

## Comentários à Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União

Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos<sup>1</sup>

Tania Nemer<sup>2</sup>

---

### 1. Introdução

A Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas (*whistleblowers*)<sup>1</sup> que denunciam violações do direito da União<sup>2</sup> foi publicada em 26 de novembro de 2019 e entrou em vigor no mês de dezembro do mesmo ano.<sup>3</sup> Os legisladores europeus contam no âmbito nacional com dois anos<sup>4</sup> para transpor as disposições desta diretiva para as regulamentações nacionais de proteção aos denunciantes.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Dr. Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M. é Senior Legal Counsel e Compliance Officer na OSRAM GmbH, em Munique, Alemanha.

<sup>2</sup> Tania Nemer é Community Outreach Prosecutor no Summit County Prosecutor's Office em Ohio, Estados Unidos da América (USA).

<sup>1</sup> Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas e terceiros, que denunciam violações do direito da União.

<sup>2</sup> Direito da União entendido como Direito da União Européia.

<sup>3</sup> A Diretriz Européia entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 2019.

<sup>4</sup> Até o dia 17 de dezembro de 2021, todos os países da União Européia terão que haver transposto as disposições da Diretiva em seus ordenamentos jurídicos nacionais.

<sup>5</sup> Resolution 2300, 2019, Improving the protection of whistleblowers all over Europe: All EU member countries will be legally required to transpose this directive into their national law within two years from its entry into force. However, the member States of the Council of Europe that are not, or not yet, members of the EU also have a strong interest in drawing on the draft directive with a view to adopting or updating legislation in accordance with the new European standards.

A inserção de canais de denúncia em programas de conformidade não é matéria nova e se configura como elemento essencial da formação estrutural, assim como da efetividade da Compliance.<sup>6</sup>

O trabalho com denunciantes em empresas multinacionais é multifacetado e único, seja em virtude da matéria em si objeto da denúncia e de análise e investigação pelo Compliance Officer local, seja através dos mais diversos tipos de cultura a que pertencem os denunciantes, ou pelo número e qualidade de funções de pessoas envolvidas na denúncia (o que requer tempo no preparo e condução de entrevistas), ou pelo impacto causado ou que possa vir a causar a denúncia apresentada pelo denunciante em relação à empresa.

No que diz respeito à identificação de riscos, canais de denúncia são meios de ajuda na identificação de infrações empresariais.<sup>7</sup> Assim, é recomendado a todas as empresas, mesmo as que são regidas por forma jurídica empresarial que dispense a constituição de um sistema de Compliance e independente da nova diretiva europeia de proteção a *whistleblowers*, que estabeleçam canais de denúncia, sejam eles alocados no departamento de pessoal, jurídico, auditoria, Conselho Fiscal, que estejam sob a direção do órgão de representação de funcionários, de um *Ombudsmann* ou do próprio departamento de Compliance.<sup>8</sup> As denúncias podem ser feitas pelo empregado por telefone, por e-mail, online, ou seja, através do próprio canal de denúncias publicado na internet e/ ou intranet da empresa, por correio escrito, de forma direta ao seu superior hierárquico, ao Compliance Officer da subsidiária em questão, ao Chief Compliance Officer, a um *Ombudsmann* (em existindo) ou através do contato com o funcionário competente pelo recebimento da denúncia, em se tratando de departamento diverso do seu.

A exposição de motivos da proposta da Diretiva elenca efeitos econômicos positivos com a inserção de regras de proteção a denunciante: Estudos levados a cabo pela Comissão Europeia em 2017 constataram que, apenas no âmbito dos contratos públicos, as perdas anuais de potenciais benefícios para o bom funcionamento do mercado único seriam da ordem de 5,8

---

<sup>6</sup> Vitorino Clarindo dos Santos, Jorgete, Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, 2013, P. 58.

<sup>7</sup> Kremer/ Klarhold, ZGR 2010, P. 113, 132.

<sup>8</sup> Em alguns países e culturas, canais de denúncia também podem ser vistos de forma suspeita, uma vez que o caráter de delação de um colega de trabalho para com o outro, tira dele a confiança que deve existir para que seu uso sirva na descoberta e posterior tratamento de infrações empresariais de maneira eficaz. Nesse sentido: Deiseroth/ Derleder, Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, P. 248; Mahnhold, “Global Whistle” order “deutsche Pfeife” - Whistleblower-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, P. 737 e seguintes.

a 9,6 bilhões de euros.<sup>9</sup> Além disso, apenas no que diz respeito ao impacto no orçamento da União Européia, quanto à prevenção contra a fraude e a corrupção, estima-se que o atual risco de perda de receitas se situe entre 179 e 256 bilhões de euros por ano.<sup>10</sup> A proteção aos denunciantes também deve contribuir para uma tributação mais efetiva na União Européia, combatendo a elisão fiscal. A última resulta em perda de receitas fiscais para os Estados-Membros e a União em cerca de 50 a 70 bilhões de euros por ano.<sup>11</sup> Conforme prevista na Diretiva, a proteção aos denunciantes será igualmente crucial para evitar o desvio de armas de fogo, suas partes, componentes e munições, assim como de produtos relacionados com a defesa, uma vez que encorajará a denúncia de violações do direito da União, como a fraude documental, a alteração de marcações e a aquisição fraudulenta de armas de fogo dentro da União em que as violações consistem, frequentemente, no seu desvio do mercado legal para o ilegal.<sup>12</sup> Também no que toca a empresas de fabricação de produtos, a União Européia estima que elas constituam a principal fonte de prova, do que resulta que as denúncias feitas por *whistleblowers* nessas empresas têm um elevado valor acrescentado, face ao seu privilégio no acesso de informações sobre eventuais práticas desleais ou ilícitas de fabricação, importação ou distribuição de produtos.<sup>13</sup>

No tocante à incidência orçamental para a implementação do sistema de denúncias no setor público, a União Européia prevê custos superiores a 204,9 milhões de euros de custos únicos e 319,9 milhões de euros de custos operacionais anuais.<sup>14</sup> Para médias e grandes empresas do setor privado, os custos deverão ser superiores a 542,9 milhões de euros de custos únicos e operacionais anuais em torno de 1.016,9 milhões de euros.<sup>15</sup>

Para assegurar que os efeitos positivos acima elencados quanto à implementação de um sistema de *whistleblowing* europeu se concretizem, a União Européia definiu um conjunto de normas jurídicas mínimas comuns que proporcionem uma sólida proteção contra atos de retaliação dirigidos a denunciante, sem que os últimos tenham que arcar com desvantagens,

---

<sup>9</sup> Milieu, *Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement*, 2017.

<sup>10</sup> Proposta da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.

<sup>11</sup> Proposta da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.

<sup>12</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 2.

<sup>13</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 2.

<sup>14</sup> Proposta da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.

<sup>15</sup> Proposta da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10.

sejam essas de ordem pessoal ou econômica.<sup>16</sup> É inegável que denúncias trazidas ao domínio público podem inserir um marco antes não previsto e incorrigível na biografia de denunciantes, não apenas de Edward Snowden<sup>17</sup>, como Margrit Herbst<sup>18</sup>, Chelsea Manning<sup>19</sup>, Daniel Ellsberg<sup>20</sup>, Miroslav Strecker<sup>21</sup>, entre tantos outros, cujas denúncias ganharam o domínio público.<sup>22</sup> Reações das mais diversas e de grande impacto a denúncias feitas por *whistleblowers* podem acarretar a perda financeira, de trabalho, afetar a vida privada e até mesmo a saúde. Ainda em situações em que o denunciante age de boa-fé, corre o risco de ser publicamente julgado e ter a sua fama manchada por falta de proteção. O mesmo pode ainda ser levado a completa isolamento, ter a vida arruinada, ter que pagar com a própria vida ou com a da de seus familiares. Em virtude disso, a União Européia prevê em nova diretiva uma melhor proteção a *whistleblowers*, através da implementação de um sistema tripartite de denúncias.

---

<sup>16</sup> Cf. Recomendação CM/Rec (2014) 7 do Conselho da Europa, de 30 de abril de 2014, sobre a proteção dos autores de denúncias de irregularidades; Resolução 2171 (2017) da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, de 27 de junho de 2017.

<sup>17</sup> Edward Snowden é atualmente o denunciante norte-americano mais conhecido do mundo: Enquanto funcionário de uma empresa de consultoria externa a serviço da agência de inteligência da NSA, ele descobriu e tornou pública a vigilância do governo norte-americano através da internet. Em 2020, um Tribunal Federal americano decidiu que o programa de vigilância telefônica de inteligência americana denunciado por Snowden era ilegal. Para isso veja o [link](#).

<sup>18</sup> Margrit Herbst é uma médica veterinária alemã, que em 2001 recebeu o prêmio *whistleblower* da associação de cientistas alemãs, depois de haver descoberto e denunciado o início do escândalo da EEB (encefalopatia espongiforme bovina, conhecida como doença da vaca louca) na Alemanha durante os anos 90. Margrit identificou vários casos suspeitos em 1994. No entanto, seus superiores não apenas a ignoraram, como liberaram os animais infectados para abate e sua carne infectada entrou no mercado. Quando o número de bovinos com casos suspeitos da doença aumentou e a empresa continuou a ignorar os fatos, a médica deu uma entrevista na televisão na qual tornou públicos os casos de EEB. Veja para isso o [link](#).

<sup>19</sup> Chelsea Manning divulgou em 2013 relatórios de guerra, documentos militares classificados e despachos diplomáticos do Afeganistão e do Iraque para a plataforma WikiLeaks, tornando públicos os crimes de guerra cometidos pelo exército americano. Culpada por espionagem, passou sete anos na prisão, antes que o então presidente Barack Obama comutasse grande parte de sua pena. Veja para isso o [link](#).

