

A APLICAÇÃO DA DIRETIVA EUROPEIA DE PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES

ANÁLISE E RECOMENDAÇÕES



OUTUBRO DE 2019

A APLICAÇÃO DA DIRETIVA EUROPEIA DE PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES

ANÁLISE E RECOMENDAÇÕES

Os denunciantes desempenham um papel essencial na exposição da corrupção e outras irregularidades que ameaçam o interesse público. Ao divulgar informações sobre tais delitos, os denunciantes ajudaram a salvar inúmeras vidas e bilhões de euros em fundos públicos.

Os denunciantes geralmente arriscam a sua vida. Eles podem ser demitidos, processados, presos, ameaçados ou, em casos extremos, agredidos ou mortos.

Proteger os denunciantes de tal retaliação promoverá a denúncia eficiente da corrupção, além de melhorar a transparência e prestação de contas no governo e corporações.

Proteger os denunciantes contra tratamentos injustos, como retaliação, discriminação ou outras desvantagens, pode encorajar que mais pessoas denunciem irregularidades no setor público e privado, aumentando a prevenção, identificação e penalização das mesmas. A proteção dos denunciantes é, acima de tudo, essencial para o reforço de uma legislação efetiva.

No dia 7 de Outubro de 2019, a União Europeia adotou uma Diretiva sobre a “Proteção de pessoas que denunciam violações das leis da União” (Diretiva de Proteção ao Denunciante). Os Estados-Membros da UE dispõem de dois anos para aplicarem a diretiva na legislação nacional. Até agora, os países da UE mantêm diferentes níveis de proteção de denunciante, com alguns países, como a Irlanda, que possuem leis relativamente fortes e outros países, como Chipre ou Portugal, praticamente sem legislação. A Transparency International exige há muito tempo uma ampla proteção dos denunciante em toda a UE e esta diretiva fornece uma base sólida para todo o bloco europeu. Estabeleceu-se também padrões mínimos de proteção para os denunciante que relatam violações da legislação da UE.

Os Estados-Membros da UE têm até outubro de 2021 para transpor a diretiva. Esta é uma oportunidade para todos os países da UE alinharem o enquadramento jurídico nacional sobre proteção dos denunciante com os padrões internacionais e as melhores práticas. A Transparency International pede que os países da UE não só apoiem, mas também reforcem os compromissos da diretiva, a fim de que as suas legislações nacionais forneçam uma proteção robusta a todos os denunciante que reportarem violações da lei - seja a nível nacional ou da UE.

Para apoiar a implementação efetiva da diretiva, a Transparency International preparou a presente análise, que fornece recomendações com o objetivo de fechar lacunas e fortalecer a proteção de denunciante no processo de transposição. Através dos nossos capítulos nacionais, a Transparency International também fornecerá recomendações específicas ao contexto de cada país.

ASPETOS POSITIVOS DA DIRETIVA

Enquanto algumas provisões devem ser reforçadas, a Diretiva fornece um padrão rígido de normas mínimas para a proteção dos denunciadores na Europa. Os Estados-Membros devem transpor essas disposições de acordo com a natureza da diretiva, que consiste em proporcionar um alto nível de proteção aos denunciadores.

- Cobertura dos setores público e privado.¹
- Cobertura de uma **gama ampla de potenciais denunciadores**, incluindo indivíduos fora da relação empregado-empregador tradicional, como consultores, contratados, voluntários, membros do conselho, ex-trabalhadores e candidatos a emprego (Artigo 4).
- Também protege **pessoas que prestam assistência a denunciadores**, bem como **pessoas físicas e jurídicas ligadas aos denunciadores** (Artigo 4 (4)).
- Violações de lei são definidas como atos ou omissões que são **ilegais** ou que **derrotam o objeto ou a finalidade das regras** (Artigo 5 (1)).
- Ao conceder proteção, ela **não tem em consideração o motivo da divulgação feita pelos denunciadores**.
- Protege a identidade dos denunciadores na maioria das circunstâncias, com exceções claras e limitadas à confidencialidade, e avisa antecipadamente o denunciante quando a sua identidade precisar ser divulgada (Artigo 16).
- Garante proteção ao denunciante que reportar ou revelar informação **anonimamente** e, posteriormente, for identificado (Artigo 6(3)).
- Permite ao denunciante reportar violações da lei **internamente ou diretamente às autoridades competentes** (Artigo 10).
- Permite a **divulgação pública em certas circunstâncias** (Artigo 15).
- Proíbe **“qualquer forma de retaliação”**, incluindo ameaças e tentativas de retaliação, e providencia uma lista longa, diversa e incansável de exemplos (Artigo 19).
- Providencia a **penalização** daqueles que esconderem ou tentarem esconder a denúncia, retaliarem contra o alvo da denúncia (incluindo procedimentos vexatórios) e violarem o direito de manter confidencial a identidade do denunciante (Artigo 23).
- Providencia **medida provisória**, sem a qual o denunciante deve estar incapacitado de manter a sua situação profissional e financeira, até o final do procedimento legal (Article 21(6)).
- Exige que os Estados-Membros assegurem ao público **consultoria gratuita e de fácil acesso** (Artigo 20(1)(a)).
- Prevê **assistência legal e financeira** aos denunciadores, elementos essenciais para uma proteção eficiente (Artigo 20(2)).
- Estabelece que os denunciadores não podem ser responsabilizados por violar restrições à aquisição ou divulgação de informações, inclusive por violações de negócios ou outros segredos (artigo 21 (2) (3) (7)). Também exclui a possibilidade de atribuir o direito de fazer denúncia, através, por exemplo, de cláusulas de fidelidade ou de acordos de confidencialidade ou não divulgação (Artigo 24).
- **Impõe** a uma ampla gama de entidades públicas e privadas o **estabelecimento de mecanismo internos de denúncia** (Artigo 8)
- Estabelece a **obrigação de acompanhar as denúncias e manter o denunciante informado** dentro de um prazo razoável (Artigos 9 e 11(2)).
- Permite uma proteção nacional mais forte aos denunciadores, uma vez que os Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições mais favoráveis do que as estabelecidas na Diretiva. Declara ainda que a implementação da Diretiva, “sob nenhuma circunstância”, deve constituir fundamentos para reduzir o nível de proteção já concedido aos denunciadores nos Estados-Membros (Artigo 25).

