

A LAI E A PROTEÇÃO LEGAL AO SERVIDOR DENÚNCIANTE – “O WHISTLEBLOWER”

João Francisco da Mota Junior

Especialista em Processo Civil e Penal – UFBA; Pós-graduado em Ciências Jurídicas – UCSal/Emab;
Especialista em Direito Empresarial – Ucam/Instituto A Vez do Mestre; Professor da Unieuro (Brasília-DF-Brasil);
Analista de Finanças e Controle – Controladoria-Geral da União; Conselheiro Nacional de Segurança Pública

A nova Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/11, sem dúvida, trará profundas mudanças de paradigmas não apenas para a sociedade como também para a Administração Pública, fazendo com que gestores e servidores públicos mudem suas atitudes no que diz respeito ao cuidar e disponibilizar as informações públicas. Implementar-se-á uma difusão à cultura de acesso e publicidade ampla.

Denominada “LAI”, trata-se de uma lei nacional, aplicada a todos os entes federativos e Poderes da União. No entanto, diversos dispositivos aplicam-se somente no âmbito da Administração Federal, haja vista as limitações trazidas pelas competências constitucionalmente previstas.

Neste particular, o novel normativo introduziu “a proteção do servidor *whistleblower*” ao alterar dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Lei nº 8.112/90.

Sem pretender buscar ou introduzir estrangeirismos, mas procurando melhor entendê-lo a partir da sua origem, o instituto teria surgido do *whistleblowing* utilizado no âmbito privado, muito usado nas grandes empresas, sobretudo nos Estados Unidos, a fim de que fossem mais bem detectadas e combatidas as irregularidades e os desvios de condutas, inclusive corruptivas.

Numa tradução livre, seria aquela pessoa que “sopra o apito”, “dá o alerta”, delata, relata, informa, divulga, denuncia.

Com efeito, não existe uma definição jurídica comum do que constitui o *whistleblowing*. A Organização Internacional do Trabalho – OIT

define-o como relatos de empregados ou ex-empregados sobre condutas ilegais, irregulares, práticas perigosas ou antiéticas por parte dos empregadores. O instituto, entretanto, passou a ter maior conotação no combate à corrupção. Assim, a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE¹ traz em seus arts. 1º e 2º normas gerais de proteção ao funcionário denunciante. Refere-se à proteção contra discriminação ou punição disciplinar de empregados dos setores público e privado que denunciem de boa-fé e com razoáveis motivos para as autoridades competentes (Recomendação Anti-Corrupção 2009).²

Com base nestes conceitos, pode-se definir *whistleblower* como a pessoa que relata informações que, razoavelmente e com boa-fé, acredita ser evidência de um crime, violação das regras de trabalho, conduta ímproba, atos de corrupção ou qualquer outro assunto que deva ser de conhecimento das autoridades responsáveis, em face de seu interesse público.

De fato, com as novas teorias de uma Administração Pública gerencial torna-se importante incentivar a incorporação de tal instituto na esfera pública.

Conforme o art. 3º, § 8, da Convenção Interamericana contra a Corrupção³ (Convenção de Caracas), os Estados-parte se comprometeram a criar sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição

1. Concluída em Paris em dezembro de 1997 e promulgada pelo Brasil pelo Dec. nº 3.678, de 30.11.00.

2. Recomendação do Conselho para o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais. Seção IX.ii e Seção X.C.v, e Anexo II da Recomendação, *Guia de Boas Práticas de Controle Interno, Ética e Compliance*.

3. Convenção da OEA, realizada na Venezuela, em 29 de março de 1996, e promulgada pelo Dec. nº 4.410, de 7.10.02.

do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

De igual modo, estabeleceu a Convenção de Mérida (ONU, 2003),⁴ em seu art. 33, ao dispor sobre a “proteção aos denunciadores”, que cada Estado participante deveria considerar a possibilidade de incorporação em seu ordenamento jurídico de “medidas apropriadas a proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem às autoridades competentes, de boa fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados a delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”, além das disposições quanto a funcionários públicos previstas no art. 8º, §§ 4º e 5º. Ainda no art. 13, referente à participação popular, é de clareza ímpar o parágrafo que estipula a adoção de medidas apropriadas a garantir que o público conheça os órgãos engajados na luta contra a corrupção, facilitando os seus acessos quanto ao procedimento de denúncias, inclusive anônimas, e o conhecimento de incidentes que possam ser considerados constitutivos de atos corruptivos. Protegeram-se, por fim, as testemunhas, os peritos e as vítimas (art. 32).

Em novembro de 2010, em Seul, a Cúpula do G20 (por meio do G20 *Anti-Corruption Working Group* – AWG) identificou a proteção dos denunciadores como uma das áreas de alta prioridade em sua agenda de combate à corrupção mundial, ratificando a preocupação com o tema, como já havia sinalizado o governo brasileiro.

Assim, nesse período, já em trâmite, adveio a LAI trazendo alterações à Lei nº 8.112/90, como a proteção a este servidor *whistleblower*, *in verbis*:

“Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública” (Acrescentado pelo art. 44 da Lei nº 12.527/11.)

Antes de tecer algumas considerações sobre esta proteção, percebe-se que o legislador pátrio foi bastante tímido no tocante a este aspecto e aos seus mecanismos.

Do Direito Comparado extrai-se que muitos normativos protegem os denunciadores, por meio de legislação específica, como no Japão (*Whistleblower Protection Act* – WPA, 2004), na África do Sul (*Protected Disclosures Act* – PDA, 2000) e no Reino Unido (*Public Interest Disclosure Act* – PIDA, 1998).

Alguns trazem disposições em leis penais, como o Código Criminal canadense, que proíbe a retaliação contra empregado que forneça informações sobre um crime; o Código Criminal do México ou o Código Criminal Federal dos Estados Unidos, alterado pela Lei *Sarbanes-Oxley Act* (*SOX Act*), que impõem multa e/ou prisão contra retaliação de informante que forneça informações confiáveis sobre o possível cometimento de qualquer “ofensa federal”.

Neste último exemplo, e como marco de desenvolvimento desta proteção legal, há o *Whistleblower Protection Act* – WPA norte-americano, de 1989, quando o Congresso Americano emendou o *Civil Service Reform Act* de 1978, que fortalece, em geral, a garantia de proteção aos denunciadores no Governo Federal, conferindo prazos mais amplos para o ajuizamento de ações no *Merit Systems Protection Board*, alterando o ônus da prova em casos de alegações de retaliações sofridas em função de denúncias e garantindo o direito do servidor de obter honorários e custas decorrentes do litígio. Pelo WPA-USA, houve ainda a proteção do servidor que se recuse a executar ordens ilegais, ampliando a proteção que existia anteriormente e que se restringia ao direito do servidor de protestar após executar a ordem, fato este já previsto em nosso sistema (art. 116, IV, da Lei nº 8.112/90).

No âmbito constitucional, há dispositivo expresso na Constituição chinesa para proteger o cidadão que denuncie, proibindo-se retaliações (art. 41). A Constituição equatoriana, por sua vez, dispõe que todos têm o dever de “denunciar e combater os atos de corrupção” (art. 97, XIV), o

4. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Mérida, México. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 31.10.03. Ratificada pelo Brasil por meio do Dec. nº 5.687, de 31.1.06.