

Secção IV

PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES

36.

O regime jurídico da proteção do denunciante

Pedro Miguel Freitas

Sumário:

- I. Introdução
- II. Finalidade e âmbito de aplicação da Diretiva 2019/1937: ponto de partida
- III. Medidas de proteção do denunciante
- IV. Medidas de proteção da pessoa visada
- V. O pulso da ordem jurídica portuguesa quanto à proteção dos denunciantes
- VI. Traços de uma reforma legislativa
- VII. Considerações finais

RESUMO: A atenção dada à necessidade de consagração de medidas de apoio e proteção aos denunciantes não é recente, embora tenha conhecido um ímpeto reforçado com a entrada em vigor da Diretiva 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, cujo prazo-limite de transposição se verifica a 17 de dezembro de 2021. A sua transposição constitui uma oportunidade para a consagração de um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes na ordem jurídica portuguesa, que venha trazer coerência normativa e unidade de sentido a um sistema disperso, avulso e fragmentário, promovendo-se, desse modo, o mandato socio-comunitário de promoção da transparência, justiça e igualdade.

I. Introdução

A necessidade de proteção dos denunciantes não é algo recente. A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, de 30 de abril de 1999, além de instar os Estados a incriminar diferentes modalidades de corrupção, contempla, no artigo 22.º, alínea *a*), a necessidade de proteção efetiva e adequada das testemunhas e colaboradores da justiça, incumbindo aos Estados a tarefa de concretização da tipologia de medidas.

A inspiração do artigo 22.º encontra-se nas conclusões da 2.ª Conferência Europeia dos Serviços Especializados de luta contra a Corrupção, que decorreu em Tallinn (Estónia) em outubro de 1997, de onde se retira a ideia de que «deve ser introduzido um sistema adequado de proteção de testemunhas e de outras pessoas

que colaborem com as autoridades judiciais, incluindo não apenas um regime jurídico adequado, mas também os recursos financeiros necessários»¹.

A Recomendação n.º R (97) 13 do Comité de Ministros dirigida aos Estados-membros relativa à intimidação de testemunhas e aos direitos de defesa terá também influenciado as opções tomadas na Convenção, porventura em um nível mais acentuado do que o das conclusões de Tallinn, uma vez que apresenta, com maior profundidade e densidade, um conjunto de princípios, normas e medidas a implementar pelos Estados-membros destinados a assegurar um maior reconhecimento e proteção mais adequada das testemunhas, sobretudo no contexto da deteção e investigação da criminalidade organizada e criminalidade intrafamiliar.

Analisando mais detidamente a Recomendação, ressalta imediatamente a distinção entre duas figuras centrais: testemunhas e colaboradores.

Relativamente à primeira dessas figuras, fica patente que a definição avançada pela Recomendação não corresponde de todo àquela que normalmente lhe é associada². Testemunha é, de acordo com a Recomendação, «qualquer pessoa [...] que possua informação relevante para um processo penal», incluindo os peritos e intérpretes.

Por seu turno, um colaborador (da justiça) é todo aquele que «enfrenta acusações criminais, ou foi condenado, por participar em associação de malfeitores ou em qualquer outra organização criminosa, ou em infracções no âmbito da criminalidade organizada, mas que concorde em cooperar com as autoridades competentes, em particular fornecendo informações sobre a associação criminosa, organização ou outra infração penal relacionada com crime organizado» (*sic*)³.

De acordo com a Recomendação e anexo aí incluído, devem as testemunhas ser «encorajadas a comunicar qualquer informação relevante quanto a infracções penais às autoridades competentes e a concordar em prestar depoimento no tribunal».

A distinção entre testemunha e colaborador e a menção de que, no interesse da efetiva deteção e investigação de certo tipo de criminalidade, se faz necessário implementar mecanismos de incentivo e proteção resulta também da leitura do artigo 22.º da Convenção. Manteve-se a mesma classificação e o mesmo conteúdo material.

