

**CRIMINAL, CONTRAORDENACIONAL E COMPLIANCE**

Diretiva relativa à proteção de *whistleblowers*

I. Objetivo

Foi publicada no passado dia 26 de novembro de 2019, a Diretiva (EU) 2019/1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, (de ora em diante “Diretiva”) relativa à proteção das pessoas que denunciem violações do direito da União. A Diretiva entrará em vigor no dia 17 de dezembro de 2019, devendo ser transposta para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros no prazo de dois anos, ou seja, até 17 de dezembro de 2021.

A aprovação desta Diretiva tem como objetivo a definição de um conjunto de normas mínimas comuns que assegurem uma proteção eficaz dos denunciadores que no contexto profissional, seja este o setor público ou o privado, tomem conhecimento de infrações ou de situações lesivas do interesse público, uma vez que estes têm um papel essencial na descoberta de infrações no seio das organizações.

Com a proteção dos *whistleblowers*, o legislador europeu visa prevenir e dissuadir a prática de ilícitos no seio das organizações.

II. Âmbito de aplicação material

A Diretiva aplica-se a todas as violações do direito da União Europeia que afetem os seguintes **domínios**:

- i. Contratação pública;
- ii. Serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo;
- iii. Segurança e conformidade dos produtos;

"A Diretiva entrará em vigor no dia 17 de dezembro de 2019, devendo ser transposta para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros no prazo de dois anos."

- iv. Segurança dos transportes;
- v. Proteção do ambiente;
- vi. Proteção contra as radiações e segurança nuclear;
- vii. Segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal;
- viii. Saúde pública;
- ix. Defesa do consumidor;
- x. Proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação;
- xi. Violações lesivas dos interesses financeiros da União;
- xii. Violações relacionadas com o mercado interno europeu, 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.

Ficam fora do âmbito de aplicação da Diretiva eventuais denúncias sobre contratação pública relacionadas com defesa ou segurança nacional. Não obstante, os Estados-membros são livres de estender as disposições da Diretiva a esse ou outros domínios.

III. Âmbito de aplicação pessoal

A Diretiva tem o propósito de tutelar o denunciante que, no setor público ou privado, tenha obtido informações sobre violações dentro do seu contexto laboral ou funcional.

O âmbito de aplicação da Diretiva **abrange qualquer pessoa que possa ser objeto de represálias** nesse contexto, ainda que não seja trabalhador no sentido estrito:

- i. Trabalhadores, incluindo funcionários públicos;
- ii. Não assalariados;
- iii. Titulares de participações sociais e pessoas pertencentes a órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, incluindo membros não executivos, assim como voluntários e estagiários remunerados ou não remunerados; e
- iv. Quaisquer pessoas que trabalhem sob a supervisão e direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores.

A proteção jurídica conferida pela Diretiva aplicar-se-á igualmente a denunciante que comuniquem ou divulguem publicamente informações sobre violações obtidas numa relação profissional que tenha, entretanto, terminado ou quando ainda não se tenha iniciado, nos casos em que o denunciante tenha obtido as informações sobre violações durante o processo de recrutamento ou noutras fase de negociação pré-contratual.

Este âmbito de proteção estende-se também a terceiros, tais como facilitadores¹, familiares, colegas ou mesmo entidades jurídicas que, de alguma forma, se encontrem ligadas ao denunciante e que, por essa razão, possam ser objeto de represálias.

IV. Os canais internos de denúncia

A Diretiva dispõe que os Estados-membros devem assegurar que as entidades, tanto no setor público como no privado, implementem canais e procedimentos de denúncia interna.

Esta obrigação aplica-se a todas as entidades do **setor privado** com 50 ou mais trabalhadores, com exceção das entidades que já se encontram obrigadas a implementar estes canais com as especificidades previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, em face da sua especial vulnerabilidade ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

"Para além de prever a obrigação de implementação dos canais e os procedimentos de denúncia, a Diretiva vem também definir os requisitos a que estes mecanismos devem obedecer."

Abrange igualmente todas as entidades do **setor público**, admitindo-se, porém, que os Estados-membros excecionem desta obrigação os municípios com menos de 10 000 habitantes e as entidades públicas com menos de 50 trabalhadores.