¹ Isso deve ser entendido como incluindo todos os setores, incluindo o setor sem fins lucrativos, que pode ser considerado um “terceiro setor” autônomo em alguns países.

RECOMENDAÇÕES PARA MELHORIA

Ao transpor a Diretiva para a legislação nacional, os Estados-Membros devem aproveitar a oportunidade para acabar com brechas e fortalecer as insuficiências da Diretiva, assegurando uma proteção ampla e efetiva a todos os denunciadores, de acordo com padrões internacionais e as melhores práticas.

- Ter um **amplo escopo de material** cobrindo todas as violações da lei (nacional ou da UE) e as ameaças ou danos ao interesse público;
- Não excluir **assuntos relacionados à defesa, segurança e informação confidencial**, mas sim prever esquemas específicos de denúncia;
- Estender as medidas de proteção a **pessoas que se acredita ou que sejam suspeitas de serem denunciadores** (mesmo que por engano), a **pessoas que pretendem fazer denúncias** e a organizações da sociedade civil que dão assistência aos denunciadores;
- Fortalecer a **proteção dos denunciadores em processos judiciais**. Não deve existir requisitos para a obtenção da proteção e o profissional responsável pelo processo deve arcar com o ônus de provar que o denunciante não atende às condições de proteção;
- Não introduzir penalização especial ou adicional a pessoas que fizerem declarações conscientemente falsas através dos canais de denúncia;
- Reforçar a **inversão do ônus da prova**: a pessoa que tomou uma medida prejudicial contra um denunciante deve provar que não está ligada de nenhuma maneira à denúncia ou divulgação pública;
- Providenciar a **reparação integral dos danos** sofridos pelo denunciante, **mediante compensação financeira e recursos não-financeiros**;
- Exigir que entidades privadas e públicas e autoridades competentes aceitem e acompanhem **denúncias anónimas** de violações da lei;
- Exigir que todas as entidades do setor público (sem exceção) e organizações sem fins lucrativos com 50 ou mais trabalhadores estabeleçam **mecanismos internos de denúncia**;
- Determinar que os mecanismos de comunicação interna incluam **procedimentos de proteção de denunciadores**;
- Prevê **sanções** a pessoas físicas ou jurídicas que não cumprirem as suas obrigações de acordo com a Diretiva;
- Exige o **consentimento explícito** do denunciante em relação ao relato obtido, quando possível, antes que este seja transmitido para outra autoridade;
- Designa uma autoridade independente à denúncia, responsável por supervisionar e aplicar a legislação das denúncias;
- Exige a **recolha e publicação de dados** sobre o funcionamento da lei.

A explicação detalhada de cada recomendação é fornecida abaixo.

DEFINIÇÃO DE “MOTIVO RAZOÁVEL PARA CRER”

A expressão “motivo razoável para crer” é usada ao longo da Diretiva nas provisões chaves relacionadas com as condições que os denunciadores devem cumprir para que possam beneficiar da proteção. Além disso, é essencial que a transposição deste conceito jurídico para a legislação nacional dos países da UE não crie obstáculos à proteção efetiva dos denunciadores. Os denunciadores raramente estão em situação de conhecer toda a situação; portanto, a lei não deve exigir que o entendimento do denunciante seja preciso. O teste deve ser se alguém com conhecimento, educação e experiência equivalentes (um colega) concordariam com a suposição.

Objetivo

Um requisito importante de qualquer legislação de denúncia de irregularidades é garantir que ela estabeleça claramente seu escopo de aplicação, ou seja, a quem se aplica e que tipos de irregularidades são cobertos. **O escopo de aplicação deve ser o mais amplo possível, para cobrir todas as situações possíveis de denúncia e garantir que todos os denunciadores estejam protegidos**

O escopo do material deve ser o mais abrangente possível.

Devido às competências limitadas da UE, o escopo do material da Diretiva é fragmentado, além de complexo e limitado. Ela protege apenas os denunciadores que reportarem violações da legislação da UE em áreas específicas.¹ Os denunciadores que relatam violações da legislação da UE em outras áreas ou violações simplesmente da lei nacional não são protegidos pela Diretiva. Isso cria muitas brechas e incertezas jurídicas, tornando difícil para os denunciadores entenderem quando estão protegidos.² Manter essa abordagem a nível nacional deixaria muitos denunciadores desprotegidos e levaria a situações nas quais os indivíduos decidem não se manifestar, ou o fazem equivocadamente por acharem que estão protegidos, tornando-os vulneráveis a retaliações.