Ainda que a redação do artigo não proíba, pelo menos na sua literalidade, extrair entendimento diferente, a verdade é que a figura do colaborador da justiça é empregada com o mesmo sentido e alcance que conhece na Recomendação. Ou seja, quando na Convenção se diz que devem ser previstas medidas de proteção das «pessoas que forneçam informações relativas às infracções penais previstas nos artigos 2.º a 4.º ou que, de outro modo, colaborem com as autoridades responsáveis pela investigação ou pela instauração do procedimento criminal» [alínea *a*] do artigo 22.º], não se quer referir ao denunciante (*whistleblower*), mas antes ao colaborador

¹ Conselho da Europa, *Corruption in Public Procurement: Proceedings: Programme of Action Against Corruption: Reports of the 2nd European Conference of Specialised Services in the Fight Against Corruption*, Tallinn (Estónia), 27-29 October 1997, volume 964, 1998, p. 108.

² Afirma-se expressamente nesse instrumento jurídico que é irrelevante a caracterização processual efetuada por uma ordem jurídico-processual nacional para se saber se, para efeitos dessa Recomendação, uma pessoa assume ou não a posição processual de testemunha.

³ Cf. igualmente, ao nível da União Europeia, a Resolução do Conselho, de 20 de dezembro de 1996, relativa às pessoas que colaboram com a justiça na luta contra a criminalidade organizada internacional.

da justiça. Por isso, embora textualmente seja concebível uma interpretação diversa, a intenção do Conselho da Europa ao mencionar a figura do colaborador da justiça, na epígrafe no artigo e na primeira das suas alíneas, foi a de recuperar a definição avançada pela Recomendação, enquadrá-la no âmbito material da Convenção e, assim, considerar colaborador da justiça «as pessoas que enfrentam acusações criminais, ou foram condenadas, por participarem em crimes de corrupção, tal como previstos nos artigos 2 a 14 da Convenção, mas concordem em cooperar com as autoridades competentes, em particular fornecendo informações sobre esses crimes de corrupção em que se envolveram, para que as autoridades competentes possam investigar e processar»⁴.

Acresce que na figura da testemunha inclui-se o denunciante, ainda que a primeira seja definida como alguém que depõe relativamente às infrações previstas nos artigos 2 a 14 da Convenção, conforme a alínea *b*) do artigo 22.º da Convenção⁵.

Um tanto ou quanto contraintuitivamente, o denunciante pode ser beneficiário das medidas de proteção não ao abrigo da alínea *b*) do artigo 22.º, mas ao da alínea *a*), o que leva a alguns problemas de aplicação. Ao retirar o denunciante do âmbito de proteção conferido às pessoas referidas na alínea *a*), redação na qual se integraria sem grande esforço interpretativo – enquanto pessoa que fornece informações relativas a crimes de corrupção –, e ao passá-lo para a alínea *b*) contribui-se para uma desnecessária confusão de conceitos (testemunha e denunciante), que leva a que se faça depender a aplicação das medidas de proteção do denunciante à assunção da qualidade de testemunha. Teria sido preferível que a Convenção autonomizasse os conceitos de colaborador, testemunha e denunciante⁶.

Mais tarde, em 2003, surge a Convenção contra a Corrupção. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, reclama atenção para a importância de medidas de proteção de denunciante – «pessoas que dão informações», na terminologia aí usada – contra tratamentos injustificados. Consta no seu artigo 33.º que «[c]ada Estado-parte deverá considerar a incorporação no seu sistema jurídico interno de medidas adequadas para assegurar a proteção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infracções estabelecidas em conformidade com a presente Convenção». Distinguindo-as das medidas pensadas para a proteção de testemunhas, peritos e vítimas (artigo 32.º).

