

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

MARGARETH ANNE LEISTER

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

G763

Garantias fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Luiz Fernando Bellinetti, Margareth Anne Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-057-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O desafio de se efetivarem as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico de nosso país exige um amplo engajamento dos diversos setores e instituições jurídicas contemporâneas.

A academia tem colaborado decisivamente para este processo e o Conpedi tem se firmado, ao longo de mais de duas décadas, como um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador para que se possa alcançar a sociedade livre, justa e solidária preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Garantias Fundamentais, cujas atividades foram realizadas durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracajú/SE, no período compreendido entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos Programas qualificados de pós-graduação em Direito enriqueceram a apresentação e discussão dos trabalhos do Grupo, possibilitando a troca de experiências, estudos e investigações visando esse contínuo processo de efetivação das garantias fundamentais.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações realizadas desde o âmbito da filosofia até as especificidades da dogmática jurídica.

Foram apresentados e discutidos vinte e um trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre as garantias fundamentais vinculadas às mais diversas searas do universo jurídico.

Gostaríamos que as leituras dos trabalhos aqui apresentados pudessem reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenarmos este Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que temos imensa satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática das Garantias Fundamentais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr Edinilson Donisete Machado UNIVEM

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti UEL

Profa. Dra. Margareth Anne Leister - UNIFIEO

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O SERVIDOR PÚBLICO DENUNCIANTE: ONDE ESTÁ A PROTEÇÃO?

THE LAW OF ACCESS TO INFORMATION AND THE PUBLIC SERVER WHISTLEBLOWER: WHERE IS THE PROTECTION?

Joao Francisco da Mota Junior

Resumo

Este trabalho pretende indagar em que medida o instituto do whistleblower introduzido pela Lei de Acesso à Informação (LAI) é capaz de efetivar a proteção do servidor público denunciante. A LAI visa implantar uma cultura de acesso e garantir o direito à informação, e dentre as inovações introduzidas por ele trazida destaca-se a proteção do servidor denunciante. O objetivo deste artigo, portanto, é analisar e identificar a proteção do servidor público denunciante, o whistleblower, no ordenamento pátrio ante os dispositivos da LAI e os mecanismos de garantia dessa proteção. A pesquisa parte dos relatórios realizados pela Organização dos Estados Americanos OEA e pela Transparência Internacional, da análise normativa alienígena e pátria existente. Com previsão em diversos normativos internacionais, o servidor denunciante torna-se um importante instrumento no combate à corrupção e a condutas ilegais, irregulares e antiéticas, bem como representa um exercício da cidadania participativa. Exige-se, para tanto, que haja uma proteção integral, com mecanismos efetivos de garantia e qual a contribuição da LAI sobre o tema. Ao proteger o denunciante, fomenta-se a participação democrática e a efetividade alcançada pelo direito à informação.

Palavras-chave: Lei de acesso à informação; servidor público denunciante; proteção integral.

Abstract/Resumen/Résumé

This article is intended to indicate the extent to which the whistleblower institute introduced by the Access to Information Act (LAI) is able to carry out the protection of the whistleblower public server. The LAI aims to establish a culture of access and guarantee the right to information, and among the innovations introduced by him brought out to the complainant server protection. This article, therefore, is to analyze and identify the protection of the whistleblower public server, the whistleblower, the paternal order before the devices of LAI and mechanisms guarantee that protection. The research of the reports made by the Organization of American States - OAS and Transparency International, the alien and existing home normative analysis. Expected in various international standards, the complainant server becomes an important tool in combating corruption and malfeasance, illegal and unethical, and is an exercise of participatory citizenship. It is required, therefore, there is a full protection with effective security mechanisms and the contribution of LAI on the theme. To protect the complainant, to foster democratic participation and the effectiveness achieved by the right to information.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to information act; brazilian legal protection; public servant whistleblower.

INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação, então denominada LAI, tem o objetivo de trazer profundas mudanças de paradigmas na sociedade e na Administração Pública quanto ao tratamento das informações públicas, sua acessibilidade e a garantia do direito fundamental à informação. Implanta-se uma difusão à cultura de acesso e publicidade ampla, como corolário de uma democracia, construção de uma cidadania e fortalecimento do controle social. Dentre as muitas inovações por ela introduzidas, destaca-se para fins deste trabalho a proteção do servidor público denunciante, o *whistleblower*.