Um exemplo da incerteza jurídica criada pelo escopo material limitado é fornecido pela própria Diretiva. O artigo 21(7) esclarece a relação entre a Diretiva de Proteção do Denunciante e a Diretiva de Sigilo Comercial.³ Para violações abrangidas pelo escopo da Diretiva de Proteção de Denunciadores, os denunciadores que relatam ou divulgam informações publicamente que incluem segredos comerciais precisam atender às condições da Diretiva de Proteção de Denunciadores para obter proteção. Salvo disposição em contrário da legislação nacional, para violações fora do escopo da Diretiva de Proteção dos Denunciadores, a Diretiva de Sigilo Comercial aplica-se aos denunciadores que revelam segredos comerciais, exigindo que eles “tenham agido com o objetivo de proteger o interesse público geral” para receber proteção.⁴

As normas internacionais recomendam que a legislação de denúncias tenha um escopo material amplo e claro, que cubra o maior número possível de irregularidades.⁵ Limitar o escopo de informações para as quais os indivíduos serão protegidos dificultam as denúncias. Se as pessoas não tiverem certeza absoluta de que o comportamento que desejam denunciar se enquadra nos critérios, permanecerão caladas, o que significa que as organizações, autoridades e o público permanecerão desconhecedoras de ações que podem prejudicar os seus interesses.⁶

A boa notícia é que os países da UE não são limitados pelas competências da UE. A diretiva reconhece “o poder dos Estados-Membros de estender a proteção nos termos da legislação nacional de acordo com as áreas ou os atos”, a fim de garantir a existência de um quadro abrangente e coerente de proteção de denunciadores a nível nacional.⁷ A Comissão Europeia encoraja-os a fazê-lo, reconhecendo que “uma abordagem abrangente é indispensável para reconhecer a contribuição significativa dos denunciadores para prevenir e combater as condutas ilegais que prejudicam o interesse público, além de garantir que eles sejam protegidos adequadamente em toda a UE”.⁸ Não há razão para que o direito nacional não se beneficie da mesma proteção de denunciadores que o Direito Europeu, já que, uma vez estabelecido o enquadramento necessário para cumprir com a Diretiva da UE, ampliar o escopo não exigiria esforços adicionais.

As duas principais abordagens usadas para definir o escopo material da legislação de denúncia adotam uma definição detalhada, listam todas as categorias e usam um termo geral amplo como “ameaça ou dano ao interesse público”. A

¹ O Artigo 2 define o escopo material usando conceitos abstratos, como os interesses financeiros da UE e o mercado interno, e referindo-se a um anexo que contém uma longa lista de atos da UE.

² Isto é especialmente preocupante, uma vez que o artigo 6(1)(a) exige que os denunciadores tenham motivos razoáveis para crer que as informações que estão a divulgar se enquadram no âmbito de aplicação da diretiva para poderem beneficiar de proteção.

³ Diretiva europeia 2016/943 sobre proteção de segredos comerciais.

⁴ Artigo 5(b) da diretiva europeia 2016/943 de 8 de junho de 2016 sobre a proteção de *know-how* não divulgado e informações comerciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, uso e divulgação ilegais.

⁵ Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation* (2013), Principle 3; Blueprint for Free Speech, *Blueprint Principles for Whistleblower Protection*, Principle 2; Government Accountability Project (GAP), *International Best Practice for Whistleblower Policies* (2016), Principle 2.

⁶ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Resource Guide on Good Practice in the Protection of Reporting Persons* (2015), p.22.

⁷ Artigo 2(2) e Considerando (5).

⁸ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, *Strengthening whistleblower protection at EU level*, COM (2018) 214 final.

melhor prática é usar uma abordagem mista para incluir claramente qualquer questão relacionada com irregularidades e possíveis danos ao interesse público. Listas exclusivas ou exaustivas devem ser evitadas.⁹

Recomendação: A legislação nacional deve ter um escopo material amplo, abrangendo todas as violações da lei (nacional ou da UE) e ameaças ou danos ao interesse público, como corrupção, erros judiciais, perigos específicos para a saúde pública, segurança ou meio ambiente, abuso de autoridade, uso não autorizado de fundos ou propriedades públicas, desperdícios inadmissíveis ou má administração, conflitos de interesse e violações dos direitos humanos.

Denúncias e divulgações sobre assuntos relacionados com defesa, segurança e informações confidenciais devem ser cobertos

A Diretiva exclui expressamente denúncias e divulgações de violações das regras de contratação envolvendo aspetos de defesa ou segurança. Isso deve-se à grande quantidade de fundos públicos envolvidos - cerca de 200 mil milhões de euros por ano na UE¹⁰. A Diretiva também permite que os países da UE se isentem de denúncias relacionadas com as informações confidenciais¹¹. Isso é preocupante, pois os denunciadores de segurança nacional geralmente sofrem as mais severas retaliações. Eles não apenas perdem seus empregos, mas também enfrentam investigações criminais, processos e duras sentenças.¹²

A maioria dos instrumentos internacionais reconhece que o direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a certas restrições para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública. No entanto, essas restrições não devem ser excessivamente amplas para impedir o escrutínio público efetivo e o debate sobre a tomada de decisões e atividades do governo, além de dificultar muito a deteção e o tratamento de irregularidades. Conforme enfatizado pelo Gabinete das Nações Unidas Contra Drogas e Crime, divulgar informações que mostrem irregularidades ou que sejam de interesse público significativo deve ser considerado "protegido", independentemente se a informação será classificada ou não, e deve haver canais eficazes para denunciar essa informação¹³. O Conselho da Europa reconhece que um regime ou regras especiais podem ser aplicados a informações relacionadas com a segurança nacional, defesa, inteligência, ordem pública ou relações internacionais¹⁴. Se um denunciante fizer uma divulgação de acordo com essas regras, ele deverá receber proteção total.