Entretanto entrou em vigor a Diretiva 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, que deverá ser transposta até 17 de dezembro de 2021. Trata-se de um marco importantíssimo ao nível da União Europeia na deteção, investigação e punição de práticas violadoras do Direito da União, cujos efeitos poderão repercutir-se além do seu (limitado) âmbito material de aplicação. A sua

⁴ Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

⁵ Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

⁶ No relatório explicativo à convenção encontra-se outra referência à figura do denunciante quando, a propósito das medidas de proteção, se afirma que «os termos “efetivos e adequados” [...] referem-se à necessidade de se adaptar o nível de proteção aos riscos que existem para os colaboradores da justiça, testemunhas ou denunciante». Cf. Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

transposição na ordem jurídica portuguesa, não concretizada até ao momento, deve suscitar profunda reflexão e diálogo com os *stakeholders*, não apenas quanto no modo como Portugal deve acomodar normativamente as soluções aí previstas e se e em que medida devemos alargar o seu âmbito de aplicação. Na verdade, e antecipando já a minha posição sobre este assunto, a questão não é tanto se devemos alargar, antes até que ponto devemos estender a manta de proteção de denunciante na ordem jurídica portuguesa.

II. Finalidade e âmbito de aplicação da Diretiva 2019/1937: ponto de partida

1. A referida Diretiva estabelece um conjunto de normas mínimas de proteção das pessoas («denunciante») que denunciem violações em certos atos e domínios de intervenção. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*), o âmbito de aplicação material abrange o conjunto de atos normativos elencados no seu anexo – e que se inserem nos domínios da contratação pública; serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo; segurança e conformidade dos produtos; segurança dos transportes; proteção do ambiente; proteção contra radiações e segurança nuclear; segurança dos géneros 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 –, bem como as violações lesivas dos interesses financeiros da União e àquelas relacionadas com o mercado interno⁷.

2. A tutela preconizada pela Diretiva está pensada para a pessoa singular que, no decurso das suas atividades profissionais, se depare com atos ou omissões violadoras das normas inscritas nos domínios acima referidos e as comunique ou denuncie. O conceito de denunciante para efeitos da Diretiva é pois o da «pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais» (artigo 5.º, n.º 7), com o que se destaca a circunstância de, *prima facie*, se identificar, em regra, o denunciante com o trabalhador, embora a ele não se limite. Aliás, perscrutando o artigo 4.º, desponta logo no seu início a referência aos denunciante enquanto trabalhadores do sector público ou privado, mas observa-se igualmente um alargamento do conceito de modo a incluir os não assalariados, estagiários, voluntários, titulares de participações sociais ou de órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores, entre outros.

A lista é extensa e meramente exemplificativa, uma vez que o legislador europeu se limitou a enunciar as pessoas relativamente às quais se mostra absolutamente essencial acautelar medidas de proteção, deixando em aberto a possibilidade de os Estados irem mais longe.

⁷ Retira-se do considerando 3 da Diretiva que as violações não têm de possuir natureza penal no âmbito do direito nacional. Pode ler-se que «[e]m certos domínios de intervenção, as violações do direito da União, independentemente da sua classificação ao abrigo do direito nacional como administrativas, penais ou como outros tipos de violações, podem lesar gravemente o interesse público, na medida em que criam riscos significativos para o bem-estar da sociedade».

A atenção mais próxima dada ao denunciante-trabalhador justifica-se pelo desequilíbrio de forças existente entre trabalhador e empregador que resulta, por via de regra, da dependência económica do primeiro relativamente ao segundo.

Ainda que não tenham o designativo de denunciante, pelo menos nos termos do artigo 5.º, n.º 7, na medida em que nessa norma só se procede a uma menção às pessoas singulares, as pessoas coletivas deverão beneficiar de medidas de proteção, desde que sejam detidas pelos denunciante, ou para elas trabalhe o denunciante ou às quais esteja o denunciante ligado de alguma forma num contexto profissional. Naturalmente que, justificando-se a previsão e aplicação de medidas de proteção a pessoas coletivas, dever-se-á atender às suas características e especificidades ontológicas que a distinguem das pessoas singulares. A este aspeto voltaremos adiante.