Busca este trabalho analisar e identificar a proteção do servidor *whistleblower* no ordenamento pátrio ante os dispositivos da LAI e os mecanismos de garantia dessa proteção.

A LAI, embora seja uma lei de âmbito nacional, aplicada a todos os entes federativos e Poderes da União, diversos de seus dispositivos aplicam-se tão-somente à esfera da administração federal, haja vista as limitações trazidas pelas competências federativas constitucionalmente previstas e a previsão de seu art. 45 ao estabelecer a criação de regras específicas para estados e municípios sobre o acesso à informação.

Assim, se questiona em que medida o instituto do *whistleblower* introduzido pela Lei de Acesso à Informação é capaz de efetivar a proteção do servidor público.

Ao se verificar a referida, nota-se que a proteção ao servidor denunciante na LAI não apenas foi restrita como também necessita de efetiva implementação, ante a disposição genérica da lei.

Com previsão em diversos normativos internacionais, o servidor denunciante é identificado como um importante instrumento no combate à corrupção, condutas ilegais, irregulares e antiéticas, e seu estudo reside na importância que o tema apresenta no contexto internacional, como se observa na Convenção Interamericana contra a corrupção, ou no âmbito interno, como ocorre na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) e nas diretrizes institucionalizadas pela Controladoria-Geral da União.

A pesquisa parte dos relatórios realizados pela Comissão de Peritos da Organização dos Estados Americanos – OEA do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção (MESICIC) e da Transparência INternacional, do comparativo com normas alienígenas e da base normativa pátria existente.

Ao estudar o tratamento dado a servidores testemunhas, noticiantes, informantes e colaboradores, no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, de modo empírico,

se pode identificar eventuais lacunas na legislação ou necessidade de criação de mecanismos de proteção.

I – A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O DEVER DE DENUNCIAR

A Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527¹, de 18 de novembro de 2011 – com o intuito de regulamentar o direito à informação, além dos arts. 37, § 3º e 216, §2º, da Constituição Federal, além de trazer profundas mudanças de paradigmas no desenvolvimento ou aperfeiçoamento de uma cultura de transparência (MOTA JR, 2012b, p. 1046), também tem o objetivo de facilitar o direito fundamental e universal à informação (CANELA & NASCIMENTO, 2009).

A LAI deve ser vista como um importante instrumento auxiliar a contribuir com a garantia do direito fundamental à informação, reconhecido como tal no âmbito nacional e internacional, e sua finalidade pretende mudar condutas sociais e institucionais com o trato das informações e sua acessibilidade.

1.1 A LAI e o Direito à Informação: pela implementação de uma cultura de acesso e participação

A Lei de Acesso à Informação veio regulamentar o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF) como garantia fundamental e intrínseca aos Estados Democráticos (STF, 2008), como já previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XIX²), bem como em tratados e convenções internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19, ONU-1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13, OEA-1969), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 9, OUA-1981) e Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art. 10, 1950), a exemplo.

A mobilização tardia do legislador pátrio, considerando que mais de 85 países já havia leis similares, como na Suécia pelo *Freedom of the Press Act* de 1766 e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não retira a extrema relevância da lei. O desafio é difundir seus aspectos e buscar uma implementação efetiva. Se a demora

¹ No âmbito federal, encontra-se ainda regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, enquanto cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, definir regras específicas (art. 45, LAI).

² Art. XIX. Todos têm direito a liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, **receber e transmitir informações** e ideias **por quaisquer meios** e sem limitações de fronteiras.

brasileira em editar a LAI deve ser entendida como ponto negativo, por outro lado, o desenvolvimento do projeto normativo teve oportunidade de ser aprofundado com incorporações de diversas normas e orientações alienígenas sobre o tema, como a base obtida pelo *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation* (ARTIGO 19, 1999) e *A Model Freedom of Information Law* (ARTIGO 19, 2001).

Somente com a LAI que o direito à informação veio a ser efetivamente regulamentado (CUNHA FILHO & XAVIER, 2014, p. 48), entretanto, há de se ressaltar que a LAI não revogou os normativos que de algum modo disciplinavam o acesso à informação e/ou efetivam o princípio da publicidade, como a Lei de Arquivos Públicos, a Lei de Habeas Data, a Lei de Obtenção de Certidões, a Lei de Processo Administrativo e a Lei de Responsabilidade Fiscal³, mas busca aperfeiçoá-los na garantia ao acesso da informação, disciplinando obrigações, procedimentos, prazos e responsabilização (MOTA JR, 2013), além de incentivar e fomentar a ideia de “cultura de transparência” ou “cultura de acesso” (CGU, 2012). A LAI, neste sentido, também vem atender ao princípio da publicidade (DI PIETRO, 2014, p. 392).