Recomendação: A legislação nacional sobre proteção de denunciadores não deve excluir questões relacionadas com a defesa, segurança e informações confidenciais, mas também prover esquemas de denúncia específicos, de acordo com os Princípios Globais de Segurança Nacional e o Direito à Informação ("Princípios de Tshwane").

Medidas de proteção devem ser alargadas a todos os indivíduos e entidades sob risco de tratamento desleal como consequência da denúncia.

A proteção não deve ser limitada a todos os indivíduos que fizeram uma denúncia usando os canais internos e externos, mas devem estender-se a todas as pessoas física e jurídica sob risco de retaliação como consequência da denúncia. Portanto, é bem-vindo o facto de que a Diretiva providencie a proteção de pessoas física e jurídica conectadas com a denúncia, como colegas, parceiros ou empregados. No entanto, muitas categorias de pessoas expostas aos riscos de retaliação não estão abrangidas pela Diretiva.

Em primeiro lugar, a Diretiva oferece proteção aos facilitadores, mas define de forma limitada um facilitador como a pessoa singular que auxilia o denunciante no processo da denúncia em contexto relacionado com o trabalho. Isso exclui organizações da sociedade civil, como a Transparency International, que providencia conselho e apoio aos

⁹ Vide Transparency International, 2018, pp.7-10.

¹⁰ European Parliament, DEFENCE: Member States' Spending, Briefing, May 2018, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621784/IPOL_BRI\(2018\)621784_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621784/IPOL_BRI(2018)621784_EN.pdf)

¹¹ Artigo 3

¹² United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression* (2015), p.18.

¹³ UNODC, 2015, pp.27-28.

¹⁴ Conselho da Europa, 2014, Principle 5.

denunciantes.¹⁵ Isso expõe as organizações da sociedade civil a retaliação e pressões para revelar a identidade de um denunciante, ameaçando o trabalho essencial realizado pelas organizações da sociedade civil para proteger os denunciantes e ajudá-los a revelar irregularidades que precisam de ser enfrentadas para salvaguardar o interesse público.

Em segundo lugar, a diretiva não protege expressamente indivíduos que (ainda) não usaram os canais dedicados para fazer uma denúncia, mas que conversaram com colegas, gerentes ou com os recursos humanos, mesmo que eles possam sofrer tratamento injusto, com o objetivo de desencorajá-los de fazer uma denúncia “formal”, ou uma “greve preventiva” para contornar a proteção legal.¹⁶

É bastante comum que os trabalhadores relatem problemas ao gerente de linha ou aos RH, em vez de usar canais de denúncia próprios. Isso pode acontecer porque os indivíduos têm apenas informações parciais e não percebem que estão a denunciar uma irregularidade que se enquadra no escopo da legislação de proteção de denunciantes. Isso também pode acontecer se os indivíduos não forem (bem) informados sobre a existência dos canais de denúncia, e como ou quando usá-los. Além disso, quando os indivíduos estão a pensar em elaborar ou preparar uma denúncia, não é incomum pedirem conselhos a colegas de trabalho ou gerentes, fazer perguntas que divulguem o seu conhecimento de uma possível irregularidade ou até indicar que pretendem fazer uma denúncia. Para cobrir essas situações, a Transparency International recomenda que a proteção seja estendida a tentativas de denúncia e supostos denunciantes.¹⁷

Recomendação: A legislação nacional sobre proteção de denunciantes deve estender as medidas de proteção a:

- **peessoas que se acredita ou suspeita ser um denunciante, mesmo que por engano**
- **peessoas que pretendiam fazer uma denúncia**
- **organizações da sociedade civil que auxiliam os denunciantes**

Medidas de Proteção

A proteção dos denunciantes em processos judiciais deve ser reforçada

Como demonstraram vários casos de denúncia com mais notoriedade, os denunciantes podem sofrer consequências legais ao fazer uma divulgação de informação, enfrentando acusações criminais e ações civis por violar a legislação, por exemplo, por difamação, sigilo profissional ou proteção de dados, ou por violação de obrigações contratuais. A ameaça e o medo de tais consequências legais podem ser sérios impedimentos para se manifestar. É por isso que as melhores práticas determinam que as denúncias devem estar imunes à responsabilidade sob as leis criminais, civis e administrativas, e que o ônus recai sobre o assunto denunciado para provar qualquer intenção por parte do denunciante de violar a lei.¹⁸

A diretiva prevê a proteção dos denunciantes em matéria de responsabilidade contratual nos artigos 21 (2) e 24, e em relação aos procedimentos legais no artigo 21 (7), mas coloca uma condição extra para conceder essa proteção, além das listadas no artigo 6, “Condições de proteção das pessoas que denunciam”. O artigo diz que os denunciantes não devem incorrer em qualquer tipo de responsabilidade como resultado de denúncias ou divulgações públicas, “desde que tenham motivos razoáveis para acreditar que as denúncias ou divulgações públicas sejam necessários para revelar uma violação da lei”.

Isso poderia criar uma situação anômala pela qual, para a mesma denúncia, os denunciantes seriam protegidos contra represálias no local de trabalho (contra, por exemplo, demissão ou *bullying*), mas poderiam estar sujeitos a ações legais movidas pelo seu empregador ou colegas de trabalho. Isso pode impedir os denunciantes de avançar.

¹⁵ Artigo 5(8)

¹⁶ GAP, 2016, Principle 4.

¹⁷ Transparency International, 2013, Principle 4, in footnote.

