

O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português^[*]

Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[*] O presente artigo corresponde a uma versão ligeiramente desenvolvida – em especial no ponto “I. Panorama Geral” – da comunicação apresentada no Colóquio Internacional “*Whistleblowing* e la prevenzione dell’*illegalità*”, realizado na Università degli Studi di Milano (Itália), nos dias 18 e 19 de Novembro de 2019.

SUMÁRIO: I. Panorama geral. II. A promoção do *whistleblowing*. III. A protecção do *whistleblower*. IV. Consideração final.

No presente estudo apresentarei uma súmula do regime normativo português relativo ao *whistleblowing*, acompanhada de algumas observações sobre o modo como é levado à prática no nosso país, primeiro sob a perspectiva da promoção do *whistleblowing* e depois da protecção dos *whistleblowers*. Antes disso, porém, começarei por avançar algumas linhas gerais sobre o fenómeno do *whistleblowing*, para que a exposição sobre as normas e as práticas nacionais possam aparecer devidamente contextualizadas.

I. PANORAMA GERAL

1. *Whistleblowing* é o termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a actividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo.

A figura do *whistleblowing* remonta à *False Claims Act*^[1], uma lei aprovada no ano 1863, no período da Guerra Civil norte-americana, como forma de reagir às fraudes sofridas pelo Governo Federal dos EUA na contratação de meios para o esforço de guerra^[2]. Nesse contexto, foi instituído um procedimento para que os particulares pudessem actuar em prol dos interesses patrimoniais das entidades públicas defraudadas, intentando acções, mesmo em seu próprio nome, no interesse da instituição lesada – as denominadas acções *qui tam*^[3]. Prerrogativa acompanhada da promessa de uma compensação correspondente a um quinhão dos valores recebidos por essa entidade em virtude da iniciativa do particular^[4]. A *False Claims Act* vigora ainda hoje^[5], naturalmente com um conteúdo distinto do originário^[6], mas seguindo o essencial do espírito que o animou, sendo fatora de uma autêntica indústria do *whistleblowing*, em larga medida alimentada por escritórios de advogados especializados na apresentação de acções *qui tam*, remunerados numa base de *quota litis*^[7].

A *False Claims Act* assume uma importância tal que é vista como “o instrumento mais efectivo que o Governo tem ao seu dispor para combater a fraude contra os contribuintes”^[8]. Não foi, porém, sob a matriz que assumiu nesse diploma que o *whistleblowing* de

[1] “An Act to prevent and punish Frauds upon the Government of the United States”, de 02/03/1863 – <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/37th-congress/session-3/c37s3ch67.pdf>.

[2] EVAN J. BALLAN, “Protecting whistleblowing (and not just whistleblowers)”, in *Michigan Law Review*, Vol. 116, 2017, p. 478 e ss.

[3] § 4: “Such suit may be brought and carried on by any person, as well for himself as for the United States [...]”.

[4] § 6: “[...] the person bringing said suit receive and prosecuting it to final judgment shall be entitled to receive one half the amount of such forfeiture, as well as one half the amount of the damages he shall recover and collect; and the other half thereof shall belong to and be paid over to the United States [...]”.

[5] *United States Code*, Título 31, §§ 3729-3733.

[6] Sobre as vicissitudes da sua evolução, EVAN J. BALLAN, *cit.*, p. 480 e ss.

[7] Para uma síntese das somas envolvidas anualmente, na ordem dos milhares de milhões de dólares, cf. <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1233201/download>.

[8] Senador Federal Chuck Grassley, *apud* EVAN J. BALLAN, *cit.*, p. 482.

origem norte-americana se expandiu à escala global com o sentido descrito no parágrafo com que abrimos o presente ponto. O que verdadeiramente o catapultou na esfera internacional foi antes a Lei Sarbanes–Oxley (SOX)^[9], de 2002. Nela foi estabelecido um regime de protecção dos trabalhadores de sociedades cotadas em bolsa que actuem como *whistleblowers*^[10], designadamente, proibindo retaliações sobre trabalhadores que denunciem ou prestem colaboração em investigações, internas ou externas, relativas a determinadas infracções cometidas no quadro da empresa a que estão ligados^[11], e impondo a obrigação de introdução de canais internos de denúncia que possibilitem aos trabalhadores alertar o órgão de auditoria para suspeitas de práticas contabilísticas e de auditoria questionáveis^[12].