A LAI é de âmbito nacional (CUNHA FILHO & XAVIER, 2014; MOTA JR, 2012b), em que pese alguns dos seus dispositivos valerem somente para a esfera federal, apresentando diretrizes para todos os entes federativos. Ao estabelecer que o acesso à informação pública é regra, reforça a exceção do sigilo (DI PIETRO, 2014, p. 851), como as informações de caráter pessoal ou de segurança do Estado.

A lei com 46 artigos está dividida em 6 capítulos: 1) Disposições Gerais; 2) Do Acesso a Informações e da sua Divulgação; 3) Do Procedimento de Acesso a Informações; 4) Das Restrições de Acesso à Informação; 5) Das Responsabilidades; e 6) Disposições Finais e Transitórias⁴, mas que podem ser didaticamente resumida e estruturada sob três grandes

³ Registra-se ter sido revogada a Lei nº 11.111/2005 e arts. 23 e 24 da Lei nº 8.159/91 pela nova lei já abranger o tema.

⁴ O Capítulo I trata das disposições gerais, estabelecidas nos cinco primeiros artigos, que dispõem sobre a abrangência do diploma legal que se quer adotar, fixam diretrizes, definem conceitos básicos. Já o Capítulo II – composto pelos arts. 6º a 9º – dispõe sobre acesso às informações por parte dos interessados e a sua divulgação pelo poder público. O Capítulo III cuida do procedimento a ser adotado para que a informação seja acessada, tratando do pedido de acesso na Seção I e sobre o respectivo processamento (arts. 10 a 14) e do processamento dos recursos em caso de indeferimento do pedido (arts. 15 a 20) na Seção II. O Capítulo IV dispõe sobre as restrições de acesso à informação, dispondo sobre as disposições gerais nos arts. 21 e 22 na Seção I; a classificação da informação quanto ao grau de sigilo e respectivos prazos nos arts. 23 e 24 (Seção II); a proteção e controle das informações classificadas como sigilosas na Seção III (arts. 25 e 26); sobre os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação, na Seção IV (arts. 27 a 30); e sobre o tratamento a ser dado às informações pessoais (art. 31, Seção V). Por sua vez, o Capítulo V trata das responsabilidades dos agentes públicos civis e militares em caso de condutas ilícitas relacionadas com as informações de que trata a proposição (arts. 32 a 34). E por fim, o Capítulo VI (arts. 35 a 46) estabelece as disposições finais e as transitórias,

pilares: 1) acesso à informação: direito fundamental e dever do Estado, com suas exceções; 2) procedimentos de transparência e divulgação; e 3) responsabilidades e proteções .

A Lei de Acesso à Informação no seu art. 3º enumera as diretrizes para assegurar o direito fundamental de acesso à informação: a publicidade como regra e sigilo como exceção, decorre da lógica democrática-republicana; a divulgação máxima de informações, independentemente de solicitações, pela ideia que a informação é de interesse e de propriedade públicas, pertencente à coletividade e deve ser uma ferramenta construtora e formadora; a utilização de tecnologia da informação, em decorrência do reconhecimento dos avanços tecnológicos na Era da Informação; o desenvolvimento da cultura de transparência, em oposição ao princípio do segredo (*arcana praxis*) e o desenvolvimento do controle social da administração pública, como exercício de uma cidadania participativa, fiscalizadora e monitora.

Pelos princípios da liberdade de informação e da igualdade, o acesso à informação e sua garantia são concedidos a qualquer “pessoa” sem qualquer tipo de discriminação, uma vez se tratar de direito fundamental (URÍAS, 2003, p. 71). Logo, todos devem ter oportunidade igual para exercer o direito de acesso à informação sem discriminação.⁵ Nessa esteira, a Lei de Acesso à Informação reconhece de forma ampla como legitimado ativo para obtenção da informação qualquer “interessado” (art. 10)⁶, assim devendo ser entendido como qualquer pessoa, física ou jurídica (URÍAS, 2009, p. 71), brasileira ou não, independentemente de capacidade civil, que queira exercer seu direito fundamental, seja por interesse particular, coletivo ou geral.⁷

O acesso a informações públicas será assegurado mediante a criação de um serviço de informações ao cidadão (SIC), nos órgãos e entidades do poder público (art. 9º, I, LAI).

