta com a matéria sob investigação. Tal não significa, contudo, que as investigações internas possam ser perspectivadas como uma espécie de “privatização do processo penal”. Desde logo, porque a ausência de poderes públicos de investigação pode tornar difícil a obtenção de provas¹⁸. Acresce que nem sempre será possível evitar a destruição de provas pelos funcionários¹⁹. Por último, será necessário cumprir as regras aplicáveis relativas à recolha de informação²⁰.

As investigações internas têm ainda pelo menos dois outros efeitos colaterais benéficos para as organizações. Primeiro, a informação apurada pode servir para encontrar problemas no programa de ética e *compliance* e identificar áreas sensíveis ou de risco, o que permitirá à organização corrigir rapidamente inconformidades – v. g. a deteção e interrupção de pagamentos a determinado intermediário, que se descobriu servirem para garantir contratos através do suborno de agentes públicos. Segundo, a informação recolhida pode servir de fundamento para a instauração de processos

pública de modo a evitar alegações de que a organização está a dificultar ou mesmo a obstruir a ação das autoridades de investigação criminal.

¹⁷ A. NIETO MARTÍN. Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process. In: **Preventing Corporate Corruption**. Springer, 2014. p. 69-92. p. 73.

¹⁸ Sobre a regulação crescente das atividades de investigação privadas, v. C. A. MEERTS. **Corporate Investigations, Corporate Justice and Public-Private Relations: Towards a New Conceptualisation**. Springer, 2019. p. 105-111.

¹⁹ M. T. BIEGELMAN e D. R. BIEGELMAN. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption**. Wiley, 2010. p. 97-98.

²⁰ A. NIETO MARTÍN, “Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process,” p. 89, ou R. RAGUÉS I VALLÈS. Los procedimientos internos de denuncia como prevención de delitos en la empresa. In: J.-M. SILVA SÁNCHEZ e R. MONTANER FERNÁNDEZ (Ed.). **Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 190.

disciplinares que sancionem as “maças podres”, evitando a formação de uma cultura organizacional fundada em condutas ilegais ou imorais²¹.

3. A Diretiva *Whistleblower*

3.1. Antecedentes

O *whistleblowing* teve também origem na ordem jurídica federal norte-americana, mais concretamente na *False Claims Act*²², uma lei aprovada com o propósito de combater fraudes na contratação pública durante a Guerra da Secessão. A *False Claims Act* atribuía a particulares o direito de ação judicial em defesa dos interesses patrimoniais das entidades públicas defraudadas, recompensando-os através da atribuição de uma parte substancial dos valores recuperados²³.

O regime jurídico do *whistleblowing* que conheceria internacionalização seria, todavia, o resultante da Lei Sarbanes–Oxley (SOX), adotada na sequência dos escândalos de fraude contabilísticas em larga escala que levaram ao colapso financeiro de empresas como a Enron (2001) e a Worldcom (2002). A Lei SOX veio prever a proteção dos trabalhadores de sociedades cotadas em bolsa que atuem como denunciante (*whistleblowers*) e impor a obrigação de criação de canais internos de denúncia de fraudes²⁴. A proteção do denunciante (*whistleblower*) contra atos de retaliação e a adoção de mecanismos de efetivação do *whistleblowing*, através da obrigação de criação de

²¹ L. K. TREVIÑO e K. A. NELSON, *Managing business ethics*, pp. 14-20; 186-187, elencam o caso da consultora Andersen, envolvida no colapso da Enron em 2001, como exemplo paradigmático de organização que não adotou atempadamente uma cultura de integridade.

²² *An Act to Prevent and Punish Frauds upon the Government of the United States*, de 2 de março de 1863, Cong. Globe, 37.º Congresso, 3.ª Sessão, 1322 (27 de fevereiro 1863).

²³ Sobre a evolução das chamadas ações *qui tam*, v. E. J. BALLAN. Protecting whistleblowing (and not just whistleblowers). *Michigan Law Review*, 116, 2017. pp. 478-483.

²⁴ Sarbanes–Oxley Act, de 30 de julho de 2002, *Public Law* 107–204, 116 Stat. 745. Sobre este diploma, v. M. F. HOLT. *The Sarbanes–Oxley Act Overview and Implementation Procedures Manual*. Elsevier, 2005.

canais de denúncia, foram incorporadas, nas décadas seguintes, em diversas ordens jurídicas, incluindo a portuguesa²⁵ e a da União Europeia²⁶.