III. Medidas de proteção do denunciante

Quando a Diretiva se ocupa, no seu capítulo VI, das chamadas «Medidas de proteção», vem, em primeira linha, impor uma obrigação aos Estados-membros de tomarem medidas que protejam as pessoas referidas no artigo 4.º contra atos de retaliação. Atos esses que podem ir desde o despedimento ou não renovação do contrato de trabalho até à discriminação, intimidação ou coação (artigo 19.º).

Na realidade, não basta que o denunciante seja uma das pessoas enunciadas no artigo 4.º para que possa beneficiar de medidas de proteção. Demanda-se ainda o preenchimento de dois pressupostos cumulativos: o denunciante tenha tido motivos razoáveis para crer que as informações sobre violações comunicadas eram verdadeiras no momento em que foram transmitidas e que estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva; e tenha denunciado internamente, externamente ou realizado uma divulgação pública, nos termos da Diretiva.

Preenchidos os pressupostos, estão em condições de poderem ser beneficiários de medidas de proteção contra atos de retaliação. Infelizmente, quanto a estas, a Diretiva é muito parca. É certo que no artigo 21.º se enunciam alguns exemplos de medidas de proteção, mas, em larga medida, a concretização, alcance e tipologia das medidas de proteção está nas mãos dos Estados. No artigo 21.º encontram-se essencialmente as seguintes medidas de proteção:

- inexistência de responsabilidade por difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou violação de restrições à divulgação de informações com fundamento na denúncia realizada;
- inexistência de responsabilidade pelo ato de acesso ou obtenção de informações, que mais tarde foram comunicadas ou divulgadas à luz da Diretiva, desde que essa conduta não esteja tipificada como uma infração penal autónoma;
- presunção de que o prejuízo sofrido por um denunciante após uma denúncia corresponde a um ato de retaliação, isto é, ocorre uma inversão do ónus da prova, sendo da responsabilidade da pessoa que tomou a medida prejudicial, pessoa essa que normalmente será aquela visada pela denúncia⁸, provar que a medida se sustentou em razões válidas;

⁸ Definida como uma «pessoa singular ou coletiva referida na denúncia ou na divulgação pública como autora da violação ou que a esta seja associada» (artigo 5.º, n.º 10).

- proteção da identidade;
- consagração de vias de recurso e de indemnização de dados.

A par destas medidas de proteção, deverá ser providenciado aconselhamento, prestação de informações e apoio judiciário, para além da possibilidade de apoio financeiro ou psicológico.

Num outro nível de proteção, que poderíamos classificar de mediato, temos a previsão e aplicação de sanções, de natureza civil, administrativa ou penal, a pessoas singulares ou coletivas que impeçam ou tentem impedir a denúncia, pratiquem atos de retaliação, instaurem processos vexatórios ou violem o dever de manutenção da confidencialidade da identidade dos denunciantes.

A finalidade do sancionamento destes comportamentos é essencialmente de teor preventivo, tendo por fundamento a necessidade de conferir eficácia às normas de proteção dos denunciantes. Nas palavras do legislador europeu, a «imposição de sanções a pessoas que pratiquem atos de retaliação ou outros atos prejudiciais contra denunciante pode desencorajar esses atos» (considerando 102), justificando-se por isso que os Estados-Membros prevejam tais sanções com alguma discricionariedade quanto à escolha da sua natureza e gravidade, mas vinculados aos critérios da efetividade, proporcionalidade e capacidade dissuasora.

IV. Medidas de proteção da pessoa visada

A Diretiva tem por objetivo primordial, como se disse, conferir um quadro normativo de proteção para os denunciante de condutas violadoras de específicos domínios de relevância europeia. Mas uma denúncia é feita contra outra pessoa, uma pessoa singular ou coletiva que alegadamente terá praticado, ativa ou omissivamente, uma conduta ou nela colaborado. E se de alegações ou meras possibilidades estamos a falar, é imperativo que se acautelem os direitos da pessoa visada pela alegação. Daí que se tenha sentido a necessidade de reiterar os direitos e garantias fundamentais que não podem deixar de ser reconhecidos às pessoas visadas (pessoas singulares ou coletivas), nomeadamente o direito a recurso efetivo, direito de audição, direito de acesso ao processo, direito a um processo justo, proteção da identidade e o respeito pelo princípio de presunção de inocência (artigo 22.º da Diretiva).