Quanto à legitimidade passiva, o dever estatal de informar está inserido na própria conceituação de direito à informação, correspondente em “prestar” e “dar” informações e no

estabelecendo o prazo de cento e oitenta dias a contar da publicação da lei que se quer aprovar para que ela entre em vigor e também para que seja efetivada a sua regulamentação pelo Poder Executivo (arts. 42 e 46), e a disposição de que cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer as correspondentes regras específicas, observadas as normas gerais consignadas na proposição (art. 45).

⁵ Segundo a declaração conjunta de relatores da ONU, em 1996, denominada Princípios de Joanesburgo, Segurança Nacional, Liberdade de Expressão, e Acesso à informação, preceitua seu Princípio 4: Proibição de Discriminação que “uma restrição à liberdade de expressão ou informação não poderá, em caso algum, incluindo o de invocação da segurança nacional, envolver discriminação com base na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, nacionalidade, propriedade, nascimento ou outro estatuto.

⁶ Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

⁷ Decreto nº 7.724/2011: Art. 11. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, poderá formular pedido de acesso à informação.

direito de ser informado. Ao gerir de modo transparente a informação, o Estado também tem o dever de protegê-la e oferecê-la imediatamente quando disponível. Este dever estatal que Sandra Coliver (1995, p. 38-82) apresenta com as obrigações de respeitar (obrigação negativa de não interferir na comunicação da informação e ideias que os indivíduos queiram divulgar ou publicizar), proteger (obrigação positiva em tomar medidas concretas para não interferência em qualquer informação e comunicação) e realizar (obrigação positiva de fornecer a informação, inclusive a detida por ele).

Por isso, a legitimação passiva – aquele que tem dever de prestar informações - é bastante ampla. Obrigam-se ao seu cumprimento todos os entes federativos (União, Estados e DF e Municípios), dos 3 Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e das três esferas (federal, estadual e municipal). Portanto, toda a Administração pública direta e indireta, incluindo as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Também estão obrigados ao novel normativo o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Adentrando ainda na seara privada, restaram abrangidas as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Ou seja, o terceiro setor que esteja de alguma forma vinculado ao Poder Público ou aos seus recursos.

Na garantia ao acesso à informação, de modo mais fácil, ágil e compreensível, os legitimados passivos devem cumprir a uma transparência, dividida em ativa e passiva. Na transparência ativa, a publicidade e a divulgação de informações devem ser realizadas em caráter permanente, com iniciativa *ex officio* e independentemente de solicitação do legitimado ativo, a saber, do cidadão interessado (art. 8º, LAI). Portanto, é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Prestigia-se a publicidade pública, aberta e disponível.

Na transparência passiva, por sua vez, aguarda-se a solicitação do interessado para que a informação seja oferecida, nos termos requeridos e nos prazos estabelecidos. Cuida-se de caráter temporário e excepcional, haja vista que a transparência ativa deve ser cada vez mais ampla de modo que a transparência passiva seja reduzida ou pouco demandada.

Ao lado do dever de implementação do SIC, os legitimados passivos devem facilitar o modo e os meios de divulgação (URÍAS, 2009, p. 68 e 82), sobretudo, pela internet, com identificação e pesquisa de documentos compreensíveis, ágeis e acessíveis.

Estas são apenas algumas mudanças introduzidas pela LAI, em face do escopo deste trabalho.

Salienta-se que o direito à informação possui uma função construtora-participativa, com dupla característica: um subjetiva e outra objetiva. Pela primeira, a informação trata-se de um fator construtor da personalidade do indivíduo, de sua formação pessoal, social e política. Pela segunda, a informação fomenta o exercício da cidadania e participação política em sua esfera social. Isto porque, o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o próprio funcionamento da democracia, em um sistema representativo e participativo (CARVALHO, 1999, p. 56; CIDH, 2006, VII.84; URÍAS, 2009, p. 130 e 142).

Ressalta-se que associação entre democracia e exercício da cidadania coloca a participação popular como o importante controle da Administração Pública e do Estado Democrático, baseado em sua soberania (CUNHA FILHO & XAVIER, 2014, p. 11; CARVALHO FILHO, 2014, p. 546 e 962; HABERMAS, 2002, p. 271).