A Diretiva 2019/1937 vem instituir um regime geral para o *whistleblowing* de violações do direito da União, estabelecendo normas mínimas comuns que devem garantir um nível elevado de proteção de denunciante na União Europeia (art. 1.º).

3.2. O estatuto jurídico do *whistleblower*

I. *Whistleblower* é alguém que voluntariamente denuncia ou divulga publicamente violações do direito da União Europeia ocorridas em contexto laboral e que, por esta razão, necessita de ser protegido contra atos de retaliação da “pessoa visada” (denunciado) – isto é, a pessoa singular ou coletiva referida na denúncia ou na divulgação pública como tendo sido a responsável pela violação (ou que a esta seja associada) com quem se encontra numa posição de vulnerabilidade económica em resultado de depender da mesma para exercer a sua atividade profissional. É o caso, designadamente, de trabalhadores, funcionários, voluntários ou estagiários, mas já não de pessoas que não tenham qualquer ligação com a organização visada pela denúncia²⁷. As denúncias podem ser feitas por qualquer meio (verbal ou escrito), em qualquer altura e por qualquer motivo²⁸, e dizer respeito a informações relativas a relações profissionais que tenham

²⁵ V. g. o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, que aprova medidas de combate à corrupção, que dispõe que “os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, assim como os trabalhadores do sector privado, que denunciem o cometimento de infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária ou o despedimento, ser prejudicados”.

²⁶ V. g. a Diretiva 2013/36/UE do Parlamento e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão das instituições de crédito e empresas de investimento. Esta diretiva foi transposta em Portugal através de alterações introduzidas pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, no Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), em que se inclui o art. 116.º-AA, n.º 1, que prevê que “as instituições de crédito devem implementar os meios específicos, independentes e autónomos adequados de receção, tratamento e arquivo das participações de irregularidades graves relacionadas com a sua administração, organização contabilística e fiscalização interna e de indícios sérios de infrações a deveres” previstos no Regime Geral ou no Regulamento n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento.

²⁷ Considerandos 36 e 37, art. 4.º, n.º 1, als. a) a d), art. 4.º, n.º 3, e art. 5.º (10) da Diretiva *Whistleblower*. As pessoas que não gozam do estatuto de *whistleblowers* podem ainda ser protegidas por normas nacionais relativas à liberdade de expressão e de informação quando divulgam diretamente à imprensa violações do direito da União (art. 15.º, n.º 2, da Diretiva *Whistleblower*).

²⁸ Considerando 32 da Diretiva *Whistleblower* (“Os motivos que levam os denunciante a fazer a denúncia deverão ser irrelevantes para a decisão sobre se lhes deverá ser concedida proteção”). P. d. PITTA SIMÕES. O *Whistleblowing* é um Caso de Polícia(s)? In: M. F. ROLLO; P. M. GOMES e A. CUETO-RODRÍGUEZ (Ed.). **Polícia(s) e Segurança Pública: História e Perspectivas Contemporâneas**: Museu da Polícia,

terminado ou que ainda não se tenham iniciado (v. g. as obtidas durante o processo de recrutamento) (art. 4.º, n.º 2 e 3, da Diretiva *Whistleblower*).

O reconhecimento do estatuto de *whistleblower* depende de as informações reportadas cumprirem cumulativamente quatro condições. Primeiro, têm de dizer respeito a violações ou tentativas de ocultação de violações do direito da União abrangidas pela Diretiva *whistleblower* que tenham ocorrido, ou que com grande probabilidade possam vir a ocorrer, na organização em que o denunciante trabalha ou trabalhou, ou noutra organização com quem está ou tenha estado em contacto por via da sua atividade profissional (art. 4.º, n.º 1, e art. 5.º (2), da Diretiva *Whistleblower*). Segundo, as informações não podem fazer parte do domínio público. Terceiro, têm de ser prestadas de boa fé, devendo o denunciante ter motivos razoáveis para considerar que são verdadeiras, atendendo às circunstâncias e aos factos que conhece no momento da denúncia. Não gozam, portanto, de proteção pessoas que se limitam a reportar rumores não fundamentados ou boatos. O mesmo sucede com pessoas que, no momento da denúncia, deliberadamente e com conhecimento de causa, transmitem informações erradas ou enganosas²⁹. Por último, as informações têm de ser reportadas através de canais e procedimentos de denúncia da organização (denúncia interna) ou junto das autoridades públicas competentes (denúncia externa) (art. 6.º, n.º 1, al. b), da Diretiva *Whistleblower*).