¹⁸ Transparency International, 2013, Principle 10.

Recomendações: A legislação nacional de proteção de denunciantes não deve exigir que os denunciantes cumpram condições diferentes daquelas listadas no artigo 6 ("Condições de proteção para as pessoas que denunciam"), a fim de serem protegidas em processos judiciais. Também deve deixar claro que "a pessoa que iniciou o processo deve arcar com o ônus de provar que a pessoa que está a denunciar não cumpre essas condições".¹⁹

Não deve haver sanções especiais ou adicionais para denúncias ou divulgações conscientemente falsas (feitas de má-fé)

Alguns *stakeholders* levantaram a preocupação em relação ao facto de que a proteção de denunciantes possa ser usada abusivamente por indivíduos que conscientemente fazem denúncias falsas para se protegerem de sanções disciplinares ou para minar o bom nome de seu empregador ou colegas. Na tentativa de abordar essas preocupações, a diretiva exige que os Estados-Membros prevejam "sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas" contra pessoas que denunciaram ou divulgaram publicamente informações falsas.²⁰

No entanto, esta disposição pode atuar como um poderoso dissuasor da denúncia, especialmente se as sanções forem consideradas muito severas. Isso dará aos denunciantes hesitantes e com medo de retaliação um motivo adicional para não fazer uma denúncia. Os denunciantes decidem revelar uma preocupação com base nas informações que possuem. Geralmente, são informações parciais, como uma conversa ouvida ou um documento visto, mas que eles não têm em seu poder. É possível que a investigação da divulgação não encontre nenhuma prova de irregularidade; pode ter havido outra explicação legítima para o ato reportado. Quando isso acontece, as organizações podem sentir-se autorizadas por esta disposição a investigar os motivos dos denunciantes que relataram as informações falsas, para tentar mostrar que sabiam que eram falsas e a justificar medidas de retaliação.

Note-se que tal disposição é desnecessária, especialmente considerando que os Estados-Membros, nas suas leis difamatórias ou penais, já preveem sanções aplicáveis a indivíduos que fazem declarações conscientemente falsas. Estudos e práticas também sugerem que denúncias triviais ou falsas são incomuns.²¹

Em todo o caso, quando uma ação for tomada contra uma pessoa que conscientemente fez uma divulgação falsa, o ônus da prova deve recair sobre a pessoa que afirma que as informações são enganosas, falsas ou forjadas. Eles necessitarão de provar que o denunciante sabia que era falso na hora de fazer a denúncia ou a divulgação pública.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciantes não deve introduzir sanções especiais ou adicionais para pessoas que fazem denúncias conscientemente falsas usando canais de denúncias. Os Estados-Membros, nas suas leis difamatórias ou penais, já preveem sanções aplicáveis nessas circunstâncias.

A inversão do ônus da prova deve ser reforçada

Pode ser muito difícil para os denunciantes demonstrarem que sofreram algum tipo de retaliação na sequência da sua denúncia ou divulgação. Por outro lado, as organizações geralmente possuem processos para documentar as ações tomadas contra os trabalhadores e têm melhor acesso às testemunhas. Como as organizações têm maior poder e recursos, o ônus deve ser colocado sobre elas para provar que a ação tomada não se deveu ao denunciante que fez uma denúncia ou uma divulgação.

A Diretiva cria uma presunção de retaliação quando um denunciante é prejudicado. No entanto, o retaliador ainda pode prevalecer ao provar que "essa medida foi baseada em motivos devidamente justificados".²² Essa formulação

¹⁹ Considerando (97).

²⁰ Artigo 23(2).

²¹ Vide, por exemplo, Trace International, ISIS Management, IBLF, *First to Know – Robust Internal Reporting Programs* (2004), p.14; Transparency International, *The Business Case for "Speaking Up": How Internal Reporting Mechanisms Strengthen Private-Sector Organisations* (2017), p.12.

²² Artigo 21(5).

não inverte completamente o ônus da prova e é perigosa, pois pode legitimar as investigações de um denunciante, cujo único objetivo é justificar medidas de retaliação. Isso derrotaria o objetivo da presunção.²³

Recomendação:

A legislação nacional de proteção de denunciantes deve impor claramente à pessoa que tomou uma medida prejudicial contra um denunciante o ônus de provar que essa medida “não estava ligada de forma alguma à denúncia ou à divulgação pública”²⁴ e, portanto, teria acontecido de qualquer maneira.

Os denunciantes devem ter direito a reparação total através de recursos financeiros e não financeiros

O tratamento injusto expõe os denunciantes à perda - perda financeira, perda de *status* ou mesmo dificuldades emocionais. A legislação deve prever que os denunciantes tenham acesso a soluções, apoio e compensação adequados, que garantam que a sua posição não piore por terem feito uma denúncia ou divulgação. Todas as perdas devem ser cobertas, incluindo perdas indiretas e futuras, e perdas financeiras e não financeiras. Conforme enfatizado pelo Considerando 94, “a solução apropriada em cada caso deve ser determinada pelo tipo de retaliação sofrida, e os danos causados em tais casos devem ser totalmente compensados de acordo com a legislação nacional”. Sempre que possível, os denunciantes devem ser restaurados a uma situação que teria existido se não tivessem sofrido tratamento injusto. Essa reparação deve incluir compensação financeira por danos e recursos não financeiros.