A cultura da transparência, que vem a ganhar ápice com a implementação da nova Lei de Acesso à Informação, requer uma participação ativa da cidadania e vigilância da sociedade civil organizada e dos meios de comunicação, no manejo dos recursos públicos, na execução de monitoramento de programas e das responsabilidades políticas. Portanto, fomentar o exercício do direito à informação e a “cultura de transparência”, aumenta-se a gestão democrática, eleva-se a *accountability* (MOTA JR, 2014, p. 72), e, conseqüentemente, o controle social.

1.2 O “dever de denunciar”

Existe um “dever de denunciar” pelo cidadão? A Constituição Federal nada dispôs ou impôs nesse sentido, embora permita que qualquer cidadão denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 971).

Com base numa supremacia da liberdade, a Constituição Cidadã de 1988 preferiu fixar muito mais direitos e garantias que deveres. Além disso, muitos dos deveres elencados na CF são deveres solidários, normalmente, impostos ao Estado.

Se não é possível atribuir como uma “obrigação constitucional” o ato de denunciar ou mesmo responsabilizar o cidadão por sua omissão, não se pode afastar a ideia de que o “ato de denunciar” também compreende um dever de índole constitucional que transcende o caráter pessoal para se tornar um ação em prol da coletividade⁸.

Denunciar é exercer uma participação cidadã ((ROJAS, 2014, p. 19), é exercer um controle social sobre o Estado Democrático, no qual o cidadão é o titular de seu poder e inerente a ele. A denúncia pelo cidadão, portanto, passa a ser um instrumento à democracia e o exercício participativo cidadão.

O ato de denunciar torna o cidadão partícipe ativo no controle da Administração Pública e na reivindicação de direitos (ROJAS, 2014, p. 19-20).

A iniciativa do administrado em “denunciar”, noutro lado, também deve ser vista como decorrência do direito de petição, consagrado no art. 5º XXXIV da CF. Tal direito, o Supremo Tribunal Federal o “qualifica como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política” (STF, 1997). Pelo direito de petição, qualquer pessoa tem o direito de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta ou ameaça, além de pedir a reorientação ou informação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor, no sentido mais favorável à liberdade (MENDES & BRANCO⁹, 2014, p. 474).

Por sua própria etimologia latina, o termo “denúncia” é utilizado para significar anunciar, declarar, avisar, comunicar (SILVA, 1993, p. 33).

⁸ Em sentido contrário, o ato de denunciar falsamente ou denunciismo é combatido. O Código Penal prevê em seu art. 339 o crime de denunciação caluniosa, sendo considerado a conduta de dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Com nova redação dada ao caput pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000, acrescentou-se as expressões “instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa”, o que não continha na redação original. Ademais, considerou-se a norma penal causa de aumento de pena se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. Noutra parte, a descrição do tipo penal, praticamente afasta como sujeito ativo da conduta, no âmbito administrativo, o cidadão ou outra pessoa que não a autoridade competente, pois, qualquer que seja o procedimento administrativo a autoridade instauradora deverá conter a verossimilhança dos fatos, inicialmente apresentados para a instauração do procedimento, o que passaria a ser o sujeito em potencial da referida conduta criminal. O Código Militar trouxe dispositivo similar (art. 343) do Código Penal de 1940, porém, sem ter as alterações introduzidas em 2000.

⁹ Para esses autores, a LAI conferiu maior efetividade ao próprio direito de petição (2014, p. 476).

Em sentido amplo, consiste a denúncia na representação, na informação ou comunicação de fato contrário à ordem jurídica. Para fins deste trabalho, portanto, acolhe-se esse conceito mais abrangente, como gênero de todas as notícias de irregularidades, englobando a espécie das representações, comunicações, delações ou notificações.

Neste particular, o ato de denunciar também representa uma manifestação do direito à informação, consistente no “direito de informar”, e decorrente da liberdade de expressão (ROJAS, 2014, p. 21-22). Com efeito, o direito à informação integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 189).