No mesmo diapasão, deve prever-se a punição dos denunciante que tenham comunicado ou divulgado informações que saibam ser falsas, para além da possibilidade de serem obrigados a indemnizar pelos danos causados com a comunicação ou divulgação de informações falsas.

V. O pulso da ordem jurídica portuguesa quanto à proteção dos denunciante

A proteção dos denunciante na ordem jurídica portuguesa é regulada de forma tímida e esparsa, não existindo (infelizmente) um diploma que se ocupe exclusivamente desta matéria e estabeleça um regime jurídico da proteção dos denunciante. A abordagem é essencialmente sectorial e fragmentária, corporizando distintos níveis de proteção consoante o ramo jurídico no qual este esteja enquadrado. Sem qualquer pretensão de exaustividade, refiram-se os artigos 116.º-AA e 116.º-AB do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (Regime Geral das Instituições de Crédito

e Sociedades Financeiras)⁹, a Lei n.º 93/99, de 14 de julho (Lei de proteção de testemunhas)¹⁰, o artigo 368.º-E do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários)¹¹, o artigo 4.º da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril (Medidas de combate à corrupção)¹², os artigos 29.º, n.º 6, e 331.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho)¹³, os artigos 87.º-A e 250.º-A da Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro (Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo)¹⁴ e os artigos 20.º, 56.º e 108.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (Medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo)¹⁵.

⁹ Em especial, os n.ºs 3 e 4 do artigo 116.º-AB, cuja redação é a seguinte: «3 – É igualmente garantida a confidencialidade sobre a identidade do denunciante a todo o tempo ou até ao momento em que essa informação seja exigida para salvaguarda dos direitos de defesa dos visados pela denúncia, no âmbito das investigações a que a mesma dê lugar ou de processos judiciais subsequentes. 4 – As participações efetuadas ao abrigo do disposto nos números anteriores não podem, por si só, servir de fundamento à instauração pela instituição de crédito de qualquer procedimento disciplinar, civil ou criminal relativamente ao autor da participação, exceto se as mesmas forem deliberada e manifestamente infundadas.»

¹⁰ Relevante na medida em que o denunciante assuma a qualidade de testemunha ou este regime lhe seja aplicável por força de norma legal (p. ex., o artigo 368.º-E, n.º 3, do Código de Valores Mobiliários). No artigo 2.º, alínea *a*), da Lei 93/99, de 14 de julho, concretiza-se que testemunha é «qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem [...]».

¹¹ Segundo o qual «1 – A CMVM coopera e troca informações e elementos com autoridades administrativas ou judiciais, no âmbito de procedimentos administrativos ou judiciais de proteção de trabalhadores contra discriminação, retaliação ou outras formas de tratamento não equitativo, por parte do empregador, que estejam relacionados com a apresentação de denúncias, provas ou informações de infrações à CMVM. 2 – Ao denunciante é assegurada, designadamente: *a*) A prestação de informação sobre meios de tutela jurisdicional ou administrativa de proteção do denunciante contra discriminação, retaliação ou outras formas de tratamento não equitativo por parte da entidade empregadora por força da apresentação de denúncia; *b*) A certificação da condição de denunciante por parte da CMVM. 3 – Ao denunciante que, por qualquer forma, intervenha em processo criminal ou contraordenacional relacionado com a denúncia apresentada à CMVM é aplicável o regime de proteção das testemunhas, com as devidas adaptações.»

¹² No n.º 1 do artigo: «Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado que denunciem o cometimento de infracções de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária, ser prejudicados.»