<sup>20</sup> Daniel Ellsberg tornou público em 1971 os chamados Documentos do Pentágono, que revelaram inúmeras inverdades que a população americana escutara sobre a Guerra do Vietnã e os objetivos de guerra de vários governos dos EUA. Ellsberg, economista e ativista pela paz, conta hoje com 90 anos de idade. Assista para isso o [filme](#).

<sup>21</sup> Miroslav Strecker revelou em 2007 que determinada carne bovina de padrão inferior ao autorizado para o consumo havia sido reetiquetada e declarada como alimento. Durante o escândalo descobriu-se que a empresa, que posteriormente foi fechada, havia vendido 105 toneladas inteiras de resíduos de carne aos fabricantes de Döner (espetadas de carne) de Berlim. Veja para isso o [link](#).

<sup>22</sup> Dellling, CCZ 2019, P. 214. Trágico caso de *whistleblower* recente relatado pela imprensa antes do início da pandemia relativa ao Corona-vírus é o do médico chinês, Dr. Li Wenliang, que avisou sobre a existência da chegada do vírus, e por escrito requereu que seus colegas médicos, fizessem o uso de máscaras de proteção nasal-bucal. O governo chinês obrigou seu comparecimento na estação policial local, sob alegação de propagação de informações falsas. Infelizmente Dr. Li Wenliang faleceu vítima do Corona-vírus. Para curta reportagem do Tagesschau alemão publicado em 07 de fevereiro de 2020, clique no [link](#). O último foi acessado pela última vez em 20 de maio de 2021.

## 2. Conteúdo da Diretiva Européia de Proteção a Whistleblowers e Terceiros

O principal conteúdo da Diretiva Européia é proteger denunciante de boa-fé obedecendo o seguinte sistema: Primeiramente, através da garantia da proteção da identidade do denunciante. Por outro lado, sendo a identidade do denunciante conhecida, a Diretiva prevê medidas que o protegem de tal forma, que ele não deve temer represálias em seu ambiente profissional. Finalmente, a Diretiva regula a proteção do denunciante da imputação de responsabilidade ou punição.<sup>23</sup>

### 2.1 Âmbito de Aplicação Pessoal

O legislador europeu demonstrou esforços na garantia de uma proteção o mais larga possível a denunciantes.

Seguindo a norma européia, quase todo tipo de pessoa natural pode ser enquadrada na definição legal do art. 5, 7, contando que satisfaça o pré-requisito do vínculo de trabalho com uma empresa ou o Estado.<sup>24</sup> A efetiva aplicação do Direito da União, requer que a proteção seja concedida a um leque tão vasto quanto possível de categorias de pessoas, que independentemente de serem cidadãos da União ou nacionais de países terceiros, por força das suas atividades profissionais, independentemente da natureza dessas atividades e de serem ou não remuneradas, têm um acesso privilegiado a informações sobre violações, cuja denúncia seja do interesse público e que podem vir a sofrer atos de retaliação se as denunciarem.<sup>25</sup>

No que toca à aplicação pessoal e de acordo com o art. 4, no. 2 da Diretriz Européia, a mesma protege também denunciantes que, no setor público ou privado, comuniquem ou divulguem informações sobre violações que tenham tomado conhecimento durante a existência de uma relação profissional, que entretanto haja terminado. Igualmente aplica-se a Diretiva àqueles denunciantes cuja relação profissional não se tenha ainda iniciado, nos casos em que as informações sobre violações tenham sido obtidas durante o processo de recrutamento ou noutras fases de negociações pré-contratuais.

---

<sup>23</sup> Garden/ Hiéramente, BB 2019, P. 963 - 965.

<sup>24</sup> Diretriz Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 5. Definições, 7) “Denunciante”, uma pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais.

<sup>25</sup> Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

O âmbito de aplicação pessoal não se limita a empregados ativos, de acordo com o art. 45 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>26</sup>, englobando ainda condições de trabalho atípicas, como a de trabalhadores temporários, não assalariados, titulares de participações sociais, pessoas pertencentes a órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, incluindo membros não executivos, assim como voluntários, candidatos a vagas de emprego, estagiários que sejam remunerados ou não, quaisquer pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, sub-contratantes e fornecedores. Incluídos nesse catálogo se encontram ainda facilitadores<sup>27</sup>, terceiros que estejam ligados aos denunciante e que possam ser alvo de retaliação num contexto profissional, tais como colegas ou familiares dos denunciante, assim como entidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciante, para as quais os últimos trabalhem ou com as quais estejam de alguma forma ligados num contexto profissional. Em situações em que pessoas casadas trabalhem para o mesmo empregador e confirmem ser uma delas *whistleblower*, a outra também goza de proteção legal, caso o denunciante seja demitido ou de alguma outra forma prejudicado pelo empregador.<sup>28</sup> Assim, a exposição de motivos da Diretriz Europeia no. 81 esclarece que, as pessoas que efetuarem diretamente uma divulgação pública, também deverão beneficiar-se de proteção, se tiverem motivos razoáveis para crerem que, em caso de denúncia externa, exista um risco de retaliação ou uma perspectiva diminuta em que os elementos de provas possam ser ocultados ou destruídos, ou em que uma autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou estar envolvida na violação em si.

<sup>26</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Part Three: Union Policies and Internal Actions - Title IV: Free Movement of Persons, Services and Capital - Chapter 1: Workers - Article 45 (ex Article 39 TEC)

1. Freedom of movement for workers shall be secured within the Union.
2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.
3. It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:
  - (a) to accept offers of employment actually made;
  - (b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;
  - (c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;
  - (d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission.
4. The provisions of this Article shall not apply to employment in the public service.

<sup>27</sup> Diretriz Europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 5. Definições, 8) “Facilitador” é uma pessoa singular ou coletiva referida na denúncia ou na divulgação pública como autora da violação ou que a esta seja associada.

<sup>28</sup> Diretriz Europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, art. 4.

A Diretriz também assegura proteção em seu art. 4, no. 4, alínea a) ao facilitador, sendo esse definido como pessoa singular, que auxilia um denunciante no procedimento de denúncia em um contexto profissional, e cujo auxílio deve ser confidencial. A norma europeia prevê ainda proteção em seu art. 4, no. 4, alínea c) a entidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciadores, para as quais os mesmos trabalhem ou com as quais estejam de alguma forma ligados em um contexto profissional.

## 2.2 Âmbito de Aplicação Legal

No que diz respeito à aplicação legal, a Diretiva Europeia relativa à proteção de *whistleblowers* elenca de forma enumerativa as áreas legais nas quais a proteção aos denunciadores é garantida, não harmonizando assim totalmente a proteção dos mesmos.<sup>29</sup> A aplicação legal da Diretiva abrange violações no âmbito de aplicação dos atos da União Europeia indicados no art. 2, no. 1, alínea a), que dizem respeito aos seguintes domínios: Contratação pública, serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção da lavagem de capitais e do financiamento do terrorismo, segurança e conformidade dos produtos, segurança de transportes, proteção ao meio-ambiente, proteção contra radiações e segurança nuclear, segurança dos gêneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal, saúde pública, defesa do consumidor, proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação. Adicionalmente a alínea b) prevê proteção em se tratando de infrações oriundas de violações lesivas dos interesses financeiros da União Europeia, a que se refere o artigo 325 do TFUE e especificadas em medidas da União aplicáveis.<sup>30</sup> Além disso,

---

<sup>29</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2020, P. 2.

<sup>30</sup>

### **Article 325 TFUE:**

1. The Union and the Member States shall counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the Union through measures to be taken in accordance with this Article, which shall act as a deterrent and be such as to afford effective protection in the Member States, and in all the Union's institutions, bodies, offices and agencies.
2. Member States shall take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the Union as they take to counter fraud affecting their own financial interests.
3. Without prejudice to other provisions of the Treaties, the Member States shall coordinate their action aimed at protecting the financial interests of the Union against fraud. To this end they shall organise, together with the Commission, close and regular cooperation between the competent authorities.
4. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, after consulting the Court of Auditors, shall adopt the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Union with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States and in all the Union's institutions, bodies, offices and agencies.

também enumeradas na alínea c) estão as violações relacionadas com o mercado interno, a que se refere o art. 26, no. 2 do TFUE, inclusive violações das regras da União de concorrência e de auxílios estatais, bem como violações relacionadas com o mercado interno relativamente a atos que violem normas de fiscalidade societária ou a práticas cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais que contrariem o objetivo ou a finalidade do direito fiscal societário.<sup>31</sup>

Não existe proteção ao denunciante em denúncias feitas a temas éticos ou violação geral de contratos, tampouco a diretrizes empresariais internas, a não ser que as violações constituam também infrações a leis elencadas na Diretriz.<sup>32</sup>

Aos Estados Membros da União Européia é permitido alargarem a proteção, nos termos do direito nacional, no que toca a domínios ou atos não abrangidos no art. 2 da Diretiva. Isso pode ser feito através da criação de uma lei nacional com proteção a denunciantes, que também pode se aplicar a denúncia de violações nacionais.

### 3. Obrigação do Estabelecimento de Canais de Denúncia Interna

A principal novidade surgida com a entrada em vigor da Diretiva Européia de proteção a *whistleblowers* é a obrigação do estabelecimento de canais de denúncia interna. De acordo com o art. 8 da Diretiva, entidades jurídicas dos setores público e privado, contando pelo menos com 50 ou mais trabalhadores, são legalmente obrigadas a estabelecer canais de denúncia interna. Ao legislador nacional cabe decidir livremente pelo estabelecimento dos referidos canais para entidades que empregam inclusive menos que 50 trabalhadores. Em virtude dos custos<sup>33</sup> e do complexo aparato administrativo que canais de denúncia trazem consigo, vale

---

5. The Commission, in cooperation with Member States, shall each year submit to the European Parliament and to the Council a report on the measures taken for the implementation of this Article.