A legislação infraconstitucional oferece ao cidadão uma série de *facultas agendi* sobre a “denúnciação” ou “provocação à autoridade” de fatos que agridam a ordem jurídica e pública. Como exemplo, cita-se a possibilidade prevista no Código de Processo Penal, no art. 27, em que “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública”, ou previsão similar na Lei de Ação Civil Pública (art. 6º, Lei nº 7.347/85), ou na Lei de Improbidade Administrativa (art. 14, Lei nº 8.429/92) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1116). A Lei nº 8.443/92 permite qualquer cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União – TCU (art. 53). Há ainda o “direito de representação” previsto pela Lei de Abuso de Autoridade (arts. 3º e 4º, Lei nº 4.898/65). Não se olvida, outrossim, que a participação social tem legitimação para acionar o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil¹⁰ – que por atribuições constitucionais protegem direitos fundamentais -, além de ajuizar, diretamente, remédios constitucionais como a ação popular (Lei nº 4.717/65), o mandado de segurança individual e coletivo (Lei nº 12.016/09), o *habeas data* (Lei nº 9.507/97), o *habeas corpus* (art. 648 e ss, CPP) e o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI da CF e Lei nº 8.038/94) (DI PIETRO, 2014, p. 709-710), bem assim acionar a autoridade policial e administrativa, em questões criminais e disciplinares.

¹⁰ CARVALHO FILHO (2014, p. 963) considera-os como controle social, denominando-os de “controle institucional”, uma vez “exercido por entidades e órgãos do Poder Público instituídos para a defesa de interesses gerais da coletividade, como é o caso do Ministério Público, dos Procons, da Defensoria Pública, dos órgãos de ouvidoria e outros do gênero”, diferente do “controle natural”, já que “executado diretamente pelas comunidades, quer através dos próprios indivíduos que as integram, quer por meio de entidades representativas, como associações, fundações outras pessoas do terceiro setor”.

Diferentemente da faculdade oferecida ao cidadão, a legislação eligeu o ato de denunciar/representar como dever legal aos servidores públicos, como as disposições contidas, em âmbito federal, no art. 2º, XI, da Lei nº 8.027/90, no art. 116, VI e XII da Lei nº 8.112/90, e na alínea “m”, do inciso XIV, Seção II, do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo (Decreto nº 1.171/94). Em regra, também se verifica que estatutos¹¹ de servidores estaduais e municipais preveem este dever funcional.

Não se olvida, ainda, o dever legal que algumas funções, cargos e ofícios têm em comunicar ou denunciar fatos ou situações advindas no exercício da função ou não, como ocorre com médicos, autoridades (art. 66, I, Lei de Contraveções Penais) e membros do Ministério Público¹².

A LAI, ao fomentar a ideia do servidor *whistleblower*, alterou o inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112/90, no sentido de inserir dentro do “dever de denunciar”, o dever funcional do servidor em “denunciar” não apenas ao superior hierárquico, como a qualquer outra autoridade competente para tal. *In verbis*:

Art. 116. (*omissis*)

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;” (redação dada pelo art. 43 da Lei nº 12.527/2011).

Acrescenta-se que a LAI manteve o dever de “representar¹³ contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder” (art. 116, XI, Lei nº 8.112/90).

A lógica normativa, nesse sentido, é dura, tendo em vista que o servidor público pode ser penalizado por não realizar o seu “dever de denunciar”.

¹¹ Essas previsões reportam-se a normativos estatutários anteriores à CF/88, como se observa no art. 194, VII da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Cíveis da União), *in verbis*: “São deveres do funcionário: (...) VIII – levar ao conhecimento da autoridade superior irregularidade de que tiver ciência em razão do cargo”.

¹² O art. 236 da Lei Complementar nº 75/93 dispõe que é dever dos membros do Ministério Público da União de adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo.

¹³ Alguns defendem haver distinção entre “denunciar” e “representar”, sendo o primeiro mais amplo, como sustenta a Controladoria-Geral da União (2013, p. 50-51): “Espécie de gênero ‘denunciar’, a expressão ‘representação funcional’, ou apenas ‘representação’, refere-se à peça escrita apresentada por servidor público, que – ao tomar conhecimento de suposta irregularidade cometida por servidor ou ato ilegal omissivo ou abusivo ou abusivo por parte de autoridade, associados, ainda que indiretamente, ao exercício de cargo -, é obrigado, por força do mencionado dispositivo legal, a dar ciência à autoridade competente, devendo fazê-la por meio da via hierárquica”. A LAI, todavia, sem adentrar nesta discussão, preferiu utilizar terminologia abrangente, o que comporta as 02 interpretações.

Impor um dever de “denunciar” ao servidor sem, no entanto, protegê-lo contra retaliações ou perseguições (ARTIGO 19, 2001, p. 27), seria dispositivo de eficácia bastante duvidosa.