¹³ Cf. n.º 6 do artigo 29.º: «O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório». Acrescentando o artigo 331.º, n.º 1, alínea *d*), que será abusiva a sanção disciplinar motivada pelo facto de o trabalhador «ter alegado ser vítima de assédio ou ser testemunha em processo judicial e/ou contraordenacional de assédio.»

¹⁴ Uma vez que «[à]s informações, provas e denúncias que sejam dadas a conhecer à CMVM, relativas a infrações previstas no presente Regime Geral e sua regulamentação é aplicável o regime previsto no Código dos Valores Mobiliários».

¹⁵ Veja-se, por exemplo, os n.ºs 3, 4, 6 e 8 do artigo 56.º, nos termos dos quais «[a]s entidades obrigadas abstêm-se de quaisquer ameaças, atos retaliatórios ou hostis e, em particular, de práticas laborais desfavoráveis ou discriminatórias contra quem, de boa-fé, preste as informações, os documentos e os demais elementos [...], «[a] disponibilização das informações, dos

Até ao momento Portugal não transpôs a Diretiva 2019/1337, nem tenho conhecimento de qualquer iniciativa legislativa neste domínio.

VI. Traços de uma reforma legislativa

1. A dispersão legislativa em matéria de proteção de denunciante, aliada à obrigação de transposição da Diretiva 2019/1337 até 17 de dezembro de 2021, constitui uma proveitosa oportunidade para o legislador proceder a uma reforma profunda neste domínio. Oportunidade reconhecida aliás pelo próprio Governo. Na recente Lei das Grandes Opções para 2021-2023 (Lei n.º 75-C/2020, de 31 de dezembro), comprometeu-se mesmo, no âmbito da prevenção e luta contra a corrupção e fraude, a criar um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes¹⁶, «abrangendo e articulando as normas sobre denunciantes previstas no direito vigente».

Diante desta oportunidade/dever que linhas estruturantes de reforma devem ser seguidas?

A Diretiva 2019/1337, como em muitos outros atos jurídicos da mesma natureza, procura assegurar uma harmonização mínima de normas, não impedindo os Estados-Membros de alargarem o âmbito material de aplicação das normas de proteção dos denunciantes a outros domínios relevantes.

2. A criação um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes é uma de várias opções possíveis que o legislador português tem ao seu dispor. É por demais apodítico que uma Diretiva obriga vincula os Estados-membros aos resultados a alcançar e não quanto à forma ou meios, pelo que o Estado português poderá, em abstrato, prosseguir pelo menos um de dois caminhos: o da modificação das normas aplicáveis nos mais diversos sectores jurídicos¹⁷; ou da transposição simples, direta e imediata da Diretiva para um diploma jurídico nacional autónomo.

Qualquer destes caminhos tem vantagens e desvantagens¹⁸. A revisão dos diferentes diplomas jurídicos com relevância neste domínio, desde o regime de prevenção do branqueamento de capitais ao Código do Trabalho, é em si mesmo uma tarefa complexa, demorada e minuciosa. Apresenta virtualidades relacionadas com a maior contextualização e especialização das normas jurídicas, incluindo as que preveem medidas de proteção, a um concreto ramo jurídico, às suas especificidades e exigências, mas poderá originar repetições, incongruências e inconsistências hermenêuticas, disparidades no nível de proteção concedido aos denunciantes, quando não mesmo lacunas de previsão. A outra abordagem possível, que é aquela

documentos e dos demais elementos [...] não pode, por si só, servir de fundamento à promoção, pela entidade obrigada, de procedimento disciplinar, civil ou criminal contra quem os faculte, exceto se a referida disponibilização for deliberada e manifestamente infundada», «[a]s entidades obrigadas asseguram a confidencialidade da identidade dos colaboradores [...] perante quaisquer terceiros» e «[o]s colaboradores que sejam objeto das circunstâncias e práticas referidas no n.º 3 por comunicarem suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, quer internamente, quer à Unidade de Informação Financeira, podem: a) Apresentar queixa às autoridades competentes [...]; b) Intentar ação cível [...]».

¹⁶ P. 171-(308).