Estas normas de salvaguarda do *whistleblower* e de imposição de criação de condições para a efectivação do *whistleblowing* tiveram a montante décadas de institucionalização jurídica de formas de *whistleblowing* deste cariz tanto no plano legal^[13], como no corporativo, sob a forma de códigos de conduta introduzidos por iniciativa das próprias sociedades cotadas (auto-regulação)^[14]. Como *justificação* para a implementação destes mecanismos, alude-se à sua utilidade “não só para garantir um melhor governo societário e a confiança numa verdadeira ética empresarial, como também a

[9] Para uma primeira aproximação a este diploma, aprovado pelo legislador norte-americano em resposta a fraudes contabilísticas que estiveram na base do colapso de algumas grandes empresas (Enron, WorldCom, Tyco International), cf. “The Good, the Bad, and Their Corporate Codes of Ethics: Enron, Sarbanes-Oxley, and the Problems with Legislating Good Behavior”, in *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, p. 2123 e ss.

[10] BEATRIZ GARCÍA MORENO, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, in Adán Nieto Martín (Dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 210 e ss.

[11] § 806 da Lei Sarbanes-Oxley.

[12] § 301/4 da Lei Sarbanes-Oxley.

[13] V. g., a *Whistleblower Protection Act*, de 1989.

[14] RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS, “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: “whistleblowing” interno vs. “whistleblowing” externo”, in S. Mir Puig et al. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de Prevención, Detección y Reacción Penal*, Madrid: Edisofer, 2014, p. 467.

razões de política criminal: [...] a introdução destes sistemas facilita a descoberta e a prevenção de factos ilícitos que podem ser levados a cabo no quadro da actividade empresarial, um meio a que as investigações policiais e judiciais têm dificuldades em aceder”^[15].

A aplicabilidade da disciplina do *whistleblowing* constante da Lei Sarbanes–Oxley a todas as empresas cotadas nas bolsas norte-americanas, incluindo as estrangeiras, levou a que tal regime tivesse acabado por influenciar os códigos de conduta internos de empresas das mais diversas paragens. Concomitantemente, legisladores e reguladores de outros países e instituições internacionais inspiraram-se na Lei Sarbanes-Oxley e noutros diplomas norte-americanos para instituir mecanismos de protecção dos *whistleblowers*. Um movimento que, no espaço da União Europeia, culminou^[16] na recente publicação da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União^[17].

2. Um olhar sobre o modo como o *whistleblowing* é em geral acolhido e regulado pelos legisladores permite apontar alguns dos seus traços essenciais, bem assim como estabelecer uma sua delimitação subjectiva, de forma a identificar quem pode ser qualificado como *whistleblower*:

2.1. O *whistleblowing* poderá ter lugar no interior do ente colectivo em que o *whistleblower* se integra, mediante reporte de suspeitas de ilegalidades ou irregularidades à pessoa ou ao órgão internamente incumbidos de receber participações dessa natureza (*denúncia interna*).

[15] RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS, *cit.*, p. 466.

[16] Na Diretiva (UE) 2019/1937 faz-se referência a numerosa legislação da União Europeia que já antes, nos

mais variados domínios, determinava a adopção de medidas de protecção dos *whistleblowers*.

[17] Para uma primeira análise desta Directiva, ANGELA DELLA BELLA,

La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo, in www.sistemapenale.it, 2019.

Para o efeito, deverão instituir-se canais e procedimentos internos de comunicação das suspeitas que permitam assegurar a confidencialidade dessas denúncias internas e o sigilo sobre a identidade dos seus autores, devendo estes ser postos a par, dentro de um período razoável, do seguimento que internamente foi dado às suas comunicações.