A divulgação pública de informações – v. g. através da imprensa ou das redes sociais – não prejudica a atribuição do estatuto de *whistleblower*: i) quando o denunciante tem motivos razoáveis para crer que há um perigo iminente ou manifesto para o interesse público; ii) quando existem riscos de danos irreversíveis, incluindo danos à integridade física do denunciante; iii) quando a violação do direito da União objeto de denúncia continue por resolver depois de decorridos três meses (denúncia interna) ou, no máximo, seis meses (denúncia externa); iv) quando a denúncia foi adequadamente apreciada ou investigada, mas não foram tomadas medidas corretivas; ou v) quando o denunciante tem motivos razoáveis para acreditar que, em caso de denúncia externa, existe um risco de retaliação ou há uma perspetiva limitada de que a violação reportada seja resolvida de forma eficaz (v. g. quando elementos de prova podem ser ocultados ou destruídos, ou

2020. p. 474, alude, a este propósito, ao cumprimento pelo denunciante de um “dever cívico, ético ou moral” na defesa do interesse público.

²⁹ Considerandos 32 e 43 e art. 6.º, n.º 1, al. a), da Diretiva *Whistleblower*. Nos termos do art. 23.º, n.º 2, da Diretiva *Whistleblower*, os Estados-Membros devem prever sanções dissuasivas para os denunciante que comunicaram ou divulgaram publicamente, com conhecimento de causa, informações falsas.

quando a autoridade pública competente está em conluio com o autor da violação ou está envolvida na violação do direito da União) (considerandos 79, 80 e 81 e art. 15.º da Diretiva *Whistleblower*).

II. O *whistleblower* é protegido contra qualquer forma de retaliação ou tentativa ou ameaça de retaliação pelo denunciado, aqui se incluindo: i) a suspensão ou despedimento, ii) a alteração de funções, do local de trabalho ou do horário de trabalho; iii) a redução de salários; iv) a avaliação negativa do desempenho ou a referência negativa para fins de emprego, v) a aplicação de medidas disciplinares, vi) a não conversão do contrato de trabalho temporário em contrato permanente, vii) a não renovação ou rescisão antecipada de contrato de trabalho temporário, viii) a inclusão numa lista negra que possa implicar a impossibilidade de, no futuro, encontrar emprego no setor ou na indústria; ix) a rescisão antecipada ou a resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços; ou x) a revogação de uma licença ou autorização (art. 19.º da Diretiva *Whistleblower*). As medidas de proteção abrangem também aqueles que tenham auxiliado o denunciante no procedimento de denúncia (facilitadores), aqueles que tenham uma relação pessoal com o denunciante (v. g. colegas ou familiares) e ainda entidades jurídicas detidas pelo denunciante (art. 4.º, n.º 4, da Diretiva *Whistleblower*). Em procedimentos judiciais ou administrativos em que se discutam danos sofridos pelo denunciante, e que estejam sujeitos à demonstração pelo denunciante de que fez uma denúncia ou uma divulgação pública e sofreu um dano, deve presumir-se que esse dano corresponde a uma retaliação por ter feito a denúncia, recaindo sobre a pessoa que tomou a medida prejudicial o ónus de demonstrar a licitude da medida (art. 21.º, n.º 5, da Diretiva *Whistleblower*).

O denunciado não pode, por outro lado, imputar ao denunciante qualquer responsabilidade civil, administrativa ou penal fundada na violação dos deveres legais ou contratuais de confidencialidade ou de lealdade (considerandos 36 e 91 e art. 21.º, n.º 2, da Diretiva *Whistleblower*). Os denunciantes tampouco podem ser responsabilizados pela obtenção ou o acesso às informações denunciadas ou publicamente divulgadas³⁰, salvo quando cometerem uma infração penal autónoma – v. g. quando obtiverem informações

³⁰ De acordo com o considerando 92 da Diretiva *Whistleblower*, o denunciante está isento de responsabilidade civil, administrativa ou laboral quando obteve informações através: i) do conteúdo ou de cópias de documentos aos quais tem acesso legal; ii) do acesso às mensagens do correio eletrónico de um colega ou a ficheiros que normalmente não utiliza no exercício das suas funções; iii) de fotografias tiradas nas instalações da organização; ou iv) do acesso a um local a que normalmente não tem acesso.