A Diretiva impõe uma obrigação de mínimos, sem prejuízo de que os Estados-membros, “após uma avaliação de risco adequada, que tenha em conta a natureza das atividades das entidades e o subsequente nível de risco, em especial, para o ambiente e para a saúde humana”, possam exigir às entidades **com menos de cinquenta trabalhadores** que estabeleçam igualmente canais e procedimentos de denúncia.

Consciente da importância do papel desempenhado pelos parceiros sociais no contexto laboral, a Diretiva prevê expressamente que definição dos canais e procedimentos de denúncia deve ser realizada “após consulta e em acordo com os parceiros sociais, sempre que previsto no direito nacional”.

Para além de prever a obrigação de implementação dos canais e os procedimentos de denúncia, a Diretiva vem também definir os requisitos a que estes mecanismos devem obedecer. Nomeadamente, os **procedimentos para denúncia e seguimento** devem incluir:

- i. Canais para receção de denúncias concebidos, estabelecidos e operados de forma segura, que **garantam a confidencialidade da identidade do denunciante e dos terceiros mencionados na denúncia** e de forma a impedir o acesso de pessoal não autorizado a essa informação;
- ii. **Avisos de receção da denúncia** ao denunciante num prazo de sete dias a contar da data da receção;
- iii. A **designação de uma pessoa ou serviço imparcial** competente para dar seguimento às denúncias, que pode ser a mesma pessoa ou o mesmo serviço que recebe as denúncias e que manterá a comunicação com o denunciante e, se necessário, que solicitará informações complementares e dará ao denunciante retorno de informação;

¹ Pessoa que auxilia o denunciante no procedimento de denúncia num contexto profissional, e cujo auxílio deve ser confidencial.

- iv. **Seguimento diligente** pela pessoa ou serviço designado;
- v. **Tratamento diligente** de denúncias anónimas sempre que previsto no direito nacional;
- vi. **Retorno de informação em prazo razoável**, que não exceda três meses a contar do aviso de receção ou, se este não tiver sido enviado ao denunciante, três meses a contar do termo do prazo de sete dias após a apresentação da denúncia;
- vii. Prestação de informações claras e facilmente acessíveis sobre os **procedimentos para efetuar denúncias externas** às autoridades competentes e às instituições órgãos ou organismos da União.

Mais se estabelece que os canais de denúncia devem possibilitar a apresentação de denúncias por escrito, verbalmente ou ambas. A denúncia verbal deve ser possível de realizar por telefone, através de outros sistemas de mensagens de voz ou através de reunião presencial caso tal seja solicitado pelo denunciante.

V. Denúncias externas

A Diretiva determina que os Estados-membros devem designar autoridades competentes para receber, dar *feedback* e fazer o *follow up* das **denúncias externas** efetuadas e devem provê-los dos recursos adequados para o efeito.

A legislação nacional a aprovar deve ainda garantir que as autoridades competentes estabeleçam canais de reporte independentes e autónomos para receber e tratar as denúncias apresentadas, garantindo a integridade e confidencialidade das mesmas, bem como o respetivo armazenamento duradouro, a fim de permitir a realização de novas investigações.

À semelhança do que acontece com os canais internos, a Diretiva define toda uma série de requisitos para o seguimento das denúncias externas, exigindo inclusivamente que o pessoal responsável pelo tratamento receba formação específica para o desempenho destas tarefas.

Os canais externos de denúncia não estão subordinados à apresentação de uma prévia denúncia interna, pelo que qualquer denunciante poderá optar por utilizar os canais internos de denúncia ou recorrer diretamente à apresentação de uma denúncia externa perante qualquer autoridade competente.

A Diretiva aponta, porém, para que os Estados-membros incentivem a realização de denúncias internas antes do recurso às vias externas, sempre que a violação possa ser eficazmente resolvida a nível interno e sempre que o denunciante considere não existir risco de retaliação. Este estímulo tem como objetivo “ajudar a promover uma cultura de boa comunicação e de responsabilidade social das empresas e nas organizações, em que os denunciadores são vistos como estando a dar um contributo significativo para a autocorreção e a excelência dentro da organização ²”.