<sup>31</sup>

#### Article 26 TFUE:

1. The Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market, in accordance with the relevant provisions of the Treaties.
2. The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties.
3. The Council, on a proposal from the Commission, shall determine the guidelines and conditions necessary to ensure balanced progress in all the sectors concerned.

<sup>32</sup> Bachmann/ Kremer e outros em Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), Compliance Management System, Whistleblowing, 2021, Rn. 28.

<sup>33</sup> Proposta da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2018, P. 10: Prevê-se que os custos de implementação de canais de denúncias para o setor privado (médias e grandes empresas) ascendam a 542,9 milhões de euros de custos únicos e 1.016,5 milhões de euros de custos operacionais anuais. Quanto ao setor público, prevê-se que os custos de implementação ascendam a 204,9 milhões de euros de custos únicos e 319,9 milhões de euros de custos operacionais anuais.

explicitar que a decisão de se seguir ou não o disposto na Diretriz no setor privado, deve ser proporcional à dimensão empresarial e aos riscos que sua atividade apresenta para o interesse público.<sup>34</sup> Sem prejuízo dos Estados-Membros poderem incentivar as entidades jurídicas do setor privado com menos de 50 trabalhadores a estabelecer canais de denúncia menos prescritivos do que os estabelecidos na Diretriz, os mesmos canais devem ser capazes de assegurar a confidencialidade e o seguimento diligente da investigação.

No que toca ao setor público, os Estados-Membros podem dispensar da obrigação de se estabelecer canais de denúncias a cidades ou municípios com menos de 10.000 habitantes ou menos de 50 trabalhadores atuantes no órgão público. Além disso, também é possível dispor no âmbito nacional que os canais de denúncia possam ser partilhados por autoridades comuns, desde que os canais de denúncia internamente partilhados sejam distintos e autônomos, relativamente aos canais de denúncia externamente aplicáveis.

Estudos empíricos mostram que a maioria dos denunciantes tende a denunciar internamente, na organização em que trabalha.<sup>35</sup> A denúncia interna é também a melhor forma de fazer chegar as informações às pessoas que podem contribuir para a eliminação rápida e eficaz dos riscos para o interesse público.<sup>36</sup>

#### 4. Obrigação do Estabelecimento de Canais de Denúncia Externa

A Diretriz Europeia de proteção a *whistleblowers* prevê em seu art. 10 a criação de canais de denúncia externas pelos Estados-Membros europeus, tendo os últimos que designar autoridades competentes para receber, dar retorno de informação e seguimento a denúncias, além de dotar as autoridades dos recursos adequados para a realização desse fim. A regra é silente quanto à interpretação do que vem a ser “recursos adequados”. Fato é que o preenchimento das exigências a que se refere a norma jurídica só é possível, através da criação de uma forma organizacional independente e autônoma, na forma de uma separação na organização dos canais de informação geral das autoridades, garantindo a integridade e tratamento confidencial dos relatórios recebidos, incluindo seu armazenamento duradouro, bem como o desempenho de uma função de informação pública abrangente no que diz respeito à

---

<sup>34</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.

<sup>35</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

<sup>36</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

estrutura legal e às referências processuais gerais.<sup>37</sup> Adicionalmente faz-se necessário que as autoridades competentes designem pessoal particularmente treinado para lidar com o tratamento de denúncias, e em especial que o último tenha condições técnicas de prestar a todas as pessoas interessadas informações sobre os procedimentos de denúncia, receber e dar seguimento às mesmas, manter contato com o denunciante (para efeitos de dar retorno da informação) e solicitar informações adicionais, se necessário.<sup>38</sup>

## 5. Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação

A Diretriz Européia de proteção a *whistleblowers* prevê em par de igualdade o uso de canais de denúncias interno e externo. O chamado terceiro degrau de denúncia - denúncia feita ao público (ex. à imprensa) - permanece subsidiário aos dois anteriormente mencionados. A origem disso se dá na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre a proteção das fontes na imprensa. Segundo a Suprema Corte, a proteção da fonte jornalística não é simplesmente um privilégio, mas um componente essencial de uma imprensa livre. A proteção das fontes e a proteção das denúncias estão intimamente ligadas.<sup>39</sup> Assim, a Diretriz Européia dá continuação à argumentação do TEDH enfraquecendo a necessidade de se oferecer a denúncia inicialmente a um canal interno.<sup>40</sup>

De acordo com o art. 10 da Diretriz, os denunciantes podem comunicar informações sobre violações diretamente às autoridades, sem haver antes denunciado fatos internamente, por exemplo, em empresas onde trabalham ou tenham trabalhado. No entanto, seguindo o que rege o art. 7 da Diretriz, a regra é a de que a denúncia deva primeiramente ser feita ao canal interno, antes de se proceder à denúncia através de canais externos, em todos os casos em que a violação possa ser eficazmente resolvida a nível interno e sempre que o denunciante considere

---

<sup>37</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 3.

<sup>38</sup> Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 29: O pessoal das autoridades competentes que é responsável pelo tratamento das denúncias, deverá ter formação profissional, nomeadamente sobre as normas aplicáveis em matéria de proteção de dados, para tratar das denúncias e assegurar a comunicação com os respectivos denunciante, bem como para dar o seguimento adequado à denúncia.

<sup>39</sup> EGMR, de 21.07.2011 - 28274/08.

<sup>40</sup> Jahn, NWJ-aktuell 20/2019, P. 20.

não existir risco de retaliação. Cabe aos Estados-Membros, com isso, incentivar a denúncia através de canais internos de denúncias.<sup>41</sup>

Questionável nesse contexto é como se harmonizar uma exigência do uso prioritário de um canal interno, onde inexistente o dever legal de fazê-lo. Juridicamente pode-se argumentar no sentido da criação de standards legais de confidencialidade de grau ainda superior aos já existentes a nível Europeu para denunciante, assim como o alargamento através da inserção de uma regra de “anistia” no parágrafo do Código Penal que regulamenta os efeitos da aplicação da pena no que diz respeito à contribuição para a descoberta de crimes graves, na lei alemã prevista no Código Penal (StGB) no § 46.<sup>42</sup> Tomando a Alemanha apenas a título de exemplo, e sem nenhum prejuízo de outras regras dispostas em outros ordenamentos jurídicos europeus, seria necessário promover a comparação dos crimes objeto da Diretriz de proteção a

<sup>41</sup> Esta fórmula de compromisso decorre do fato de que alguns Estados-Membros, como a Alemanha e a França, terem sido a favor de uma prioridade obrigatória para a denúncia interna, mas não terem conseguido se impor na formação do acordo. Nesse sentido Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 4.

<sup>42</sup> No Brasil o § 46 StGB traz regras similares à confissão espontânea, prevista no art. 65, alínea d) do Código Penal Brasileiro, assim como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, conhecidos como tentativa abandonada e previstos no art. 15 do mesmo código.

Compare Hiéramente/ Ullrich, jurisPR-StrafR 25/2019 Anm. 1; zum Spannungsverhältnis zwischen DS-GVO-Auskunftsrechten und Whistleblowerschutz: Dzida, BB 2019, 3060, P. 3066 mit Verweis auf LAG Baden-Württemberg de 20.12.2018 - 17 Sa 11/18, NZA-RR 2019, P. 242 = NZA 2019, P. 711 Ls;

#### **§46 b StGB Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten**

(1) Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist,

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder
2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann, kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschließlich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. Für die Einordnung als Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist, werden nur Schärfungen für besonders schwere Fälle und keine Milderungen berücksichtigt. War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nr. 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. Anstelle einer Milderung kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Straftat ausschließlich mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat.

(2) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und den Umfang der offenbarten Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung, das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Täter und die Schwere der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, sowie
2. das Verhältnis der in Nummer 1 genannten Umstände zur Schwere der Straftat und Schuld des Täters.

(3) Eine Milderung sowie das Absehen von Strafe nach Absatz 1 sind ausgeschlossen, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 der Strafprozessordnung) gegen ihn beschlossen worden ist.

*whistleblowers* e terceiros com os previstos no § 100 do Código Processual Alemão (StPO), considerados crimes graves e garantir também a esses crimes as garantias trazidas pela nova diretriz.

Quanto à prática empresarial, é de suma importância que canais de denúncia sejam comunicados em toda a empresa ou grupo empresarial (em se tratando de conglomerados empresariais) e para todos os funcionários, independentemente de sua hierarquia, de forma clara e simples. Seu uso e regras devem estar disponíveis não apenas em diretrizes internas da empresa, como também na intranet, em página interna dedicada a isso. Além disso, a credibilidade do canal de denúncias começa com o “tone from the top”, em que a diretoria geral reconheça o canal e o propague dentro da empresa de forma positiva e credível. Adicionalmente, é dever do Compliance Officer ou do especialista da área de Compliance endereçar o assunto em treinamentos a funcionários, mas também através de newsletters, competições internas, testes, risk assessments, medidas internas de comunicação, na avaliação anual de funcionários em condicionamento ao recebimento de parte do bônus, entre outras. Sobretudo é necessário deixar claro para os empregados o caráter confidencial no uso do canal de denúncia interno, criando segurança em seu uso, assim como no tratamento da denúncia.<sup>43</sup> Quanto maior a sua confiança no uso do canal, maior a chance dele ser usado. Isso poderá levar empregados a preferirem usar o canal interno antes de se dirigirem a órgãos externos.