II - A PROTEÇÃO DO SERVIDOR DENUNCIANTE E A LAI

2.1 A proteção do *whistleblower*

A garantia do direito fundamental de acesso à informação torna mais propício ou facilita que situações caracterizadoras de infrações penais, risco à segurança ou à saúde, descumprimento de obrigações legais ou más condutas, de forma geral, sejam conhecidas por um maior número de pessoas (AWG, 2010; OCDE, 2009; WISSKIRCHEN, 2007).

Conhecer de uma irregularidade e não denunciar, é inócuo. Por outro lado, vertente, não desenvolver mecanismos eficazes na proteção do denunciante é reduzir o número dessas denúncias. O medo e a insegurança fazem parte da sociedade moderna, se há de registrar.

Ao incentivar e facilitar o *whistleblower*, fornecendo-lhe uma tutela jurídica eficaz, com orientações claras sobre os procedimentos de comunicação e informação, auxilia-se a atividade fiscalizadora dos órgãos públicos no cumprimento de princípios administrativos e constitucionais e na efetivação de direitos fundamentais (MOTA JR, 2012a).

Sem pretender buscar ou introduzir estrangeirismos, mas procurando melhor entendê-lo a partir da sua origem, o termo *whistleblower* teria surgido do instituto *whistleblowing* utilizado no âmbito privado, muito usado nas grandes empresas, sobretudo nos Estados Unidos, a fim de que fossem melhores detectadas e combatidas as irregularidades e os desvios de condutas, inclusive corruptivas (AWG, 2010; MOTA JR, 2012a; TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, 2009).

Numa tradução livre, *whistleblower* 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 a corrupção. Assim, a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos

Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE¹⁴ traz em seus art. 1º e 2º normas gerais de proteção ao funcionário denunciante. Refere-se à proteção contra discriminação ou punição disciplinar de empregados do setor público e privado que denunciem de boa-fé e com razoáveis motivos para as autoridades competentes (Recomendação Anti-Corrupção 2009)¹⁵.

Com base nestes conceitos, pode-se definir *whistleblower* como a pessoa que relata informações que, razoavelmente e com boa-fé (ROJAS, 2014, p. 14), acredita ser evidência de um crime, violação das regras de trabalho, conduta improba, 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 art. 3º, parágrafo 8, da Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁶ (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 do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

De igual modo, estabeleceu a Convenção de Mérida (ONU, 2003)¹⁷, em seu art. 33, ao dispor sobre a “Proteção aos denunciantes”, o qual 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. 8, parágrafos 4 e 5. Ainda no artigo 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

¹⁴ Concluída em Paris em dezembro de 1997 e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.

¹⁵ 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.

¹⁶ Convenção da OEA, realizada na Venezuela, em 29 de março de 1996, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

¹⁷ Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Mérida, México. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 31 de outubro de 2003. Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto de nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

conhecimento de incidentes que possam ser considerados constitutivos de atos corruptivos. Protegeu-se, por fim, as testemunhas, os peritos e as vítimas (art. 32).¹⁸

O tema ganha também relevância no cenário econômico mundial, quando o Banco Interamericano de Desenvolvimento BID, os Bancos Africano e Asiático de Desenvolvimento, o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento e o Banco Mundial emitiram uma declaração conjunta, em 2004, sobre seus compromissos de luta contra a corrupção e de proteger seus funcionários contra possíveis represálias derivadas de denúncias o acusações de fraude, corrupção e outras infrações. A Transparência Internacional (2010) e o Conselho Europeu (Resolução 1729, de 2010) também defendem mecanismos de proteção ao denunciante (MENDIETA, 2006, p. 138).

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

Da análise do direito comparado, extrai-se que muitos normativos protegem os denunciantes, por meio de legislação específica, como ocorre 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), bem como Canadá, Nova Zelândia e Coréia (MENDIETA, 2006, p. 150).

Alguns países 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 impõe uma multa e/ou prisão contra retaliação de um informante que forneça informações confiáveis sobre o possível cometimento de qualquer “ofensa federal” (AWG, 2010; WISSKIRCHEN, 2007). 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 denunciantes no Governo

¹⁸ Dentre os instrumentos multilaterais visando prevenir e combater a corrupção, incluída a Convenção Interamericana contra a Corrupção, registra-se o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, aprovado pelo Conselho da União Europeia em 26 de maio de 1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27 de janeiro de 1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 4 de novembro de 1999 e a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12 de julho de 2003.