através da invasão de propriedade alheia ou de pirataria informática. Os denunciantes têm ainda o direito de invocar a denúncia ou a divulgação pública para solicitar a declaração de improcedência de uma miríade de ações intentadas pelo denunciado, que incluem processos judiciais de difamação, de violação de direitos de autor, de violação do sigilo, de violação das regras de proteção de dados e de divulgação de segredos comerciais, bem como processos judiciais que tenham como objeto pedidos de indemnização com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho (considerando 97 e art. 21.º, n.º 3 e 7, da Diretiva *Whistleblower*). Os tribunais nacionais que forem chamados a apreciar a responsabilidade criminal dos denunciantes, ou qualquer outro tipo de responsabilidade relacionada com atos e omissões que não sejam necessários para revelar uma violação do direito da União, devem fazê-lo à luz de todas as informações factuais relevantes e ter em conta as circunstâncias individuais do caso, incluindo a necessidade e a proporcionalidade do ato ou omissão em relação à denúncia e à divulgação pública (considerando 92 da Diretiva *Whistleblower*).

3.3. O sistema de *whistleblowing*

I. A Diretiva *Whistleblower* pressupõe que a comunicação interna de denúncias de violações do direito da União está dependente da implementação de programas funcionais de ética e *compliance*.

Um dos elementos estruturais desses programas são os canais de denúncia interna, que passam doravante a ser obrigatórios para organizações com 50 ou mais trabalhadores (Considerandos 47 a 52 e art. 8.º da Diretiva *Whistleblower*). O legislador europeu teve em conta a dimensão das organizações e o nível de risco que as suas atividades representam para o interesse público, admitindo que os Estados-Membros possam alargar a obrigação de criação de canais de denúncia interna a entidades privadas com menos de 50 trabalhadores que constituírem um risco para o ambiente e para a saúde humana³¹. Os Estados-Membros podem ainda diferir para 17 de dezembro de 2023 a obrigatoriedade de entidades privadas com 50 a 249 trabalhadores instituírem canais de denúncia (art. 26.º, n.º 2, da Diretiva *Whistleblower*), e dispensar desta obrigação tanto

³¹ Art. 8.º, n.º 7, da Diretiva *Whistleblower*. Nos termos do n.º 8 do art. 8.º da Diretiva, estas decisões, acompanhadas da respetiva fundamentação, devem ser notificadas à Comissão Europeia.

municípios com menos de 10 000 habitantes como entidades públicas com menos de 50 trabalhadores (art. 8.º, n.º 9, da Diretiva *Whistleblower*).

A eficácia dos canais de denúncia depende, em primeira linha, da receção do maior número possível de informações sobre violações do direito da União, razão pela qual se prevê a possibilidade de comunicação de denúncias por escrito – através do correio, caixas de reclamação física ou plataformas na internet – ou verbalmente – através do telefone, mensagem de voz ou ainda, a pedido do denunciante, através de reuniões presenciais marcadas num prazo razoável (considerando 53, art. 9.º, n.º 2, e art. 18.º da Diretiva *Whistleblower*). As denúncias podem ser recebidas diretamente pela organização ou por terceiros em nome desta – v. g. fornecedores de plataformas de denúncias externas ou consultores externos – que forneçam as devidas garantias de respeito pela independência, pela confidencialidade, pela proteção de dados e pelo sigilo (considerando 53 da Diretiva *Whistleblower*).

Uma das variáveis determinantes para o número de denúncias é a confiança na confidencialidade e na segurança do sistema de *whistleblowing*. Por esta razão, os canais de denúncia devem ser concebidos, instalados e operados de forma segura, impedindo o acesso de pessoal não autorizado à denúncia e, simultaneamente, garantindo que a confidencialidade das denúncias internas e o sigilo sobre a identidade dos denunciantes e dos terceiros mencionados na denúncia são protegidos (art. 9.º, al. a), e 16.º da Diretiva *Whistleblower*). Aos responsáveis pelo tratamento de denúncias deve ser prestada formação profissional específica³², em particular sobre as normas aplicáveis em matéria de proteção de dados³³.

³² O considerando 74 e o art. 12.º, n.º 5, da Diretiva *Whistleblower* aludem especificamente à obrigação de formação do pessoal responsável pelo tratamento de denúncias das autoridades públicas competentes (judiciárias ou administrativas) para a receção de denúncias externas.