Existe entendimento na literatura, de que o oferecimento de vantagem financeira ao *whistleblower* possa encorajá-lo a “quebrar o muro do silêncio” na preferência do uso do canal interno.<sup>44</sup> No entanto, essa forma de oferecimento de vantagem, pode criar uma atmosfera de desconfiança, além de ser pouco centrada no êxito empresarial, razão pela qual não deva ser seguida.<sup>45</sup>

Os artigos 13 e 15 da Diretriz regulam a possibilidade de proteção no oferecimento da denúncia às autoridades públicas e à imprensa apenas como *ultima ratio*. De acordo com o

---

<sup>43</sup> Para maiores informações quanto à implementação de sistemas de *whistleblowers* em empresas europeias, veja estudo suíço sobre a prática do procedimento de desenvolvimento de proteção a denunciante no link: [www.whistleblowingreport.de](http://www.whistleblowingreport.de)

<sup>44</sup> Granetzny/ Krause, CCZ 2020, P. 29; Schmolke, NZG 2020, 5-11; Dzida, NZA Editorial 23/2012.

<sup>45</sup> Não existe na Alemanha incentivo legal de pagamento de prêmios a informantes. O lado positivo gerado pela parte financeira consiste na tentativa de motivação do denunciante em usar o canal de denúncia interno, ao invés de se voltar, primeiramente, ao canal de denúncia externo. Ou através da motivação de denunciante que já não mais trabalham para a empresa, cuja infração de regra interna ou lei chegou a seu conhecimento durante o período da existência do contrato de trabalho.

prescrito, aquele que fizer a denúncia pública à imprensa beneficia-se de proteção, desde que se verifique ter inicialmente efetuado uma denúncia interna ou externa, sem que tenham sido tomadas medidas adequadas como consequência da denúncia no prazo legal. Além disso, a informação sobre a infração deve ser publicada quando se tenha motivos para crer que a violação constitua perigo iminente ou manifesto para o interesse público (em situação de emergência) ou de risco irreversível, ou que exista um risco de retaliação, perspectiva diminuta de que a violação seja resolvida de forma eficaz, ou em situações em que os elementos de prova podem ser ocultados ou destruídos, ou ainda em hipóteses em que uma autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou estar envolvido na mesma.

Indiscutível é o fato de que com a inserção do sistema tripartite de denúncia a nível europeu, a possibilidade do denunciante se volver ao órgão público anteriormente à empresa, traz consigo enormes riscos à reputação da última. Aparece ser duvidosa a possibilidade externa incondicional que o oferecimento de denúncias diretamente às autoridades públicas equilibre adequadamente os interesses conflitantes do interesse público no processo e liberdade de expressão do denunciante, de um lado, e *pars pro toto*, os interesses econômicos da empresa.<sup>46</sup> Nesse sentido, a lição que fica para o legislador nacional é, sem sombra de dúvidas, cuidar para que haja suficiente apoio aos canais de denúncia internos.

## 6. Confidencialidade

A Diretiva requer dos Estados-Membros que os canais de denúncias sejam concebidos de tal forma, que não permitam acesso a pessoal não-autorizado para recebê-la, além de terem que assegurar a confidencialidade do denunciante e terceiros mencionados na denúncia.

No que diz respeito a canais internos, a confidencialidade é estatuída como mandamento e está direcionada sobretudo à identidade do denunciante e terceiros mencionados na denúncia, a fim de impedir o acesso de pessoal não autorizado, de acordo com o art. 9 da regra européia.

Quanto à canais externos, o art. 12 dispõe que os mesmos precisem ser concebidos, instalados e operados de forma a assegurar a exaustividade, integridade e confidencialidade das informações e a também impedir o acesso de pessoal não-autorizado. Dessa forma, ambos os

---

<sup>46</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

canais interno e externo oferecem a *whistleblowers* e terceiros a mesma proteção referente à sua identidade.

Questionável é ainda assim, se a proteção de dados pessoais a que se refere a Diretiva é absoluta ou se *whistleblowers* ou terceiros podem, em certos casos, ter seus dados revelados sob algumas circunstâncias.

O entendimento do art. 16 da Diretriz, é que os Estados-Membros precisam garantir que sem o explícito consentimento do denunciante, nenhum de seus dados pessoais, derivados ou não de sua identidade, sejam revelados a pessoa diferente daquela responsável pelo processamento da denúncia. No entanto, o parágrafo 2 do mesmo artigo dispõe que a identidade do *whistleblower* seja revelada, se uma obrigação necessária e proporcionada imposta pelo direito da União ou direito nacional, no contexto de uma investigação por autoridades nacionais ou processos judiciais existir, inclusive com vista a salvaguardar os direitos de defesa da pessoa visada. Em tendo sua identidade ou seus dados revelados, o denunciante terá que ser informado antes que a divulgação dos mesmos ocorra.

Nesse contexto a primeira decisão do LAG (Tribunal do Trabalho de Stuttgart), de 20 de dezembro de 2018, que julgou que empregados devam ter o direito de inspecionar arquivos em denúncias feitas por terceiros, as quais lhe digam respeito.<sup>47</sup> A mera promessa de manter a identidade em segredo não é, por si só, razão suficiente para uma retenção permissível de informações sobre o denunciante.<sup>48</sup>

A proteção da identidade e demais dados pessoais de *whistleblowers* não é absoluta. Ao contrário, o *whistleblower* deve contar com o fato de que sua identidade possa ser revelada, se ele a fizer constar da denúncia.

Esse posicionamento reflete a prática jurídica atual alemã. A forma mais segura de um *whistleblower* revelar a sua identidade é se dirigir a um advogado que atue enquanto *Ombudsmann* na resolução da denúncia. No entanto, o Tribunal Regional de Bochum decidiu em segunda instância, que os documentos que um advogado recebe, prepara e armazena enquanto *Ombudsmann* sobre as referências ou fatos recebidos do *whistleblower*, não são livres de apreensão, segundo o § 97, (1) no. 3 StPO (Código de Processo Penal alemão), uma vez que

---

<sup>47</sup> [LAG Stuttgart 20.12.2018 - 17 Sa 11/18.](#)

<sup>48</sup> Altenbach/ Dierkes, EU-Whistleblowing-Richtlinie und DSGVO, 2020, P. 129. Esse artigo não trata de regras específicas do Direito da Proteção de dados ou do Direito do Trabalho, que possam estar relacionadas com a Diretiva Européia.

a relação de mandato do *Ombudsmann* só existe para com a empresa e o denunciante não é considerado acusado, mas simplesmente testemunha.<sup>49</sup>

Na decisão do Jones Day, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão, a seguir Supremo Tribunal Federal) também declarou que a proibição de apreensão à luz do art. 97 (1) no. 3 StPO (Código de Processo Penal alemão) pressupõe uma relação de confiança entre a pessoa sujeita ao sigilo profissional e a pessoa acusada.<sup>50</sup> O § 160 a (1) no. 1 da mesma lei proíbe medidas de investigação contra advogados que presumivelmente produziriam conclusões ou provas sobre as quais eles estariam autorizados a se recusar a testemunhar.<sup>51</sup> Entretanto, de acordo com o § 160 a (5) da StPO, esta disposição é considerada

---

<sup>49</sup> Vitorino Clarindo dos Santos, Jorge, 2020, Palestra “Investigações Internas” no ICRio: <https://youtu.be/j8fAUKlizhU>; LG Bochum NStZ 2016, P. 500; Crítica feita por Park, *Beschlagnahme und Durchsuchung*, 4. Aufl. 2018, Rn. 545 e seguintes; Vogel/ Poth CB 2019, P. 45, sobretudo a 48; LG Hamburg NJW 2011, P. 942 (HSH Nordbank).

### § 97 StPO Beschlagnahmeverbot

Abs. 1 Der Beschlagnahme unterliegen nicht

3. andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt.

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2388, Rn. 83 ff; Crítica feita por Xylander/ Kiefner/ Bahlinger BB2018, P. 2953, sobretudo 2954.

<sup>51</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6.

### § 160a StPO

#### Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern

(1) 1Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder Nummer 4 genannte Person, einen Rechtsanwalt oder einen Kammerrechtsbeistand richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. 2Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. 3Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. 4Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen. 5Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine in Satz 1 in Bezug genommene Person richtet, von dieser Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

(2) 1Soweit durch eine Ermittlungsmaßnahme eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen; betrifft das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen. 2Soweit geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken. 3Für die Verwertung von Erkenntnissen zu Beweis Zwecken gilt Satz 1 entsprechend. 4Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, soweit die in § 53a Genannten das Zeugnis verweigern dürften.

(4) 1Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist. 2Ist die Tat nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar, ist Satz 1 in den Fällen des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 anzuwenden, sobald und soweit der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt ist.

regra acessória em relação ao § 97 do Código de Processo Penal, considerado *lex specialis*, no caso da apreensão.<sup>52</sup> Além disso, o interesse do Estado no Processo Penal prevalece sobre o interesse do cliente no que toca ao sigilo.<sup>53</sup> Desta forma, um denunciante (que não seja também acusado) e que procura um advogado enquanto *Ombudsmann* (e não enquanto advogado de defesa) deve temer, *de lege lata*, que sua identidade seja revelada, caso o escritório de advocacia que contratado, sofra as consequências de um mandado de busca e apreensão (em sendo o escritório objeto de busca e apreensão sobre o assunto, cujo denunciante relatou).<sup>54</sup> É preciso salientar, no que toca à confidencialidade da relação cliente-advogado, que o Supremo Tribunal Federal, em sua constante jurisprudência, geralmente estabelece altos padrões de exigência para a busca e apreensão em escritórios de advocacia, razão pela qual a mesma felizmente não configure prática cotidiana no país.<sup>55</sup>

O mesmo não se pode afirmar em relação a empresas, que não podem invocar a disposição do § 160 a, do Código de Processo Penal, que provavelmente será aplicável em quaisquer casos em que a busca não for também destinada a uma apreensão.<sup>56</sup>

Portanto, não é correto afirmar que os sistemas de denúncias baseados na internet ou intranet de empresas protejam melhor a confidencialidade das informações e o anonimato dos denunciantes, do que o uso de advogados enquanto *Ombudsmänner/ Ombudsleute*.<sup>57</sup> Isto porque as empresas que recebem denúncias ou relatos de *whistleblowers*, não podem invocar a confidencialidade da comunicação entre advogado e cliente, o que também é de interesse público, e assim, possivelmente atacar a falta de proporcionalidade de um mandado de busca e apreensão.<sup>58</sup>

---

(5) Die §§ 97, 100d Absatz 5 und § 100g Absatz 4 bleiben unberührt.