Pode suceder que, em vez de (ou após, sem sucesso) sinalizar internamente as suas suspeitas, o *whistleblower* as comunique antes a entidades externas, judiciais ou administrativas, com competência para a investigação dos factos participados (*denúncia externa*). E não será de excluir a possibilidade de ser qualificada como *whistleblowing* a partilha das suspeitas com jornalistas ou órgãos de comunicação social (*divulgação pública*), nomeadamente, naqueles casos em que haja um justificado receio de que as autoridades públicas estejam conluiadas com os infractores ou dêem mostras de desinteresse em relação a situações idênticas.

2.2. No *plano subjectivo*, deterão o estatuto de *whistleblowers*, desde logo e inequivocamente, os *trabalhadores e funcionários* (actuais e passados) das entidades a que as suspeitas se reportam. Dada a sua integração na organização, são essas pessoas que se encontram mais bem colocadas para detectar as práticas indevidas que nela porventura se desenvolvam e identificar e recolher os elementos que as indiciem ou comprovem. As mais das vezes, a suspeita formar-se-á no seu espírito no curso normal do exercício das suas funções e não como consequência de uma preordenada procura activa de comportamentos indevidos. Essa sua estreita ligação à instituição coloca-os, não obstante, numa posição de especial vulnerabilidade perante eventuais retaliações, que constituem um óbvio factor de dissuasão de comunicação das suspeitas (*chilling effect*).

É esta dupla faceta da posição detida por estas pessoas que integram a organização – uma posição privilegiada para a tomada de conhecimento de factos ilegais ou irregulares, mas igualmente

uma posição particularmente exposta a represálias – que justifica a protecção que lhes deverá ser juridicamente assegurada: antes de mais, para que sejam devidamente defendidas, não sofrendo penalizações injustas por terem procurado contribuir para a realização do interesse público; mas também, do mesmo passo, para promover o recurso ao *whistleblowing*, atenuando o efeito inibidor inerente ao temor de represálias.

Parece ser este o binómio que, nas legislações nacionais e internacionais^[18], leva ao *alargamento* do estatuto de *whistleblower* a pessoas que, em rigor, não poderão ser qualificadas como trabalhadores ou funcionários do ente colectivo a que respeitam as suspeitas por si interna ou externamente sinalizadas. É o caso dos *membros dos órgãos sociais*, dos *prestadores de serviços*, actuando por conta própria ou como trabalhadores de outras empresas, dos *fornecedores e seu pessoal* ou até mesmo dos *titulares de participações sociais* da pessoa colectiva em questão. Ponto é, *sempre*, que a pessoa em questão tenha ou haja tido algum tipo de vínculo, mesmo que mediato, de carácter profissional ou empresarial à instituição em causa^[19]. Pois também estas pessoas, tal como os trabalhadores, detêm posições que lhes propiciam o conhecimento de práticas indevidas realizadas no seu seio e, caso denunciem as suas suspeitas, também se arriscam a sofrer represálias no âmbito da sua interacção com a entidade visada.

Desta forma, numa demarcação subjectiva do *whistleblowing* pela negativa, pessoas desprovidas de um relacionamento

[18] Cf., em especial, o artigo 4.º (âmbito de aplicação pessoal) da Diretiva (UE) 2019/1937: “1. A presente diretiva aplica-se a denunciante que, trabalhando no setor público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional, nomeadamente, pelo menos, os seguintes: a) Trabalhadores, na

aceção do artigo 45.º, n.º 1, do TFUE, incluindo funcionários públicos; b) Não assalariados, na aceção do artigo 49.º do TFUE; c) 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; d) Quaisquer pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores.”

[19] Nesta direcção, embora excluindo as pessoas cujos vínculos hajam cessado, BEATRIZ GARCÍA MORENO, *cit.*, p. 215 e s.

profissional ou empresarial com o ente colectivo a que o alerta por si realizado diga respeito não deverão ser qualificadas e tratadas como *whistleblowers*. O mesmo é dizer que, em via de princípio, não deverão considerar-se beneficiárias das prerrogativas e salvaguardas legalmente previstas para os *whistleblowers*. Isto, sem prejuízo, naturalmente, da tutela que lhes deva ser garantida por força de outras normas, em especial as que digam respeito às liberdades fundamentais de expressão e de imprensa e as que vedem a inflicção de represálias pelos visados a título de *vindicta* privada (*v. g.*, entre outras, no nosso ordenamento, as normas incriminadoras previstas nos artigos 131.º, 143.º, 144.º, 153.º, 154.º, 158.º, 180.º, 192.º, 199.º e 365.º do CP).