A melhor prática é garantir que qualquer tratamento injusto seja anulado. Isso significa que, se um denunciante for demitido, transferido ou despromovido, ele deverá restabelecer a posição que ocupava antes da retaliação ou ocupar uma posição semelhante a nível de salário, status, deveres e condições de trabalho. Da mesma forma, os denunciantes devem ter acesso justo a qualquer promoção e formação que possam ter sido retidos após a denúncia. Fora do contexto profissional, as soluções podem envolver o relançamento de um processo de candidatura, a restauração de uma autorização, licença ou contrato cancelado, ou o cancelamento de um litígio contra um denunciante. Quaisquer registos que possam constituir um dossiê para futuras listas negras ou retaliações devem ser apagados.

Os denunciantes também devem ter acesso a “compensação por perdas financeiras reais e futuras, por exemplo, por salários perdidos no passado, mas também por perda futura de receita, custos associados a uma mudança de profissão, [bem como] compensação por outros danos econômicos, tais como despesas e custos de tratamento médico, e por danos intangíveis, tais como dor e sofrimento.”²⁵

O artigo 21(6) da Diretiva diz que os denunciantes devem ter acesso a medidas corretivas contra retaliações “de acordo com a legislação nacional”. Tal disposição geral não é suficiente para garantir a reparação integral dos danos sofridos pelos denunciantes, que podem ser extensos e assumir várias formas.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciantes deve especificar que os denunciantes devem ter acesso a uma ampla gama de medidas corretivas, cobrindo todas as consequências diretas, indiretas e futuras de qualquer prejuízo. Essa disposição deve incluir uma lista não exaustiva dos tipos de ações corretivas que devem estar disponíveis para os denunciantes, incluindo expressamente compensação financeira e soluções não financeiras, como reintegração, transferência para um novo departamento ou supervisor e restauração de um contrato cancelado.

²³ Tom Devine, Assessment of European Union Whistleblower Directive, *Government Accountability Project*, 17 April 2019.

²⁴ Considerando (93).

²⁵ Considerando 94

Mecanismos de denúncia internos e externos

Denúncias anónimas devem ser aceites

As denúncias anónimas fornecem um mecanismo de denúncia a indivíduos que temem consequências negativas ou assumem que serão tomados cuidados insuficientes para proteger sua identidade e que, de outra forma, não se manifestariam.²⁶ A recepção de denúncias anónimas deve ser especialmente considerada quando a segurança física dos denunciantes pode estar em causa.

Os empregadores expressaram a sua preocupação pelo facto de as denúncias anónimas poderem reduzir o sentimento de responsabilidade pessoal, incentivando, portanto, denúncias falsas. No entanto, estudos e práticas sugerem que denúncias triviais ou falsas são incomuns, inclusive quando denúncias anónimas são permitidas.²⁷

Os opositores da denúncia anónima também argumentaram que é impossível pedir esclarecimentos ou informações adicionais ao denunciante ou fornecer *feedback* sobre a resposta à sua denúncia. No entanto, existem muitas maneiras de manter o diálogo com os denunciantes anónimos, seja através de e-mails anónimos, plataformas on-line ou através de terceiros, como um Provedor ou uma organização da sociedade civil.

A diretiva permite que os Estados-Membros decidam se as organizações e as autoridades competentes são obrigadas a aceitar e acompanhar denúncias anónimas.²⁸ Isso não está de acordo com as melhores práticas. Embora divulgações anónimas possam dificultar a investigação de uma determinada situação, isso não deve impedir que essa situação seja levada a sério.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciante deve prever denúncias anónimas. Uma denúncia não deve ser descartada apenas porque foi feita anonimamente. Se forem fornecidas informações suficientes, o recipiente da denúncia deverá dar-lhe seguimento.

Todas as entidades do setor público, sem exceção, e entidades sem fins lucrativos com 50 ou mais trabalhadores, devem ser obrigadas a implementar mecanismos internos de denúncia

Vários estudos mostram que a maioria dos denunciante utiliza primeiro mecanismos/canais internos de denúncia.²⁹ Além disso, as organizações costumam estar em melhor posição para lidar com irregularidades internas. É por isso que as organizações devem ter um mecanismo interno de denúncias eficaz.

A Diretiva torna obrigatório para todas as médias e grandes entidades privadas o estabelecimento de procedimentos internos para a elaboração de denúncias e o seu posterior acompanhamento, refletindo assim as melhores práticas existentes.³⁰ A Diretiva recomenda aplicar esta obrigação às empresas “com base na sua obrigação de cobrar o IVA.”³¹ Em alguns países da UE, essa definição pode excluir entidades sem fins lucrativos, mas essa isenção não estaria em conformidade com as melhores práticas.

A obrigação de estabelecer mecanismos internos de denúncia também se aplica a todas as entidades públicas, mas os Estados-Membros podem decidir não aplicar essa obrigação a municípios com menos de 10.000 habitantes ou menos de 50 trabalhadores e a outras entidades públicas com menos de 50 trabalhadores.³² Esta situação também não estaria de acordo com as melhores práticas existentes, pois poderia resultar na isenção da maioria dos municípios e entidades de governo local da Europa da obrigação de estabelecer mecanismos internos de denúncia. É particularmente preocupante, uma vez que essas entidades públicas tomam decisões rotineiramente em áreas como contratação públicas, proteção ambiental e saúde pública, que são identificadas pela Diretiva como aquelas em que a proteção precisa de ser reforçada. Os Estados-Membros devem seguir o exemplo de países como a Irlanda, a Itália

²⁶ Paul Latimer and AJ Brown, 2008, p.774; UNODC, 2015, p.50. Vide também, por exemplo, um estudo francês que constatou que 20% dos trabalhadores fazem denúncias apenas anonimamente (Harris Interactive, “*Lanceurs d’alerte: quelle perception de la part des salariés?*” 2015, p.9).