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2387, Rn. 73 e seguintes.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2389, Rn. 90.

<sup>54</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6, Rn. 218.

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2018, P. 2385, sobretudo 2386, Rn. 68; Park, *Beschlagnahme und Durchsuchung*, 4. Aufl. 2018, Rn. 828: „Das BVerfG verlangt insoweit für die Beschlagnahme bei Berufsgeheimnistägern eine „besondere verfassungsrechtliche Rechtfertigung.“

Das korrelierende Verbot der überschießenden“ Beweis- und Datengewinnung spielt in der Verfahrensrealität nur selten eine Rolle. Die Ermittlungsbeamten gehen hier sehr häufig mit der „Staubsaugermethode“ vor. Dies wirkt dann besonders schwer, wenn Grundrechte unbeteiligter Dritter betroffen sind.“

<sup>56</sup> Xylander/ Kiefner/ Bahlinger, BB 2018, P. 2953, sobretudo 2954; Dilling, CCZ 2019, P. 6, Rn. 218.

<sup>57</sup> Wiedmann/ Seyfert, CCZ 2019, P. 12, sobretudo 17; Dilling, CCZ 2019, P. 6.

<sup>58</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6.

Além disso, no caso de uma busca em escritório de um advogado, não se deve temer que as autoridades investigadoras possam fazer uso de seu poder discricionário e, de acordo com o § 110, Subseção 1, Código de Processo Penal, "examinar" todo o banco de dados e, além disso, também os documentos e informações de clientes e denunciante que não são diretamente afetados pela denúncia feita pelo *whistleblower*, o que não é necessariamente verdadeiro quanto a empresas.<sup>59</sup> Portanto, mais sensato é combinar as possibilidades técnicas oferecidas pelos sistemas de denúncia baseados na internet e os privilégios legais existentes para advogados, a fim de proporcionar a maior proteção possível aos denunciante, de tal forma que as informações transmitidas com segurança pelos mesmos, possam, da mesma forma, ser recebidas pelos advogados.<sup>60</sup> Estes também podem se colocar à disposição para as reuniões presenciais a que se refere o art. 9 § 2 da Diretriz.

Adicionalmente, de acordo com seu art. 3, no. 3, alínea b), a Diretriz não afeta a aplicação da legislação da União ou nacional no que diz respeito à proteção das obrigações de confidencialidade dos advogados e médicos.<sup>61</sup>

Ao mesmo tempo, geralmente pode acontecer no curso de investigações internas - se necessário após notificações internas de acordo com o art. 8 da Diretriz - que as autoridades de aplicação da lei "intervenham"<sup>62</sup> e apreendam documentos das empresas, o que pode ocasionar na revelação da identidade do denunciante.<sup>63</sup>

A confidencialidade da identidade do denunciante é, portanto, protegida apenas de forma muito limitada pelo art. 16 da Diretriz. Dessa forma, é particularmente alarmante que o art. 5, no. 2 da mesma deixe ao critério dos Estados-Membros a decisão de aceitar ou não relatórios anônimos e dar seguimento aos mesmos. Entretanto, se o denunciante não puder ter a certeza de que sua identidade será protegida, ele apresentará sua denúncia de forma anônima,

---

<sup>59</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6; Peters, NZWiST 2017, P. 465, sobretudo 467; Heinrich, wistra 2017, P. 219, sobretudo 223; Basar/Hiéramente, NStZ 2018, P. 681: Tradução livre do comentário dos autores, no original disponível na nota de rodapé no. 55: "A proibição correlata de provas excessivas e coleta de dados raramente desempenha um papel na realidade processual. Os investigadores muitas vezes procedem aqui com o "método do aspirador de pó". Isto tem um efeito particularmente severo, quando os direitos fundamentais de terceiros não envolvidos são afetados".

<sup>60</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6.

<sup>61</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6.

<sup>62</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6; Xylander/ Kiefner/ Bahlinger BB 2018, P. 2953, sobretudo 2956.

<sup>63</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6; Rieder/ Menne CCZ 2018, P. 203, sobretudo 205.

em caso de dúvida. Se tal denúncia anônima não for recebida e acompanhada como deve, ela falhará.<sup>64</sup>

Não obstante e de acordo com o art. 25, no. 1 da Diretriz, os Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições mais favoráveis aos direitos dos denunciante do que os dispostos na regra europeia. Como a salvaguarda da identidade do denunciante é uma preocupação central da Diretiva, isto deve ser absolutamente protegido na prática, para que os objetivos pretendidos pelo denunciante possam ser levados a cabo.<sup>65</sup> Assim, o conflito entre os interesses da aplicação da lei, por um lado, e a confidencialidade dos dados pessoais do denunciante de outro, deve ser resolvido de acordo com os objetivos da Diretiva, de forma que estes últimos estejam livres de apreensão.<sup>66</sup> Pois se é verdade que a denúncia muitas vezes falha devido à falta de confiança existente por parte dos denunciante, a resolução do fato só poderá ser bem sucedida se a sua identidade e seus dados pessoais forem protegidos e o denunciante possa ter a certeza de que assim permanecerá, em qualquer caso.<sup>67</sup>

## 7. Medidas de Proteção de Denunciante

### 7.1 Proteção Contra Represálias e Imputação de Responsabilidade e Punição

A carência de proteção adequada diante do previsto na Diretriz quanto à identidade do denunciante já foi exaustivamente tratada no ponto 6 deste artigo.

De acordo com o previsto no art. 19 da Diretriz, os Estados-Membros devem proibir qualquer forma de retaliação contra denunciante.

A definição do que vem a ser retaliação está prevista no art. 3, no. 12 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União. Segunda esta, “retaliação” é qualquer ameaça, omissão ou ato,

---

<sup>64</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6; Bitmann/ Brockhaus/ v. Coelln/ Heuking, NZWiST 2019, P. 1, sobretudo 5.

<sup>65</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 6.

<sup>66</sup> Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 47. Tradução livre do comentário dos autores: "A apreensão de relatos de denunciante desorganiza a arquitetura de um sistema de denúncia eficaz e funcional".

<sup>67</sup> Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 47. Tradução livre do comentário dos autores: "Denunciante que não podem confiar na preservação de seu anonimato raramente denunciarão violações de lei por medo de represálias, independentemente do nível de proteção legal, para não se exporem a acusações de denúncia (muro de silêncio)". Dilling, CCZ 2019, P. 6. Bitmann/ Brockhaus/ v. Coelln/ Heuking, NZWiSt, 2019, P. 1, sobretudo 5. Tradução livre do comentário dos autores: "Entretanto, no contexto da denúncia, há uma necessidade urgente de reconhecer o direito dos *Ombudsmänner/Ombudsleute* ao silêncio e à liberdade de apreender seus documentos, pois a eficácia de um sistema de denúncia depende do anonimato dos denunciante".

proferidas ou praticado em consequência da denúncia interna ou externa, que ocorra em contexto profissional e cause ou possa causar prejuízos injustificados ao denunciante.

Os prejuízos estão também listados pelo legislador no art. 19, incluindo particularmente a suspensão, despedimento, despromoção ou não promoção, alteração de funções, alteração do local de trabalho, redução de salários e alteração do horário de trabalho, recusa de formação, avaliação negativa de desempenho ou referência negativa para fins de emprego, imposição ou administração de qualquer medida disciplinar, admoestação ou outra sanção, (incluindo a financeira) coação, intimidação, assédio ou ostracização, discriminação, desfavorecimento ou tratamento injusto, não conversão de um contrato de trabalho temporário em um contrato permanente, sempre que o trabalhador tiver expectativas legítimas de que lhe seria oferecido emprego permanente, não renovação ou rescisão antecipada de um contrato de trabalho temporário, danos, inclusivamente à sua reputação, nomeadamente nas redes sociais, ou perda financeira, incluindo perda de negócios e perda de rendimentos, inclusão em lista negra, com base em acordo formal ou informal à escala setorial, que possa implicar a impossibilidade de, no futuro, os denunciantes encontrarem emprego no setor ou na indústria, rescisão antecipada ou resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, revogação de licença ou autorização, assim como encaminhamento para tratamento psiquiátrico médico.

É indispensável haver o nexo causal entre as medidas elencadas e a denúncia do *whistleblower*, ou seja, uma estreita ligação entre a denúncia e o tratamento desfavorável sofrido, direta ou indiretamente pelo denunciante, de forma a esse tratamento desfavorável ser considerado um ato de retaliação e, conseqüentemente, o denunciante poder beneficiar-se da proteção jurídica nesse contexto.<sup>68</sup>

A proteção contra a retaliação como meio de salvaguardar a liberdade de expressão e a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social é concedida tanto a pessoas que comuniquem informações sobre atos ou omissões dentro de uma organização (através de uma denúncia interna), quanto à uma autoridade externa (através da denúncia externa), como à pessoas que disponibilizem essas informações na esfera pública, por exemplo, diretamente ao público, através de plataformas em linha ou redes sociais, ou aos meios de comunicação social,

---

<sup>68</sup> Exposição de motivos da Diretiva Europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.

representantes eleitos, organizações da sociedade civil, sindicatos ou organizações empresariais e profissionais.<sup>69</sup>

No que concerne a imputação de responsabilidade, a mesma está regulamentada no art. 21, no. 2 da Diretriz, segundo o qual à *whistleblowers* não será imputada qualquer tipo de responsabilidade, desde que os mesmos tenham motivos razoáveis para crer que a comunicação ou divulgação pública de suas informações foi necessária para revelar uma violação nos termos da Diretriz, especialmente em matérias previstas no art. 21, no. 7, nomeadamente em processos judiciais por difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou que tenham por objeto pedidos de indenização com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho.