II. A PROMOÇÃO DO WHISTLEBLOWING

1. Por força de normas constitucionais e legais de carácter geral, o sistema jurídico português conhece, naturalmente, a possibilidade de transmissão de denúncias internas e externas de infracções penais ou administrativas e de divulgação pública desse tipo infracções.

Qualquer pessoa que tenha conhecimento de um crime pode denunciá-lo ao Ministério Público (artigo 244.º do CPP), o que abrange as *denúncias externas* feitas por um trabalhador de uma empresa sobre práticas criminais que nela decorram. E no caso dos funcionários públicos, a denúncia é mesmo obrigatória em relação aos crimes conhecidos no exercício das funções e por causa delas (artigo 242.º, n.º 1, alínea b), do CPP).

O CPP admite mesmo a figura da *denúncia anónima* dirigida ao Ministério Público ou à polícia (artigo 245.º, n.º 6, do CPP). Sob certas condições, nomeadamente, quando a denúncia seja acompanhada da demonstração de indícios da prática de crime, o anonimato da denúncia não é razão para bloquear a abertura de uma

investigação criminal. Dito de outro modo: uma denúncia anónima pode constituir um meio válido de comunicação da *notitia criminis* e constituir o ponto de partida de uma investigação criminal.

A este propósito, cumpre notar que a Procuradoria-Geral da República dispõe no seu *site* na *Internet* de um canal electrónico para a realização de denúncias anónimas^[20]. Um canal que, todavia, não dá ao denunciante notícia sobre o seguimento da denúncia, deixando-o sem saber se a sua denúncia teve ou não algum efeito prático. Com base nesse canal têm sido abertas numerosas investigações criminais por suspeitas de corrupção e abusos no sector público e na contratação pública. Um dado negativo que lhe pode ser apontado é a instrumentalização de que por vezes tem sido alvo: o denunciante anónimo, pretendendo apenas difamar um terceiro, transmite essa denúncia à comunicação social que, acriticamente, dá notícias com base na denúncia anónima. Isso tem acontecido sobretudo na indústria do futebol.

Sob a perspectiva que vimos traçando, não há nada de particular que possa dizer-se específico do *whistleblowing*. É certo que estes meios de denúncia podem ser usados por um *whistleblower*, no sentido próprio do termo, para realizar uma denúncia externa. Mas trata-se de regulamentação de carácter geral que não foi desenhada a pensar no *whistleblowing*.

2. Há, não obstante, a assinalar a existência de alguma legislação que é tributária do “pensamento” do *whistleblowing*. É isto que tenho em vista ao referir-me à *promoção do whistleblowing*.

Esta promoção do *whistleblowing*, quer interno quer externo, resulta sobretudo de *inputs* externos, em especial da União Europeia, e não parece ser levada particularmente a sério pelas autoridades públicas e pelas empresas.

[20] <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/index2.php>.

As normas referentes ao *whistleblowing* surgiram fundamentalmente como meios de promoção de detecção de infracções penais ou administrativas em determinados sectores. Estudos empíricos indiciam que a adopção de mecanismos de *whistleblowing* pelas empresas ficou, em geral, a dever-se a um intuito de conformação da sua organização interna compatível com as injunções legais nesta matéria e não tanto a uma ideia de que seria útil para prevenir e detectar a prática de crimes ou outras infracções no seu seio^[21]. Neste sentido, não foi propriamente o problema da responsabilidade penal das pessoas colectivas e a concomitante emergência do ideário do *compliance* que impulsionou a promoção do *whistleblowing* no ordenamento português.

Claro que agora, na doutrina, se conexas o *whistleblowing* com o *compliance*, discutindo-se o seu relevo para avaliar e medir a responsabilidade penal da empresa^[22]. Deste modo, o *whistleblowing* é visto tanto como um mecanismo para prevenir a prática de crimes da empresa, quer como um meio (mais) para aferir da existência e efectiva aplicação de um programa de *compliance* e assim decidir da sua eventual responsabilidade criminal quando um crime seja cometido no seu interesse por quem a possa representar.