²⁷ Vide, por exemplo, Trace International, ISIS Management, IBLF, *First to Know – Robust Internal Reporting Programs* (2004), p.14; Navex Global, *2015 Ethics & Compliance Hotline Benchmark Report*, p.17; Transparency International, 2017, p.12.

²⁸ Artigo 6(2).

²⁹ Vide Transparency International, 2018, p.31.

³⁰ Artigo 8(3).

³¹ Considerando (45).

³² Artigo 8(9).

e a Eslováquia, que exigem que todas as entidades públicas, sem exceção, estabeleçam mecanismos internos de denúncia.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciantes deve impor a obrigação de estabelecer canais internos de denúncia sobre:

- todas as entidades legais públicas, a nível local, regional e nacional, sem exceção
- entidades sem fins lucrativos com 50 ou mais trabalhadores

Os mecanismos internos de denúncia devem incluir procedimentos para proteger os denunciantes

Para garantir uma proteção eficaz dos denunciantes, os mecanismos internos de denúncia devem ter procedimentos transparentes, aplicáveis e oportunos para acompanhar as queixas dos denunciantes de tratamento injusto. Isso deve incluir procedimentos para sancionar os responsáveis pela retaliação e, ainda, restaurar a posição e status anterior dos denunciantes que foram vítimas de um tratamento injusto.

O tratamento injusto pode ocorrer não apenas devido a retaliação deliberada, mas também por negligência ao lidar com denúncias. Isso pode acontecer se uma organização não apoiar um denunciante e simplesmente permitir que o stress, o medo e o impacto negativo no seu desempenho destruam a sua saúde ou carreira, ou se não se tomarem as medidas necessárias para proteger a sua identidade, prejudicando a sua reputação e perspectivas de carreira. Os gerentes podem permitir que os danos ocorram simplesmente por “fecharem os olhos” à retaliação ou assédio que eles sabem que são executados por outros.

A Diretiva não impõe claramente às organizações a proteção de denunciantes. Essa é uma omissão grave, visto que a recepção e acompanhamento de denúncias não devem ser realizados de maneira a que seja prejudicial para as pessoas que denunciam. Neste sentido, existe um desequilíbrio entre os dois objetivos da diretiva: a aplicação do direito da UE parece ter precedência sobre a proteção de denunciantes.

Internacionalmente, as melhores práticas legislativas reconhecem que as organizações têm o dever de apoiar e proteger os denunciantes e evitar atos ou impactos prejudiciais. Reconhece ainda que elas podem ser responsabilizadas se não cumprirem esse dever, e não apenas se tiverem realizado uma retaliação ativa.³³ A legislação nacional da UE deve seguir esse exemplo.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciantes deve exigir procedimentos de denúncia internos e externos e incluir procedimentos para proteger os denunciantes.

Sanções deverão ser aplicadas quando as obrigações previstas na diretiva não forem cumpridas

A diretiva segue as melhores práticas exigindo que as organizações dos setores público e privado, bem como as autoridades competentes, estabeleçam mecanismos de denúncia, acompanhem as denúncias recebidas e forneçam feedback à pessoa que denuncia. No entanto, para garantir que as obrigações sejam cumpridas, as sanções devem ser aplicadas quando organizações ou indivíduos não cumprirem essas obrigações.³⁴

Recomendação: National legislation should provide for effective, proportionate and dissuasive penalties applicable to legal or natural persons who, despite their obligation, fail to: A legislação nacional deve prever sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas, aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas que, apesar de suas obrigações, não conseguem:

³³ Australia Treasury Laws Amendment (Enhancing Whistleblower Protections) Act 2019.

³⁴ Por exemplo, em Itália, a Autoridade Nacional Anticorrupção pode pronunciar sanções contra os agentes anticorrupção de instituições públicas que não implementaram os mecanismos internos apropriados ou se não acompanharam a denúncia. (Artigo 1(6), das disposições italianas para a proteção de denunciantes de crimes ou irregularidades que surgiram no contexto de uma relação laboral pública ou privada).

- estabelecer canais e procedimentos internos de denúncias, acompanhar denúncias e proteger as pessoas que denunciam
- acompanhar as denúncias
- fornecer feedback sobre o acompanhamento do denunciante dentro de um prazo razoável
- apoiar e proteger os denunciantes.

O consentimento do denunciante deve ser exigido para transmitir a sua denúncia

Pode ser difícil para um denunciante entender qual é o canal adequado a ser usado para fazer uma denúncia a uma autoridade competente ou mesmo qual é a autoridade competente apropriada. A falta de mecanismos de referência pode impor ao denunciante a obrigação de continuar a sua denúncia/divulgação até chegar à pessoa responsável correta. O facto de a diretiva prever sistemas de referência é, por conseguinte, positivo.³⁵

No entanto, os denunciantes podem ter motivos para encaminhar a sua denúncia a uma autoridade específica ou para usar um canal específico em vez de outro (como falta de confiança). Portanto, uma denúncia não deve ser transmitida sem o consentimento explícito do denunciante; informá-los não é suficiente.

Nesse caso, o membro da equipa que recebeu a denúncia deve esperar pelo consentimento explícito do denunciante antes de transmiti-lo ou simplesmente encaminhá-lo ao canal ou autoridade correto ou ao centro de informações³⁶, permitindo que eles decidam se devem enviar as denúncias através deste canal alternativo.