³³ O tratamento de dados pessoais é realizado nos termos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento (UE), de 27 de abril de 2016) e da Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016 (considerando 83 e art. 17.º da Diretiva *Whistleblower*). O exercício de determinados direitos das pessoas visadas deve ser limitado por legislação nacional de modo a: i) prevenir e resolver tentativas de impedir denúncias; ii) impedir, frustrar ou atrasar o seguimento de denúncias, em particular investigações internas; iii) impedir tentativas de descobrir a identidade dos denunciantes (considerandos 84 e 85). Sobre este assunto, ainda que incidindo sobre o regime jurídico (entretanto revogado) resultante da Diretiva 95/46/CE, v. o Parecer n.º 1/2006, de 1 de fevereiro, do Grupo de Comissários Europeus de Proteção de Dados (Grupo do Artigo 29º), disponível (15.11.2020) em http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_pt.pdf, e a Deliberação da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 765/2009, de 21 de setembro de 2009, relativa aos princípios aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de comunicação interna de atos de gestão financeira irregular (Linhas de Ética), disponível (15.11.2020) em https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/DEL765-2009_LINHAS_ETICA.pdf.

Outra variável importante para a comunicação de denúncias é a percepção dos denunciantes sobre a independência e a imparcialidade do sistema de *whistleblowing*. Os conflitos de interesses são evitados se o funcionamento operacional do canal de denúncia for confiado a terceiros e mitigados quando atribuído em exclusivo a funcionário a quem é reconhecido um estatuto de independência na organização. Estes recursos (internos ou externos) podem ser partilhados por entidades do setor privado com 50 a 249 trabalhadores (art. 8.º, n.º 6, da Diretiva *Whistleblower*). Apenas entidades de pequena dimensão – que a Diretiva identifica como aquelas que têm menos de 50 trabalhadores –, podem confiar a gestão do canal de denúncia a alguém que, exercendo outras funções na organização, esteja hierarquicamente bem posicionado, como será o caso do chefe do gabinete de conformidade, do responsável pelos recursos humanos, do responsável pela integridade, do responsável jurídico, do encarregado de proteção de dados, do diretor financeiro, do auditor-chefe ou de um membro do conselho de administração (considerando 56 da Diretiva *Whistleblower*).

Uma última variável relevante para a comunicação de denúncias é o conhecimento do sistema de *whistleblowing* pelos trabalhadores e por outras pessoas que entrem em contacto com a organização através das suas atividades profissionais, como é o caso de prestadores de serviços, distribuidores, fornecedores e parceiros comerciais. Informações claras e facilmente acessíveis sobre os procedimentos de denúncia devem ser afixadas pela organização em local visível e acessível a estas pessoas e no respetivo sítio da internet, bem como objeto de ações de formação sobre ética e integridade (considerando 59 e art. 9.º, n.º 1, al. g), da Diretiva *Whistleblower*).

II. O “seguimento diligente” de denúncias (als. d) e e) do art. 9.º da Diretiva *Whistleblower*), incluindo de denúncias anónimas sempre que tal estiver previsto no direito nacional, determina a abertura de uma investigação interna. Esta deverá iniciar-se pela notificação ao denunciante da receção da denúncia no prazo de sete dias (art. 9.º, al. a), da Diretiva *Whistleblower*). No decurso da investigação, ao denunciante pode ser pedido, sempre que necessário, a prestação de mais informações (art. 9.º, al. c), da Diretiva *Whistleblower*).

O denunciante não está, em nenhuma circunstância, obrigado a prestar qualquer informação suplementar (considerando 58 da Diretiva *Whistleblower*). Em contrapartida, deve ser informado sobre a evolução da investigação, sobre o encaminhamento da denúncia para outros canais ou procedimentos, caso a denúncia afete

exclusivamente os seus direitos, bem como sobre o encaminhamento da denúncia para uma autoridade competente para investigação mais aprofundada (considerando 58 da Diretiva *Whistleblower*). No prazo de três meses, deve também ser informado sobre os resultados da investigação (art. 9.º, al. f), da Diretiva *Whistleblower*).

A investigação interna terminará com o arquivamento da denúncia, por falta de elementos de prova ou por outros motivos, ou com a adoção pela organização de medidas corretivas dos problemas encontrados. A ausência de notificação da tomada de medidas adequadas como consequência da denúncia, autoriza o denunciante, decorrido o prazo de três meses, a divulgar publicamente as informações comunicadas internamente (art. 15.º, n.º 1, al. a), da Diretiva *Whistleblower*).

A transmissão completa atempada de informações ao denunciante afigura-se, portanto, essencial para criar confiança na eficácia do sistema de proteção de denunciantes, para reduzir a probabilidade de denúncias externas e, especialmente, para impedir a divulgação pública desnecessária de informações prejudiciais para a reputação da organização (considerando 57 da Diretiva *Whistleblower*).