¹⁷ *Vd.* ponto 5.

¹⁸ Importante quanto a isto, SIMON GERDEMANN e NINON COLNERIC, «The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part 2», in *European Labour Law Journal*, 2020, pp. 12 e ss.

habitualmente seguida pelos legisladores dos Estados-membros, a da transposição, permite, sem sombra de dúvidas, o cumprimento sem grande esforço da obrigação imposta pelo direito da União Europeia de transposição da Diretiva, evitando, à primeira vista, um qualquer procedimento por infração. No entanto, esta abordagem minimalista não evita, ou pelo menos não deveria evitar, a apreciação crítica da compatibilidade das normas jurídicas preexistentes na ordem jurídica portuguesa com o diploma que proceda à transposição da Diretiva, sob pena de não se transpor verdadeira e efetivamente a Diretiva.

O caminho que deve ser percorrido por Portugal é uma espécie de *tertium genus*. Tendo por base a transposição da Diretiva, deverá ser criado um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes, em diploma jurídico autónomo, que agregue as soluções jurídicas da Diretiva (e outras preexistentes no nosso ordenamento jurídico) e constitua a referência legal neste domínio, independentemente do específico sector jurídico em que se suscite a aplicação deste regime. Naturalmente que será necessário escarpelizar as normas sectoriais, eliminando-as, modificando-as ou simplesmente substituindo-as por remissões para o regime geral, mas, além de assim se promover a eliminação de repetições desnecessárias, um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes aumentaria a consistência, clareza e certeza na interpretação e aplicação das normas neste domínio.

A igual passo, enveredando-se por uma ampliação do âmbito material de aplicação das normas de proteção dos denunciantes à generalidade das infrações criminais e contraordenacionais, pelo menos às de gravidade não diminuta, dar-se-ia solução ao problema do surgimento de lacunas de previsão inerentes a uma abordagem exclusivamente sectorial. Só desse modo se garantiria o respeito pelo princípio da igualdade na proteção dos denunciantes e se evitaria o absurdo de ser dada maior proteção a um denunciante de uma violação do Direito da União Europeia, eventualmente de natureza não penal, do que a um denunciante de uma infração penal de gravidade elevada, mas que não constitua uma violação das matérias elencadas na Diretiva.

Mais. Não seria completamente disparatado considerar a possibilidade de se consagrar uma cláusula geral material num futuro regime jurídico de proteção dos denunciantes em virtude da qual se favoreça a denúncia de comportamentos graves, de inegável interesse público quanto ao seu esclarecimento, mesmo quando sua contrariedade às normas jurídicas aplicáveis não seja líquida ou evidente. Diante da sua fluidez normativa, este tipo de cláusulas mereceria reflexão aturada e redação cuidada, é certo. Mas, sopesados os seus benefícios e prejuízos, tendencialmente advogaria a sua aceitação, pois, como assinalam GERDEMANN e COLNERIC, o instrumento da denúncia deve servir não só o propósito de reforço do *status quo* jurídico, mas também o de crítica das suas deficiências, riscos e falhas, de que são exemplo casos como os de «Heinisch [...] no qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu que a divulgação de falhas sérias em cuidados pessoais causadas por uma crónica falta de recursos num lar não constituía uma violação clara do direito aplicável na altura, mas era do interesse público. Mesmo no internacionalmente reconhecido caso de Edward Snowden, ex-funcionário da CIA, o cerne do que divulgou não incluía violações das leis norte-americanas atuais [...]»[.] as práticas de vigilância digital empregadas pelos serviços de inteligência norte-americanos

eram maioritariamente legais de acordo com as leis criadas durante a «guerra ao terror»¹⁹.