Os *campos* onde se prevêem normas que visam incentivar o *whistleblowing* e proteger os *whistleblowers* são os seguintes: sector bancário^[23]; sector do mercado de capitais^[24]; prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo^[25]; sector

[21] CARMENCITA BARBOSA, *O mecanismo de whistleblowing nas organizações: o caso das empresas cotadas na Euronext Lisboa*, Lisboa, 2012 (<https://repositorio.ipl.pt/handle/10400.21/2438>).

[22] SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da*

Empresa, Coimbra: Almedina, 2012, p. 124 e ss.

[23] Artigo 116.º-AA do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92 – RGICSF).

[24] Artigo 305.º-F do Código dos Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99 – CVM).

[25] Artigo 20.º da Lei n.º 83/2017 (“Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”).

da saúde, nomeadamente, na gestão dos estabelecimentos de saúde públicos^[26]; e luta contra a corrupção^[27].

Trata-se, como é bom de ver, de um *domínio de aplicação muito limitado*, que deixa de fora numerosas áreas a que a Diretiva (UE) 2019/1937 se refere^[28].

No *sector bancário*, as instituições de crédito têm o dever de organizar canais de denúncia internos que garantam a confidencialidade do denunciante. As normas em questão têm em vista as infracções aos deveres de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo^[29] e aos deveres previstos no Regime Geral relativo à sua actividade^[30].

Para certas pessoas prevê-se mesmo um dever de denunciar internamente ao órgão de fiscalização: é o caso dos auditores internos, dos gestores de riscos e dos membros do órgão de *compliance*, que estão obrigados a reportar qualquer facto grave em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, bem como irregularidades graves relacionadas com a administração, a organização contabilística, a fiscalização interna ou que constituam infracção ao Regime Geral que seja susceptível de colocar a instituição financeira em situação de desequilíbrio financeiro^[31].

A *legislação do mercado de valores mobiliários* também obriga diversos operadores financeiros – designadamente, os intermediários financeiros^[32] e organismos de investimento colectivo^[33] – a criarem

[26] Artigo 17.º-A do Decreto-Lei n.º 244/2012 (“Regime jurídico e os estatutos aplicáveis às unidades de saúde com a natureza de entidades públicas empresariais”).

[27] Artigo 4.º da Lei n.º 19/2008.

[28] Cf. artigo 2.º (Âmbito de aplicação material).

[29] Cf. artigo 20.º da Lei n.º 83/2017 (“Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”).

[30] Cf. artigo 116.º-AA do RGICSE, introduzido pela Lei n.º 23-A/2015.

[31] Artigo 116.º-AA, n.º 3, do RGICSE.

[32] Artigo 305.º-F do CVM.

[33] Artigo 87.º-A da Lei n.º 16/2015 (Regime Geral dos Organismo de Investimento Colectivo).

canais de denúncia internos. Já as sociedades cotadas na Bolsa portuguesa não estão obrigadas a fazê-lo. A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários recomenda a implementação de tais canais^[34], mas não há uma imposição estrita e reforçada com uma ameaça de sanção para que as sociedades cotadas estabeleçam sistemas internos de *whistleblowing*. Em todo o caso, a generalidade dos códigos éticos das sociedades cotadas fazem menção à existência de canais internos de *whistleblowing*^[35].

3. Nas áreas abrangidas pelas prescrições legais que impõem a introdução de mecanismos de *whistleblowing* há, não obstante, *sinais que fazem duvidar da sua efectividade*.

O Regime Geral das Instituições de Crédito prevê que o Banco de Portugal aprova a *regulamentação* necessária para assegurar a implementação das normas que impõem às instituições de crédito a introdução de um sistema interno de transmissão e seguimento de denúncias por *whistleblowers*^[36]. Exigência introduzida em 2015^[37], mas que até hoje não foi cumprida. Prevê-se igualmente que as instituições de crédito devem apresentar ao Banco de Portugal um relatório anual com a descrição dos canais internos de denúncia e com indicação sumária das participações recebidas e do respectivo processamento. Uma obrigação que é frequentemente incumprida, sem que, todavia, haja o sancionamento dessas faltas. Esta inexistência de esforços para promover o *enforcement* das obrigações legais dá a perceber que esta legislação é uma mera *law in the books*.