Por regra, as empresas deverão dar preferência à prévia apresentação da denúncia interna, por forma a evitar a apresentação de denúncias externas, que podem ter impacto ao nível do “risco reputacional”.

Em qualquer caso, o denunciante será livre de optar por qualquer uma das vias.

² Considerando 47 da Diretiva.

VI. Irrelevância da motivação do denunciante

No que diz respeito à proteção do *whistleblower*, foi extenso o debate sobre se a proteção só deveria ser garantida ao denunciante de boa-fé ou a qualquer pessoa que denunciasse uma conduta ilícita, independentemente da motivação subjacente, ou seja, independentemente da denúncia se destinar a realizar o bem comum ou visar prosseguir meros interesses pessoais.

Para efeitos de proteção do Denunciante, importante é que se demonstre que o mesmo tinha motivos razoáveis para considerar que, atendendo às circunstâncias e às informações de que dispunha no momento da denúncia, os factos por si denunciados eram verdadeiros, ainda que tenha comunicado, inadvertidamente, informações inexatas sobre violações, acreditando que se encontravam abrangidas pelo âmbito de proteção da Diretiva.

Pelo contrário, não beneficiará de qualquer proteção o denunciante que deliberadamente e com conhecimento de causa, comunique informações falsas ou deturpadas, o que constitui uma salvaguarda suficiente contra denúncias de má-fé, levianas ou abusivas.

"Em suma, os motivos que levam o denunciante a fazer a denúncia são totalmente irrelevantes, desde que os factos denunciados sejam verdadeiros ou quando o denunciante tenha motivos razoáveis para acreditar que assim fossem."

Noutra vertente, a Diretiva ainda impõe aos Estados-membros que estabeleçam sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas, aplicáveis aos denunciantes que comuniquem ou divulguem publicamente, com conhecimento de causa, informações falsas, bem como medidas de indemnização dos danos resultantes de tais denúncias ou divulgações públicas.

Em suma, os motivos que levam o denunciante a fazer a denúncia são totalmente irrelevantes, desde que os factos denunciados sejam verdadeiros ou quando o denunciante tenha motivos razoáveis para acreditar que assim fossem.

VII. Divulgação pública

A Diretiva confere ainda proteção a quem fizer uma divulgação pública da informação denunciada, quando tenha previamente efetuado uma denúncia interna ou externa, **i)** sem que tenham sido tomadas medidas adequadas nos prazos previstos para o efeito; ou **ii)** quando tenha motivos razoáveis para acreditar que a violação pode constituir um perigo iminente ou manifesto para o interesse público ou ainda quando, ou **iii)** estando em causa uma denúncia externa, exista um risco de retaliação ou uma perspetiva diminuta de que a violação seja resolvida de forma eficaz, devido às circunstâncias específicas do caso, como as situações em que os elementos de prova podem ser ocultados ou destruídos ou em que uma autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou estar envolvida na violação.

VIII. Proibição de retaliação e medidas de proteção

Os Estados-membros devem adotar medidas para impedir **qualquer forma de retaliação** contra os denunciantes, direta ou indireta, incluindo as ameaças de retaliação ou tentativas de retaliação.

A principal medida de proteção do denunciante é a obrigação de manutenção da confidencialidade da identidade dos denunciantes, com exceção do pessoal autorizado para tratar a denúncia. Esta obrigação só pode ser derogada no contexto de uma investigação desencadeada pelas autoridades nacionais competentes ou no âmbito de processos judiciais.

Nestes últimos casos, os denunciantes devem ser informados antes da divulgação da sua identidade, salvo se tal informação comprometer as investigações ou processos judiciais relacionados. Ao informar o denunciante da divulgação, as autoridades devem dar-lhe a conhecer, por escrito, os motivos dessa divulgação.

Adicionalmente, a Diretiva prevê expressamente a adoção pelos Estados-membros de medidas de proteção do Denunciante no ambiente de trabalho, entre outras, a proibição de formas de retaliação como suspensão, despedimentos ou medidas equivalentes; despromoções ou recusas de promoção; transferência de funções, mudança de local ou horário de trabalho e redução de salários; avaliações negativas; aplicação de medidas disciplinares; coação, intimidação, assédio ou ostracização; danos à reputação, nomeadamente nas redes sociais, ou perda financeira; rescisão antecipada ou resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços.