3. A Diretiva deve ser perspectivada como um ponto de partida e não de chegada²⁰. Entre limitações e alguma falta de assertividade, politicamente explicada, não se vislumbra na redação da Diretiva arrojo suficiente para que não se comprometa uma proteção integral e efetiva de todas as formas de retaliação contra denunciantes. A vários níveis²¹:

- a aplicação das medidas de proteção deveria ser prevista quer em caso de denúncias de violações do direito da União Europeia quer do direito nacional, alargando-se desse modo o seu âmbito material e pessoal;
- impõe-se a implementação de mecanismos mais robustos de proteção contra processos judiciais retaliatórios;
- a garantia da disponibilidade de vias de recurso e de indemnização de danos sofridos, conforme é exigido pelo artigo 21.º, n.º 8, da Diretiva, não basta, havendo que se certificar a realidade e efetividade do seu funcionamento, desde a hipótese de reintegração do trabalhador até à indemnização por perda de salários vencidos, rendimentos não auferidos, custas legais, despesas médicas, danos morais e dos demais prejuízos sofridos;
- instituir-se a obrigação de aceitação e seguimento das denúncias anónimas remetidas a entidades jurídicas do sector privado ou público e a autoridades competentes²²;
- introduzir-se um regime sancionatório para os casos de incumprimento na criação de canais de denúncia, no seguimento de denúncias e no apoio e proteção de denunciantes.

4. A consulta dos *stakeholders* é fundamental para a tomada de posição nos aspetos mais controvertidos de um potencial regime jurídico geral de proteção dos denunciantes. Veja-se o exemplo da República da Irlanda que, em meados de 2020, promoveu uma consulta pública relativa à transposição da Diretiva, colocando questões como as de saber se as denúncias anónimas deveriam ser aceites (artigo 6.º da Diretiva), se se justificaria obrigar as entidades jurídicas do sector privado ou público com menos de 50 trabalhadores a criar canais de denúncia interna, se se deveria permitir-se a partilha de canais de denúncia interna entre diversos

¹⁹ SIMON GERDEMANN e NINON COLNERIC, «The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part 2», cit., pp. 11-12

²⁰ No mesmo sentido, Transparency Internacional, «Will the EU miss its chance to properly protect whistleblowers?», 2020, disponível em <https://www.transparency.org/en/news/will-the-eu-miss-its-chance-to-properly-protect-whistleblowers>.

²¹ Segue-se de perto, Transparency Internacional, «Will the EU miss its chance to properly protect whistleblowers?», 2020, disponível em <https://www.transparency.org/en/news/will-the-eu-miss-its-chance-to-properly-protect-whistleblowers>.

²² Os Estados-Membros têm competência para decidir se as denúncias anónimas poderão constituir uma espécie admissível de denúncia [artigos 6.º, n.º 2, e 9.º, n.º 1, alínea e), e considerando 34 da Diretiva].

municípios, ou que medidas de apoio deveriam os denunciante ter acesso e quem ficaria responsável pelo seu asseguramento²³.

V. Considerações finais

Uma transposição minimalista da Diretiva, que desconsidere a oportunidade que a Diretiva suscita de se criar um regime geral de proteção dos denunciante, seria um mau serviço prestado ao país, às suas instituições públicas e privadas e aos seus cidadãos, e um rude golpe na pretensão de luta contra a corrupção e demais criminalidade.

A decisão de denúncia é um ato de coragem e de cidadania. Um ato muitas vezes levado a cabo com pesados custos pessoais. Cabe ao Estado mitigar os riscos e consequências para aqueles que, tendo motivos razoáveis para crer que as informações que possuem e pretendem denunciar são verdadeiras, decidem comunicar a sua existência. Para tanto, impõe-se a previsão de um regime jurídico geral de proteção dos denunciante norteado na sua redação pelos valores e regras da certeza, clareza, transversalidade e abrangência multissetorial, que cumpra não apenas os mínimos impostos por Bruxelas, mas materialize o mandato sociocomunitário de promoção da transparência, justiça e igualdade.

²³ Cf. <https://www.gov.ie/en/consultation/8b345-consultation-on-the-transposition-of-directive-eu-20191937-of-the-european-parliament-and-the-council-on-the-protection-of-persons-who-report-breaches-of-union-law-eu-whistleblowing-directive/>.