4. Considerações finais

A Diretiva *Whistleblower* impõe a adoção de normas mínimas de proteção de pessoas que denunciam violações do direito da União Europeia, não prejudicando a aplicação de normas de proteção nacionais mais favoráveis (art. 25.º da Diretiva *Whistleblower*) e muito menos de normas nacionais que alarguem a proteção de denunciantes prevista na Diretiva a violações do direito nacional (art. 2.º, n.º 2, da Diretiva *Whistleblower*). O fim último do legislador da União parece ser o de contribuir para o surgimento de um regime uniforme de proteção dos denunciantes de largo espectro nos Estados-Membros (considerando 5 da Diretiva *Whistleblower*). Esse será muito provavelmente o efeito da obrigação de adoção, a curto prazo, tanto por entidades privadas de média e de grande dimensão como pela generalidade do setor público, de sistemas de *whistleblowing* funcionais integrados em programas de ética e *compliance*. Em Estados-Membros como Portugal, tal resultará presumivelmente numa alteração substancial dos sistemas de *Whistleblowing* que nos últimos anos têm vindo a ser

estabelecidos sectorialmente em legislação avulsa, mas cuja efetividade permanece virtual³⁴.

Bibliografia

AMARAL, M. L. **A Forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional.** Coimbra editora, 2005.

BALLAN, E. J. Protecting whistleblowing (and not just whistleblowers). **Michigan Law Review**, 116, 2017. pp. 475-500.

BIEGELMAN, M. T. e D. R. BIEGELMAN. **Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption.** Wiley, 2010.

BRANDÃO, N. O whistleblowing no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, 161, 2020. 99-113.

BRITO, T. Q. d. *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: M. F. PALMA; A. S. DIAS, *et al.* (Ed.). **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.** Almedina, 2018. 57-100.

ENGELHART, M. **The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes.** ArchiS, 2018.

FERRELL, O. C.; J. FRAEDRICH e L. FERRELL. **Business ethics: ethical decision making and cases.** 11th ed.. Cengage Learning, 2017.

HODGES, C. J. S. e R. N. STEINHOLTZ. **Ethical business practice and regulation: a behavioural and values-based approach to compliance and enforcement.** Hart, 2017.

HOLT, M. F. **The Sarbanes–Oxley Act Overview and Implementation Procedures Manual.** Elsevier, 2005.

LLEDÓ BENITO, I. Los deberes de los administradores en relación com el cumplimiento normativo o compliance. In: A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Ed.). **Interés Social y Gobierno Corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas.** Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 123-155.

MEERTS, C. A. **Corporate Investigations, Corporate Justice and Public-Private Relations: Towards a New Conceptualisation.** Springer, 2019.

³⁴ Neste sentido, N. BRANDÃO. O whistleblowing no ordenamento jurídico português. **Revista do Ministério Público**, 161, 2020, pp. 109-110, que dá como exemplo a não obrigatoriedade de estabelecimento de canais internos de denúncia no setor público e a ausência de regulamentação do Banco de Portugal que assegure, nos termos do n.º 8 do art. 116.º-AA do RGICSF, a implementação pelas instituições de crédito e pelas empresas de investimento de sistemas internos de transmissão e seguimento de denúncias.

- NIETO MARTÍN, A. Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process. *In: Preventing Corporate Corruption*. Springer, 2014. p. 69-92.
- NIETO MARTÍN, A. La privatización de la lucha contra la corrupción. *In: L. ARROYO ZAPATERO e A. NIETO MARTÍN (Ed.). El derecho penal económico en la era Compliance*. Tirant lo Blanch, 2014. p. 191-210.
- PITTA SIMÕES, P. d. O Whistleblowing é um Caso de Polícia(s)? *In: M. F. ROLLO; P. M. GOMES, et al. (Ed.). Polícia(s) e Segurança Pública: História e Perspectivas Contemporâneas*: Museu da Polícia, 2020.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. Los procedimientos internos de denuncia como prevención de delitos ne la empresa. *In: J.-M. SILVA SÁNCHEZ e R. MONTANER FERNÁNDEZ (Ed.). Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros Jurídicos, 2013. 161-196.
- SAAD-DINIZ, E. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SOLTES, E. F. Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms. **NYU Journal of Law & Business**, 14, 3, 2018. 965-1011.
- TREVIÑO, L. K. e K. A. NELSON. **Managing business ethics: straight talk about how to do it right**. 5th ed. Wiley, 2011.
- WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. **Yale Law Journal**, 100, 1991. 2403-2483.