As altas custas judiciais oriundas de contestação através da via judicial, são tema que podem assustar denunciante, conforme o antevisto na Exposição de Motivos no. 99 da Diretriz. Assim, empresas empenhadas em calá-lo, tentarão provar a sua má-fé, pretendendo com isso retirá-lo do manto da proteção legal, imputando-o dessa forma responsabilidade.<sup>70</sup> Cabe ao denunciante, então, alegar o disposto no no. 99 da Exposição de Motivos da Diretriz, que sua denúncia está embasada pela mesma, cabendo a empresa atual ou ex-empregador provar o contrário.<sup>71</sup>

Objeto de crítica feita nesse contexto por *Dilling*, no entanto, se dá ao fato de haver pouco apoio na Diretriz quanto à solução do problema surgido com o art. 21, no. 7, uma vez que é o próprio *whistleblower* quem tem que provar quais são os motivos razoáveis que embasam a necessidade do oferecimento da denúncia ou divulgação pública na revelação da violação, e não o empregador ou ex-empregador.<sup>72</sup> Essa não é matéria de fácil produção de prova, enquanto réu, salientando aqui a falta de regulamentação da inversão do ônus da prova.<sup>73</sup> Dependendo da condição financeira e emocional e de saúde em que se encontre o *whistleblower*, as consequências de um processo de responsabilização podem dissuadí-lo a oferecer denúncias.

---

<sup>69</sup> Exposição de motivos da Diretiva Européia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 25.

<sup>70</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 9.

<sup>71</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 9.

<sup>72</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 9.

<sup>73</sup> Sobre a inversão do ônus da prova veja o item 7.2.

Finalmente, no que toca à proteção contra represálias diversas das acima aludidas, a Diretriz Europeia prevê em seu art. 21, no. 8 que os Estados-Membros devem tomar medidas necessárias para garantir a disponibilidade de vias de recurso e de indenização integral dos danos sofridos pelas pessoas objeto de proteção no art. 4, que preencham os requisitos do art. 5, no. 1, qual seja, haver oferecido a denúncia de boa-fé. Entre essas medidas garantidoras se incluem assistência financeira e medidas de apoio, incluindo apoio psicológico aos denunciantes no âmbito de processos judiciais.<sup>74</sup>

## 7.2 Inversão do Ônus da Prova

Segundo a Diretriz, é provável que, para justificar atos de represália, seja difícil para o denunciante provar a existência do nexo de causalidade entre a denúncia e a retaliação, tendo, possivelmente, os autores das últimas mais poder e recursos para documentar as medidas tomadas, assim como a sua fundamentação. Por conseguinte, assim que o denunciante demonstre *prima facie* que denunciou violações ou que realizou uma divulgação pública nos termos da Diretiva e que sofreu um prejuízo, deverá haver uma inversão do ônus da prova para a pessoa que tomou as medidas prejudiciais à qual caberá demonstrar que essas medidas não estavam, de modo algum, associadas à denúncia ou à divulgação pública.<sup>75</sup>

No que diz respeito à inversão do ônus da prova, existe entendimento doutrinário de que esse posicionamento da Diretriz traz consigo risco de abuso, uma vez que empregados podem pretender com o oferecimento de uma “suposta denúncia” não serem demitidos.<sup>76</sup> Observa-se esse comportamento sobretudo em países europeus, nos quais o sistema de proteção a *whistleblowers* é enraizado, citando aqui a Grã-Bretanha como exemplo. Assim, não é raro que o número de denúncias aumente na Inglaterra, quando uma empresa está prestes a fazer cortes de pessoal.<sup>77</sup> Com o objetivo de combater essa prática, o empregador deve produzir extensa documentação para poder provar, se necessário, em uma ação de demissão posterior, que as medidas não estavam relacionadas com a denúncia promovida pelo empregado.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> O reconhecimento do oferecimento desse tipo de garantias está disposto no art. 20, no. 2 da Diretriz.

<sup>75</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 32.

<sup>76</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

<sup>77</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

<sup>78</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

Outro aspecto a ser relatado é que, de acordo com o art. 21 no. 1 da Diretriz, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir a proteção contra atos de retaliação, das pessoas que gozam da proteção da Diretriz. E assim, o no. 6 do mesmo artigo prevê que as pessoas a que se referem o art. 4º devem ter acesso a medidas corretivas contra atos de retaliação, se for o caso disso, inclusivamente a medidas cautelares enquanto aguardam a resolução dos processos judiciais, nos termos do direito nacional.

O art. 21, no. 5 regulamenta que em procedimentos perante um tribunal ou outra autoridade, relativos a prejuízos sofridos por um denunciante, e sujeito à demonstração pelo denunciante de que fez uma denúncia ou uma divulgação pública e sofreu um prejuízo, deve presumir-se que o prejuízo corresponde a uma retaliação por ter feito a denúncia ou a divulgação pública. Nesses casos, recai na pessoa que tomou a medida prejudicial demonstrar que tal medida se baseou em motivos devidamente justificados. Na exposição de motivos de no. 95 da Diretriz, se reconhece que embora os tipos de ação judicial possam variar de acordo com os sistemas jurídicos, deverão garantir que a indenização ou a reparação seja real e efetiva, de forma proporcionada aos prejuízos sofridos e dissuasora.

É preciso que fique claro, ainda assim, que a prática da proteção dada ao denunciante é limitada. Não será demasiadamente difícil ao empregador provar a inexistência do nexo de causalidade entre a denúncia e, por exemplo, a demissão, em casos em que uma advertência tenha sido feita por escrito já contando algum tempo em relação ao oferecimento da denúncia.<sup>79</sup> Portanto, a inversão do ônus da prova só ajuda o denunciante em parte. É sabido que a falta de igualdade financeira na busca pelo direito em juízo pode levar empresas a arrastarem processos por anos, o que dificultará em muito, a situação do *whistleblower*.<sup>80</sup> Em países em que inexistente a Defensoria Pública, é preciso que o denunciante encontre não apenas um, mas vários advogados que estejam dispostos a atuar em sua defesa, recebendo apenas valores pré-determinados em tabelas de recebimento de honorários mínimos, o que não é necessariamente fácil de ser encontrado.<sup>81</sup> Enfatize-se aqui que a complexidade da matéria é tamanha, que o *whistleblower* de fato precisará de mais de um profissional com a qualificação adequada para

---

<sup>79</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 8.

<sup>80</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 8.

<sup>81</sup> Além disso, a concordância do juízo com o oferecimento de justiça gratuita se refere apenas a um único advogado contratado.

defendê-lo.<sup>82</sup> É de pouca utilidade, assim, “ter ou estar com o Direito” se lhe falta recursos na execução de sua pretensão.<sup>83</sup>

Recomenda-se, nesse contexto, que as empresas em particular documentem exaustivamente as avaliações de seus funcionários, sistemas de bônus, desenvolvimentos de carreira, emitam avisos, bem como problemas e conflitos que já tenham sido levantados de forma isolada, a fim de criar uma base de provas favorável para a empresa no caso de uma disputa legal.<sup>84</sup>

### 7.3 Sanções

O art. 23, no. 2 da Diretriz dispõe que os Estados-Membros prevejam sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas que impeçam ou tentem impedir a denúncia, pratiquem atos de retaliação contra denunciante, instaurem processos vexatórios ou violem o dever de manutenção da confidencialidade de sua identidade ou dados.

A lei europeia prevê ainda - além da proibição expressa de retaliação imposta por lei - que é essencial que os denunciante que sejam alvo de atos de retaliação, tenham acesso a vias de recurso e a uma indenização. O recurso adequado para cada caso deverá ser determinado em função do tipo de retaliação sofrida e a indenização pelo prejuízo deverá ser integral, de acordo com o direito nacional. O recurso adequado poderá assumir a forma de ação de reintegração, por exemplo, em caso de despedimento, transferência ou despromoção, bem como de recusa de formação ou de promoção, ou de reativação de uma autorização, de uma licença, ou de um contrato; de indenização por perdas financeiras atuais e futuras, por exemplo, por perda de salários vencidos, mas também por perda futura de rendimentos, custos adicionais a uma mudança de emprego; e de indenização por outros prejuízos econômicos, como despesas de

---

<sup>82</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 8.

<sup>83</sup> Essa dificuldade é reconhecida na exposição de motivos no. 99 da Diretriz Europeia, segundo a qual as custas judiciais poderão constituir uma despesa significativa para os denunciante que contestem, por via judicial, as medidas de retaliação de que são alvo. Embora possam recuperar essas custas no final do processo, poderão não ter a capacidade de desembolsar as referidas custas no início do processo, especialmente se estiverem desempregados e incluídos numa lista negra. Em certos casos, o apoio judiciário no âmbito de processos penais, em particular quando os denunciante cumprem as condições estabelecidas na Diretiva (UE) 2017/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, e, de um modo mais geral, o apoio às pessoas em situação de grave carência econômica poderão ser essenciais para o exercício efetivo dos seus direitos à proteção.

<sup>84</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 5.

contencioso e custos de assistência médica, bem como por danos morais tais como dor e sofrimento.<sup>85</sup>

De acordo com a exposição de motivos no. 102 da Diretriz, as sanções penais, civis ou administrativas são necessárias para assegurar a eficácia das normas em matéria de proteção dos denunciantes. Acredita-se que a imposição de sanções a pessoas que pratiquem atos de retaliação ou outros atos prejudiciais contra denunciante pode desencorajá-los à prática dos mesmos.