Uma das *medidas de combate à corrupção* previstas na Lei n.º 19/2008 é a proibição de retaliações para *whistleblowers*. Mas o

[34] Cf. o Código de Governo das Sociedades, aprovado pela CMVM no ano 2007 (II.1.4 Política de comunicação de irregularidades).

[35] CARMENCITA BARBOSA, *cit.*, p. 130 e ss.

[37] Lei n.º 23-A/2015.

[36] Artigo 116.º-AA, n.º 8, do RGICSF.

Conselho de Prevenção da Corrupção, a quem cabe fazer recomendações às entidades públicas na luta anticorrupção, *nunca recomendou a implementação de canais internos de denúncias*. E verifica-se que nas centenas de códigos internos anticorrupção que as mais diversas entidades públicas remetem ao Conselho de Prevenção da Corrupção há uma sistemática ausência de menções a esses canais internos^[38].

III. A PROTECÇÃO DO WHISTLEBLOWER

Todos os regimes legais específicos que impõem a criação de mecanismos de *whistleblowing* internos e/ou externos proíbem expressamente a sujeição do *whistleblower* a *actos de retaliação*. Em regra, determinam que as comunicações não podem justificar qualquer *procedimento disciplinar, civil ou criminal* relativamente ao autor das mesmas.

Ao contrário do que sucede, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde por vezes a protecção do *whistleblower* contra retaliações só é assegurada se (começar por) usar o canal, normalmente interno, que se prevê para o *whistleblowing*, as normas portuguesas não fazem distinções dessa natureza. Assim, e diferentemente também do que consta da nova Diretiva (UE) 2019/1937, não há um escalonamento das formas preferíveis de denúncia^[39]. O *whistleblower* tanto pode fazer a denúncia internamente, através do canal que a empresa criou para o efeito, como o poderá fazer externamente, através de uma comunicação da irregularidade ao supervisor.

[38] <http://www.cpc.tcontas.pt/index.html>.

[39] Cf. artigo 7.º, n.º 2, da Directiva “Os Estados-Membros incentivam a denúncia através de canais de denúncia interna antes de se proceder a denúncia

através de canais de denúncia externa, sempre que a violação possa ser eficazmente resolvida a nível interno e sempre que o denunciante considere não existir risco de retaliação”. Em todo o caso, como esclarece ANGELA DELLA BELLA, *cit.*, 7., “a Directiva não estabe-

lece uma ordem entre os dois sistemas de denúncia, facultando ao denunciante a liberdade de escolher o canal interno ou o canal externo”.

Todas as normas prevêm a *confidencialidade* do denunciante e da pessoa visada; e por vezes até se admite expressamente um *whistleblowing* externo anónimo.

Invariavelmente, as normas que se referem ao *whistleblowing* fazem depender a protecção prevista para o *whistleblower* da sua *boa-fé*. Não é garantida protecção se a denúncia for “deliberada e manifestamente infundada”^[40] ou “se [as comunicações] forem falsas e tiverem sido apresentadas de má-fé”^[41].

A protecção é assegurada perante actos de retaliação *no plano laboral* e nos tribunais cíveis^[42].

A expressa referência legal à proibição de o denunciante ser prejudicado na sua esfera profissional laboral é muito importante. Com efeito, daqui decorre que o dever de lealdade do trabalhador para com a entidade patronal não pode constituir justificação para penalizar o trabalhador no caso de este realizar uma denúncia externa. E tenho como muito importante, porque em áreas que não conhecem uma regulamentação específica de *whistleblowing* existe o risco de o trabalhador denunciante ser despedido ou sofrer outras sanções disciplinares por ter feito uma denúncia. Foi o que aconteceu já em vários casos julgados por tribunais portugueses, na última década^[43]. Decisões que revelaram desconhecimento sobre o *whistleblowing* e sobre a sua utilidade social.