Nos casos em que não é prático ou razoável solicitar o consentimento do denunciante (por exemplo, se nenhum dado de contato foi partilhado com o recetor da denúncia, ou quando a natureza da preocupação levantada exigir que ela seja encaminhada à autoridade apropriada sem demora), o recetor deve registar uma nota oficial dos motivos para remeter a divulgação e informar o denunciante desta decisão.

Recomendação: A legislação nacional de proteção de denunciantes deve exigir que o consentimento explícito de uma pessoa que denuncia seja obtido, sempre que possível, antes da sua denúncia ser transmitida.

Implementação e aplicação efetivos

Uma autoridade nacional de denúncias deve ser responsável pela supervisão e aplicação da legislação sobre denúncias

As autoridades nacionais de denúncias são essenciais para garantir uma proteção eficaz dos denunciantes. Em cada país da UE, uma agência independente deve ser responsável pela supervisão e aplicação da legislação sobre denúncias de irregularidades. A autoridade de denúncia deve ter competências para:

- fornecer aconselhamento e apoio gratuitos aos denunciantes
- garantir que as denúncias sejam encaminhadas às autoridades competentes para agir
- receber, investigar e resolver reclamações sobre tratamento injusto e sobre investigação imprópria de denúncias³⁷
- monitorizar e rever o funcionamento das leis e estruturas de denúncia de irregularidades, inclusive através da recolha e publicação de dados e informações

³⁵ Artigos 11(6) e 12(3).

³⁶ Previsto no Artigo 20(3).

³⁷ As autoridades de denúncia de irregularidades não devem encarregar-se do acompanhamento das denúncias (por exemplo, investigar violações à lei). Devem ser diferentes das autoridades competentes responsáveis pela denúncia externa e respetivo acompanhamento do caso mencionadas no capítulo III da diretiva.

- aumentar a consciencialização do público, a fim de incentivar a realização de denúncias e aumentar a aceitação cultural das denúncias.

Os países podem decidir criar uma nova autoridade de denúncias dedicada ou expandir as competências de uma autoridade existente, como um provedor de justiça. Qualquer que seja a abordagem escolhida, as melhores práticas determinam que essas agências devem ser independentes e ter poder e recursos suficientes para operar com eficiência.

Infelizmente, a diretiva não exige que os Estados-Membros designem uma autoridade nacional de denúncia de irregularidades. Indica apenas que medidas de apoio - incluindo informações e conselhos, assistência jurídica e potencialmente assistência financeira e apoio psicológico - podem ser fornecidas por "uma única autoridade administrativa independente e claramente identificada".³⁸

Recomendação: Os Estados-Membros devem designar uma autoridade como responsável pela supervisão e aplicação da proteção das pessoas que denunciam. Essa autoridade deve ser independente e ter poder e recursos suficientes para operar efetivamente.

Deve ser exigida a recolha e publicação de dados sobre o funcionamento das leis de denúncia de irregularidades e mecanismos de denúncia.

A recolha e publicação de informações sobre como a lei está a ser aplicada pode servir como medida da sua eficácia. Os dados sobre o funcionamento das estruturas de denúncias (tais como o número de casos recebidos, resultados dos casos, soluções determinadas) são uma fonte primária de informação para avaliar a implementação e a eficácia da estrutura legislativa e institucional da denúncia. A publicação desses dados pode fornecer aos denunciantes, organizações e outras partes interessadas uma noção de quanto eles podem confiar na estrutura de denúncias do seu país. Permite o escrutínio público e pode aumentar a procura pública por uma maior proteção para os denunciantes e aplicação da legislação.

A diretiva prevê a recolha de dados em denúncias externas, mas na verdade não impõe aos Estados-Membros a obrigação de recolher ou publicar esses dados.³⁹ Além disso, a recolha de dados sobre denúncias interna para instituições públicas não é referida, o que não está de acordo com as melhores práticas existentes.⁴⁰

Recomendação: A legislação nacional deve exigir que as entidades públicas e as autoridades competentes recolham e publiquem dados anualmente sobre denúncias internas e externas e sobre as queixas de retaliação dos denunciantes.

³⁸ Artigo 20(3)

³⁹ Artigo 27.

⁴⁰ Na Irlanda, por exemplo, todos os órgãos públicos devem publicar anualmente um relatório sobre o número de denúncias internas recebidas e as medidas tomadas como resposta (Irish Protected Disclosures Act 2014, Section 22).

FONTES

Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation* (2013), www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation.

Transparency International, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation* (2018) www.transparency.org/whatwedo/publication/best_practice_guide_for_whistleblowing_legislation.

Transparency International, *Whistleblower Protection in the EU: Analysis of and Recommendations on the Proposed EU Directive* (2018), www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblower_protection_in_the_eu_analysis_of_and_recommendations

Transparency International, *The Business Case for Speaking Up: How Internal Reporting Mechanisms Strengthen Private-Sector Organisations* (2017), www.transparency.org/whatwedo/publication/business_case_for_speaking_up

Autora: Marie Terracol

Revisto por: John Devitt (TI Ireland), Giorgio Frascini (TI Italy), Lotte Rooijendijk (TI Netherlands), AJ Brown, Adam Foldes

Tradução: Carolina Lessa/Tiago Guerreiro

2019 Transparency International.

TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE

Transparency International Portugal

Rua dos Fanqueiros, 65 – 3A
1100-226 Lisboa
Portugal

Telefone: +351 21 8873412

secretariado@transparencia.pt

www.transparencia.pt

facebook.com/transparenciapt

twitter.com/transparenciapt

youtube.com/user/transparenciapt