A sanção no que toca à divulgação de informações falsas feitas pelo *whistleblower* quando do oferecimento da denúncia (art. 23, no. 2), será tratada no item 7.4 à seguir.

#### 7.4 Veracidade como Critério de Motivação da Denúncia do *Whistleblower*

*Whistleblowers* beneficiam-se da proteção garantida pelo legislador europeu se as informações sobre as violações que comunicaram eram verdadeiras no momento em que foram transmitidas na denúncia e cujas matérias estavam cobertas pelo âmbito de aplicação da Diretriz, de acordo com o disposto em seu art. 6, no. 1, alínea a).

A proteção legal requer a veracidade da informação apresentada pelo *whistleblower*, não estando amparados legalmente denunciante que estando cientes, informam fatos ou situações contendo erro. A veracidade como critério de motivação da denúncia do *whistleblower* é anterior à própria diretriz e já constava do trabalho de autoria da Assembléia Parlamentar Européia no. 2300, de 2019.<sup>86</sup>

Irrelevante para o oferecimento da denúncia permanece o motivo que moveu o denunciante a denunciar.<sup>87</sup>

Segundo a exposição de motivos da Diretriz, a veracidade, enquanto requisito de motivação da denúncia, é uma salvaguarda essencial contra denúncias de má-fé, levianas ou abusivas, uma vez que garante que as pessoas que, no momento da denúncia, deliberadamente e com conhecimento de causa, comunicam informações erradas ou enganosas, não gozem de proteção. Simultaneamente, o requisito garante que a proteção não cessa se o denunciante tiver

---

<sup>85</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 32.

<sup>86</sup> Resolution 2300, 2019, [Improving the protection of whistleblowers all over Europe](#).

<sup>87</sup> Dzida/ Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und Ihre Auswirkungen auf Unternehmen, 2021, P. 6.

comunicado informações inexatas sobre violações, de boa-fé.<sup>88</sup> De igual modo, os denunciantes deverão ter direito a proteção ao abrigo da Diretiva se tiverem motivos razoáveis para crer que as informações comunicadas são abrangidas pelo seu âmbito de aplicação.<sup>89</sup>

Uma das dificuldades apresentada pela doutrina se encontra em assegurar que o *whistleblower* não atua de má-fé, quando denuncia.<sup>90</sup> Haverá sempre o risco de que a parte contrária tente provar a inexistência da boa-fé, com o objetivo de retirar do denunciante a proteção garantida por lei.<sup>91</sup>

O ordenamento europeu de proteção a denunciantes, no que toca à veracidade da informação como critério de motivação da denúncia, assemelha-se ao § 93 Abs. 1, S. 2 da lei das sociedades anônimas alemã (AktG), que codifica a chamada *Business Judgement Rule*. Segundo a AktG, a diretoria não viola seu dever de tomar uma decisão comercial com base em informações adequadas, mesmo que tal decisão se revele posteriormente errada, se tiver agido de boa-fé.<sup>92</sup> Em ambas as leis de proteção a denunciantes, quanto a referência da *Business Judgement Rule* na lei das sociedades anônimas, privilegia-se uma decisão tomada de boa fé, baseada em fatos válidos.<sup>93</sup>

Não é questão fácil de se avaliar na prática empresarial a existência da boa-fé baseada em informações existentes da diretoria, que pode, no tocante a isto, contar com advogados altamente qualificados e experientes em sua defesa.<sup>94</sup> Se *whistleblowers* poderão arcar com a mesma armadura técnica a seu favor, os anos de prática de aplicação da lei demonstrá-lo-ão. *Dilling* acrescenta que denunciantes com falta de conhecimento na área jurídica possam

<sup>88</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

<sup>89</sup> Exposição de motivos da Diretiva europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

<sup>90</sup> Garden/ Hiéramente, BB 2019, P. 963, sobretudo 964: „Unklar ist, welchen Sorgfaltsmaßstab der Hinweisgeber bei Prüfung der Voraussetzungen für eine Meldung zugrunde zu legen hat“; Vogel/ Poth, CB 2019, P. 45, sobretudo 46.

<sup>91</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 4.

<sup>92</sup> Vitorino Clarindo dos Santos, Jorgete, Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, 2013, P. 5.

### § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

<sup>93</sup> Exposição de motivos da Diretiva Europeia relativa à proteção de *whistleblowers*, 2019, P. 23.

<sup>94</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 4.

encontrar dificuldade até mesmo em saber se as informações que desejam revelar, estão incluídas nas matérias que estão sob o alcance da Diretriz.<sup>95</sup>

A prática empresarial mostra grande diversidade de motivos pelos quais alguém se torne um denunciante, sendo alvo de crítica o legislador europeu por parecer conhecer apenas dois tipos: Os que agem de boa-fé e aqueles que denunciam de má-fé. Não carece de dúvidas a necessidade de proteção do *whistleblower* que age de boa-fé, independente dos fatos elencados na denúncia por ele apresentada gozarem ou não de veracidade - o que já lhe falta proteção legal na última hipótese. O fato é que a prática na matéria de investigação em grupos empresariais é por vezes mais complexa do que o caso ao qual a lei oferece proteção, lidando o Compliance Officer não raramente com denunciantes que, na esmagadora maioria dos casos, participaram, de alguma forma, naquilo que denunciam, seja enquanto co-autores, ou através de atos de ação ou omissão que os compromete, sequer os incrimina. Co-autores e partícipes não denunciam, via de regra, informações falsas.<sup>96</sup> No entanto, é questionável se a proibição de represália permitirá que empresas possam, na esfera trabalhista, punir denunciantes disciplinarmente, se se ficar provada a sua esfera de responsabilidade. Segundo *Hommel*, isto se faz necessário, para que se possa alcançar resultados adequados, tanto no que diz respeito às responsabilidades pessoais, quanto para garantir o funcionamento geral e a aceitação de um sistema de gerenciamento de Compliance na empresa.<sup>97</sup>

A Diretriz prevê em seu art. 23 no. 2, que os Estados-Membros devem prever sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis a denunciantes, nos casos em que os últimos tenham comunicado ou divulgado publicamente, com conhecimento de causa, informações falsas. Igualmente devem os Estados prever medidas de indenização dos danos resultantes de tais denúncias falsas ou divulgação pública, de acordo com o direito nacional. É inadmissível que o denunciante movimente o aparato interno de uma empresa, assim como a máquina estatal, se de antemão tem ciência que divulga informação que não é verdadeira. Vale lembrar que há factível dificuldade de prova nesse caso.

---

<sup>95</sup> Dilling, CCZ 2019, P. 4.

<sup>96</sup> Hommel, CCZ 2021, Die Zusammenarbeit mit Whistleblowern - Anmerkungen zu der EU-Whistleblower-Richtlinie, P. 2 e 3.

<sup>97</sup> Hommel, CCZ 2021, Die Zusammenarbeit mit Whistleblowern - Anmerkungen zu der EU-Whistleblower-Richtlinie, P. 3.

## 8. Procedimento

Quanto ao procedimento de recebimento e tratamento de denúncias internas, a Diretriz europeia prevê em seu art. 9, no. 1, alínea b) que seja enviado aviso de recebimento da denúncia ao *whistleblower* num prazo de sete dias, a contar da data de recepção.

Além disso, é necessário que seja designada uma pessoa ou serviço imparcial, que manterá a comunicação com o denunciante e, se necessário, que solicitará informações adicionais e dará retorno de informação ao mesmo.

Adicionalmente, a Diretriz exige o estabelecimento de prazo razoável para dar retorno ao informante, prazo este que não exceda três meses a contar do aviso de recepção. Em casos em que o aviso de recepção não tenha sido enviado ao denunciante, aplica-se o prazo três meses a contar do prazo de sete dias após a apresentação do oferecimento da denúncia.

Até mesmo para empresas que já possuam um sistema de denúncias implementado, a Diretriz traz consigo a necessidade de adaptação de seu sistema, seja através da nova regra de prazo específico para confirmação do recebimento da denúncia, seja em relação ao período de tempo relativo ao retorno a ser dado ao *whistleblower*, dentro de 3 meses. É importante salientar que nesses 3 meses não estão incluídos necessariamente o tempo específico para se dar fim à investigação, uma vez que, dependendo do assunto e caso concreto, assim como dos atores envolvidos no mesmo durante o exame dos fatos e de informações novas que podem surgir ao longo do processo, o tempo da investigação pode ser alargado.<sup>98</sup> Esforços devem sempre ser levados a cabo na garantia de uma resposta célere, em respeito à confiança do denunciante no sistema de Compliance e a outros prazos previstos em outras legislações para conclusão da investigação, sobretudo no que diz respeito ao Direito do Trabalho.

Quanto ao prazo para o processamento de denúncias através de canais de denúncia externa, a Diretriz remete o aplicador da lei aos arts. 11 e 12, que estabelecem as regras quanto à aplicação de prazo de canais de denúncia interna, recomendando primeiramente o uso do último antes da apresentação de denúncia através do canal externo.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Art. 11, no. 5 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: Os Estados-Membros podem dispor que, em caso de elevado afluxo de denúncias, as autoridades competentes podem tratar prioritariamente as denúncias de violações graves ou de violações de disposições essenciais abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretriz, sem prejuízo do prazo previsto no art. 2, alínea d).

<sup>99</sup> Veja para isso informação constante neste artigo sob a rubrica 5 - Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação.