A protecção do *whistleblower* prevista nas normas sobre *whistleblowing* também abrange potenciais reacções no plano criminal: o *whistleblower* não pode ser responsabilizado penalmente por denunciar interna ou externamente as infracções ou irregularidades de que

[40] Artigo 116.º-AA, n.º 6, do RGICSE.

[41] Artigo 305.º-F, n.º 7, do CVM, e artigo 87.º-A, n.º 7, da Lei n.º 16/2015.

[42] Cf., *v. g.*, os artigos 116.º-AA, n.º

6, do RGICSE, 20.º, n.º 6, da Lei n.º 83/2017, 305.º-F, n.º 7, do CVM, e 4.º da Lei n.º 19/2008.

[43] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Social, de 27/09/2012, Proc. 471/11.0T4AGD.C1; e Acórdão

do Tribunal da Relação do Porto de 08/10/2012 – para uma análise crítica, JÚLIO GOMES, “Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado? (ou a proteção laboral do *whistleblower*)”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, 2014, p. 127 e ss., notas 5 e 6.

tome conhecimento. O crime que poderá ser invocado para perseguir penalmente o denunciante será, em regra, o de *difamação* (artigo 180.º do CP). Sempre se deveria considerar que um eventual facto típico praticado estaria coberto pela causa de justificação de prossecução de interesses legítimos (artigo 180.º, n.º 2, do CP). Mas o legislador quis dar aos potenciais *whistleblowers* um sinal claro de que terão a lei do seu lado no caso de enveredarem pela denúncia, de forma a dissipar eventuais receios de retaliação em virtude da denúncia.

As leis portuguesas de *whistleblowing* nada prevêem, porém, nos casos em que, para melhor se inteirar da suspeita ou para comprovar a denúncia, o *whistleblower* realize factos típicos de *acesso ilegítimo a sistemas informáticos ou a correspondência electrónica*^[44] ou *violo segredos comerciais*^[45]. A legislação da UE aponta na direcção da protecção do *whistleblower*^[46], mas não há no ordenamento português previsão legal expressa que o garanta. Algo que abre uma margem de insegurança para o *whistleblower* susceptível de desincentivar uma eventual denúncia que se proponha fazer^[47].

IV. CONSIDERAÇÃO FINAL

Esta breve exposição revelou que o legislador e as autoridades públicas portuguesas estão em larga medida alheadas da figura do *whistleblowing*. A legislação é escassa, fragmentária e lacunosa. E o seu *enforcement* pelas autoridades administrativas e judiciais é débil e limitado.

[44] Artigo 6.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009): crime de acesso ilegítimo.

[45] Artigos 314.º e 331.º do Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei n.º 110/2018).

[46] Artigo 21.º, n.º 7, da Diretiva (UE) 2019/1937.

[47] Para um exemplo deste risco, *vd.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 26/04/2010 (Proc. 825/07.6TABRG, [twww.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que determinou a pronúncia de três trabalhadoras de uma associação empresarial, sob a imputação da prática de um crime de divulgação de telecomunicação (artigo 194.º, n.º 3, do CP), pelo facto de terem fornecido a um órgão de

comunicação social uma “cópia do relatório elaborado pelo Programa Operacional do Centro, relativo a uma acção de controle efectuada por esse organismo à referida Associação” remetido àquela Associação através de *fax*.

Resta saber por que é que isto acontece. Penso que isso sucede sobretudo em virtude de se tratar de uma figura sem qualquer tradição na experiência portuguesa. Na cultura empresarial e na cultura jurídica nunca houve uma interiorização de que o *whistleblowing* deveria ser acolhido e estimulado como um meio desejável de prevenção e de detecção de crimes. Reconhecendo-se que o *whistleblowing* é um instrumento útil e virtuoso para prevenir e reprimir crimes e outras infracções, como me parece que é, deverá aproveitar-se o ensejo da transposição da nova Diretiva (UE) 2019/1937 para mudar este *status quo*. Ponto é que a par de uma mudança da *law in the books* haja igualmente uma mudança da *law in action*.