Os Estados-membros devem ainda assegurar a assistência do *whistleblower* em eventuais processos judiciais destinados a fazer frente a eventuais retaliações, nomeadamente assistência jurídica gratuita, assistência financeira ou apoio psicológico aos denunciantes.

Para efetivar a proteção dos denunciantes e fomentar verdadeiramente o recurso aos canais de denúncia, a Diretiva estabelece que os Estados-membros devem também prever **sanções**, proporcionais e dissuasivas, aplicáveis a pessoas singulares ou coletivas que:

- i) Impeçam ou tentem impedir a denúncia;
- ii) Pratiquem atos de retaliação contra o denunciante ou contra as pessoas com ele relacionadas e tuteladas pela Diretiva;
- iii) Instauem processos vexatórios contra os denunciantes ou contra as pessoas com ele relacionadas e tuteladas pela Diretiva;
- iv) Violem o dever de manutenção da confidencialidade da identidade dos denunciantes;

Estes são, no essencial, os principais pontos que nos cumpre salientar do conteúdo nesta Diretiva, restando acrescentar que a Diretiva deixa na margem de discricionariedade dos Estados-membros o tratamento ou não de denúncias anónimas³ e não impõe a criação de um sistema de denúncia obrigatório, ou seja, em que a apresentação da denúncia seja obrigatória para quem no seio da sua organização tome conhecimento de uma infração. Competirá, portanto, a cada Estado-membro e, sendo caso disso, a cada organização ou empresa a opção por um sistema de denúncia obrigatório ou voluntário.

³ Em Portugal, o Artigo 246.º, n.º 6, do Código Processo Penal estabelece que "a denúncia anónima **pode** determinar a abertura do inquérito criminal se dele se retirarem indícios da prática do crime. Por seu turno a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, estabelece mesmo a **obrigatoriedade** de aceitação de denúncias anónimas apresentadas através dos canais internos em matéria de violações à lei ou aos regulamentos aplicáveis, bem como às políticas internamente definidas em matéria prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

"Os requisitos previstos na Diretiva vão ao encontro das melhores práticas definidas internacionalmente para os Programas de Compliance."

Os requisitos previstos na Diretiva vão ao encontro das melhores práticas definidas internacionalmente para os Programas de *Compliance*, **destacando-se como inovadores** a fixação de um prazo máximo para se dar o **feedback ao denunciante** (3 meses) e a **obrigatoriedade de disponibilização de informações**, não só sobre os procedimentos de denúncia internos, mas também sobre a possibilidade de apresentação de denúncias externas, bem como dos respetivos procedimentos.

O impacto destas normas no ordenamento jurídico português será certamente grande e muita tinta farão correr, sendo certo que a figura do *whistleblower* é um elemento essencial para a prevenção de delitos criminais no seio das organizações públicas ou privadas, bem como da efetiva implementação dos programas de *Compliance*.

Não temos dúvidas que esta Diretiva poderá constituir um instrumento significativo na mudança de mentalidades que se impõe e um passo importante no desenvolvimento de uma cultura de *compliance*, orientada para a prevenção da corrupção e dos demais delitos previstos no seu âmbito de aplicação, ainda que este esteja limitado a infrações que afetem políticas comuns e a violação do direito da União .

Compete agora ao legislador nacional a transposição da Diretiva, em colaboração com os parceiros sociais, de forma a incentivar os trabalhadores a cooperarem efetivamente na luta contra a corrupção, esperando que não se quede por uma regulação de mínimos, tanto mais que o potencial denunciante terá grande dificuldade em distinguir se a infração que pretende denunciar se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva ou não.

É assim desejável que a transposição da Diretiva tenha um efeito mais abrangente e que o legislador nacional evite criar diferentes níveis de proteção para os denunciante de ilícitos criminais ou contraordenacionais, adotando uma regulação completa do *whistleblower*, independentemente do âmbito de aplicação previsto na Diretiva, que não pode nem deve imiscuir-se nas competências legislativas próprias dos Estados-membros.