No que diz respeito à denúncia pública, entendida como a denúncia à imprensa, a Diretriz regulamenta em seu art. 15 a necessidade de haver sido efetuada uma denúncia interna ou externa, ou diretamente uma denúncia externa nos termos dos capítulos II e III, sem que tenham sido tomadas medidas adequadas como consequência da denúncia nos prazos a que se refere o art. 9, no. 1, alínea f), ou art. 11, no. 2, alínea d) ou em havendo outros motivos elencados na alínea b), itens i) e ii). A Diretriz silencia, quanto a vigência dos prazos para o oferecimento da denúncia pública.<sup>100</sup>

## 9. A posição do Departamento de Justiça americano (DOJ) na avaliação da efetividade de programas de Compliance

Em 1º de junho de 2020, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) atualizou suas orientações para seus promotores sobre como conduzir investigações.<sup>101</sup> A orientação também ajuda empresas a melhor elaborar programas para mitigar possíveis condutas indevidas e, em surgindo um problema, a negociar uma resolução mais favorável. A forma como o governo resolve uma investigação depende em parte da qualidade de um programa de conformidade corporativa, não apenas quando a má conduta ocorreu, mas durante a investigação e depois.

Em suma, promotores devem analisar três questões básicas:

### 1. Se um programa de conformidade corporativa é bem elaborado:

- O foco deve ser voltado para uma revisão constante, testes e melhorias, e não apenas uma avaliação de risco no início do processo.

- Este exame constante se aplica tanto à própria empresa quanto a terceiros, particularmente às formas comuns de encobrir má conduta ou suborno, e deve ser feito continuamente.

- Também é vantajoso se o programa e a avaliação de risco utilizarem outros recursos na empresa ou na indústria como parte de sua melhoria contínua. Um exemplo é tornar o treinamento, bem como a disponibilidade de políticas e procedimentos (por exemplo, código de conduta) mais acessíveis para os funcionários, a fim de manter a conformidade, relatar

<sup>100</sup> Veja para isso informação constante neste artigo sob a rubrica 5 - Igualdade Interna e Externa de Canais de Informação.

<sup>101</sup> U.S. DEP'T JUSTICE, CRIMINAL DIV., EVALUATION OF CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS (June, 2020), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

questões confidencialmente, etc. Enquanto esta orientação se concentra na capacidade da empresa de melhorar seu programa de conformidade interna, o DOJ oferece uma linha direta para que os funcionários de qualquer empresa possam relatar más condutas ao Escritório do Inspetor Geral.

2. Se o programa é implementado de boa fé com o nível apropriado de recursos adequados e capacitação para funcionar efetivamente;

O foco deve ser razoável com base no tamanho da empresa, indústria, conjuntura, etc. e o programa de compliance deve se adaptar continuamente às necessidades corporativas e ao perfil de risco.

A criação de um canal interno para que os *whistleblowers* possam denunciar a má conduta contribui para a eficácia do programa de compliance.

O pessoal encarregado da área de compliance deve receber treinamento e recursos adequados (incluindo mão-de-obra e mandato) para monitorar e testar diretrizes internas e controles, bem como acesso às autoridades apropriadas.

Uma cultura de incentivo a compliance (e falta de incentivo à não compliance) deve ser incentivada em todos os níveis da organização.

O DOJ analisará o Processo de Recursos Humanos e quem participa na tomada de decisões disciplinares.

3. E o programa realmente funciona na prática.

Um programa adequado e eficaz de compliance corporativa deve ser implementado, ou um programa existente deve ser melhorado. Os promotores quererão saber por que uma empresa optou por estabelecer um programa de compliance de uma determinada maneira e como ele evoluiu ao longo do tempo.

Os denunciantes devem ter condições de denunciar suspeitas de má conduta através de canais internos confidenciais e/ou anônimos.

A existência de má conduta não significa automaticamente que o programa de compliance era ineficaz no momento em que a má conduta foi praticada. Esta orientação foi emitida pela primeira vez em 2017 e seu foco é reforçar a noção de que as empresas devem aperfeiçoar-se continuamente para garantir que elas não sejam processadas criminalmente.

## 10. Perspectivas e considerações finais

A Diretiva Européia de proteção a denunciante e terceiros relacionados à denúncia coloca sob prova pequenas e médias empresas contando com no mínimo 50 empregados, que ainda não possuem um canal de denúncias devidamente instalado. Empresas que atualmente já possuem um sistema de denúncias em uso precisam revê-los, adaptando-os às novas regras surgidas com a entrada em vigor da Diretiva. Essa adaptação diz respeito tanto à parte técnica, quanto ao procedimento a ser observado para o tratamento devido à denúncia, assim como à qualificação necessária de pessoal para lidar tanto com o seu processamento, quanto com os denunciante, em os últimos desejando ou não tornar pública a sua identidade.

Enquanto elemento essencial do sistema de Compliance, o bom funcionamento do canal de denúncias depende da garantia da confidencialidade do *whistleblower*, relacionada à sua identidade e a dos dados constantes de seus relatórios, assim como dos de terceiros, pelo *whistleblower* denunciado.

A confidencialidade hoje não é absoluta em todos os países da União Européia. Existe maior proteção na apreensão judicial de dados em escritórios de advocacia do que em empresas, tendo as últimas ou não um departamento jurídico ou sistema de compliance devidamente instalados. O papel do advogado enquanto *Ombudsmann* é de suma importância nessa questão.

A proteção à confidencialidade do denunciante é fundamental no uso do sistema de denúncias. Do contrário, ele se calará, comportamento que pode corroborar para a continuação da prática de infrações internas ou a leis.

O contínuo desenvolvimento do sistema de Compliance depende também do denunciante. Dessa forma, constitui tarefa de cada Estado-Membro, antes da promover a transposição das regras contidas na Diretriz em seu ordenamento jurídico nacional, analisar leis co-relacionadas nacionais (e.g. Direito Penal, Direito do Trabalho), adaptá-las, assegurando tanto a empresas e a escritórios de advocacia a proibição de apreensão de informações apresentadas pelo *whistleblower*.

Como a Diretriz Européia permite ao denunciante se dirigir ao órgão público antes de informar possíveis violações em empresas que trabalha ou trabalhou, é necessário que empresas criem ou adaptem canais de denúncia de tal forma, que motivem o *whistleblower* a denunciar. Também aqui a garantia da absoluta confidencialidade de seus dados e de terceiros ocupa papel extremamente importante. Do contrário, empresas correm o risco de verem falhas em seus

processos internos levadas a órgãos públicos, sem que antes tomem conhecimento do mesmo, incluindo possíveis riscos à sua reputação.

Em alguns países da Europa, a instauração de canais de denúncia internos requer a aprovação do órgão dos empregados (*works council*, também conhecidos como *unions*), que deve ser obtida o quanto antes. A aprovação é não apenas requisito legal, como aumenta a credibilidade do sistema de denúncias por parte do *whistleblower*.<sup>102</sup>

Outro fator pivotal no aumento da confiança por *whistleblowers* em sistemas de denúncias, é a proibição de represálias. É fundamental que o tratamento legal a ser oferecido pelos Estados-Membros fortaleça o denunciante nesse ponto. Adicionalmente, é necessário que seja garantido apoio financeiro, assim como apoio pessoal de forma ampla (incluindo custos de despesas de assistência médica, bem como por danos morais, tais como dor e sofrimento), com o objetivo de ampará-lo em lidar com as consequências dos fatos por ele denunciados, ainda durante a fase de investigação dos mesmos.

No que toca aos custos de implementação e de operação de canais de denúncias em empresas, esses serão muito superiores aos estimados pela Diretriz, tanto em relação ao denunciante quanto em empresas que precisam contar com aparato de processamento de informações denunciadas e processá-las adequadamente. E esses custos só fazem sentido se empresas não tiverem que temer ter suas informações internas levadas ao público, antes mesmo que possam ser informadas sobre as mesmas. É preciso que seja garantido a pequenas e médias empresas europeias a condição de processamento da denúncia, de forma que tenham efetivamente como aplicar o princípio da legalidade. *Whistleblowers* correm aqui o risco de não terem como arcar financeiramente com o pagamento de defesa técnica competente, caso se tornem vítimas de represálias.

Quanto aos empregados e funcionários designados para o recebimento e tratamento da denúncia, é necessário que sejam qualificados para esse fim, que recebam treinamentos adequados, saibam e tenham condições técnicas de processar devidamente a denúncia. Advogados, Investigadores e *Compliance Officers* são as pessoas mais indicadas para o exercício dessa função. Treinamentos precisam ser também oferecidos a todos os empregados e funcionários da empresa, em todos os graus de hierarquia, quanto ao uso e suas garantias

---

<sup>102</sup> A título de exemplo pode-se citar a França e a Alemanha.

relacionados ao oferecimento de denúncias internas. Isso inclui a confirmação do oferecimento da denúncia em até uma semana e resposta ao denunciante em prazo não superior a 3 meses.

Quanto à inversão do ônus da prova, por parte das empresas européias, será mais do que nunca exigido cautela na documentação futura com empregados e funcionários, uma vez que aqui existe o perigo do denunciante se aproveitar da norma nacional introduzida em transposição da Diretiva Européia, visando “cavar” uma proteção em casos em que esteja prestes a ter sua relação de trabalho finalizada pelo empregador.

De forma geral avalia-se a criação da Diretriz como positiva, tendo que se enfatizar a existência de suas chances e sobretudo muitos desafios a denunciante, empresas, especialmente as de pequeno e médio porte, assim como aos Estados-Membros da União Européia.

### Sobre as autoras:

Sobre o Direito Europeu: Dr. Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M. é Senior Legal Counsel e Compliance Officer na OSRAM GmbH, em Munique, Alemanha.

Sobre o Direito Americano: Tania Nemer é Community Outreach Prosecutor no Summit County Prosecutor's Office em Ohio, Estados Unidos da América (USA).

As informações objeto desse trabalho não refletem necessariamente a opinião das empresas ou órgãos públicos onde as autoras trabalhem ou tenham trabalhado.

As autoras podem ser contactadas no endereço de e-mail:  
internationalcompliance.contato@gmail.com