Federal¹⁹, conferindo prazos mais amplos para o ajuizamento de ações junto ao *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 (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2010). 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 no sistema brasileiro (art. 116, IV da Lei nº 8.112/90).

Em pesquisa empírica, na esfera constitucional, destaca-se dispositivo exposto na Constituição Chinesa para proteger o cidadão que denuncie, proibindo-se retaliações (art. 41), enquanto a Constituição Equatoriana, por sua vez, dispõe que todos têm o dever de “denunciar e combater os atos de corrupção” (art. 97, 14), o que também é enfatizado pelo Direito Constitucional Alemão (*German Grundgesetz* - art. 4 e *German Constitutional Law* – art. 20, 3) (MOTA JR, 2012a).

Destes normativos, pode-se extrair que há características principais comuns a esta denúncia, incluindo: a) a divulgação de atos ilegais ou irregulares relacionados ao local de trabalho, b) uma dimensão de interesse público, por exemplo, relato de crimes, práticas não éticas, condutas corruptivas etc, ao invés de mera reclamação pessoal, e, c) a comunicação de atos ilegais ou irregulares por meio de canais estabelecidos, ou a pessoas ou órgãos determinados.

Outrossim, a principal exigência na maior parte da legislação de proteção ao denunciante é que as delações sejam feitas de boa-fé e por razoáveis motivos. Assim, não se faz necessário que seja verdadeira, mas que haja indícios de ilegalidade ou irregularidade, evitando-se o denunciismo (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1116), o que configura crime e não é acobertado pela proteção.

Do estudo ainda deste direito comparado, no tocante à proteção do denunciante, verifica-se existir um sistema heterogêneo ou misto, que envolve a proteção de servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada (como Reino Unido, Japão, África do Sul, Peru, República de Malta), ou um sistema homogêneo ou puro, quando se tutela apenas um dos setores, como do setor público (ex. Canadá pelo *Public Servants Disclosure Protection Act* – PSDPA, 2005 e Austrália pelo *Public Service Code of Conduct*, 2009, embora este último

¹⁹ Nos nova a preocupação com essa proteção é tamanha que existem leis específicas sobre a matéria, como o *Military Whistleblower Protection Act*, *Intelligence Identities Protection Act* e o recente *Whistleblower Protection Enhancement Act* de 2012.

faça previsão, em algumas outras legislações internas, para o setor privado) (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2009; MOTA JR, 2012a).

Há registros ainda de proteção apenas a determinado tipo de “denunciante” ou a determinada espécie de “fato”, como questões que envolvam corrupção (Leis contra a Corrupção da França, Itália, Coréia do Sul e Rússia - onde todas protegem servidores/funcionários públicos). Já outros normativos disciplinam proteções mais especiais, voltadas para determinados agentes públicos ou categorias funcionais, em razão de sua função.

Mesmo com a proliferação das normas alinígenas nas décadas de 90 e seguinte sobre a proteção aos denunciantes e boa-fé, contudo, o Brasil nada dispunha a respeito.

A Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/99) apenas protege as vítimas e testemunhas e somente refere-se a investigações e processos criminais, excluindo os processos administrativos²⁰. Testemunha e denunciante são categorias diferentes (ROJAS, 2014, p. 16). Em tese, os denunciantes só estariam abarcados se qualificassem na condição de testemunha ou ofendido.

Por sua vez, o Decreto nº 6.029/2007, ao instituir o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, estabeleceu que os trabalhos da Comissão de Ética observar-se-ão a proteção do denunciante, que deverá ser mantida sob reserva, se este assim o desejar. Ou seja, a proteção restringe-se à identificação e sigilo de informações (MOTA JR, 2012a). De igual sorte, a Lei nº 8.443/92 ao proteger o denunciante contra qualquer sanção administrativa, cível ou penal, desde que boa-fé, restringe-se às denúncias feitas perante o Tribunal de Contas da União (art. 55, § 2º).

Outrossim, não poderia deixar de reconhecer as diretrizes traçadas pela Controladoria-Geral da União em intensificar a proteção do denunciante anônimo²¹. Esse entendimento, ganha índole garantista²² uma vez corroborado pela Advocacia-Geral da União, com respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

²⁰ Este entendimento também foi levantado na Segunda Rodada do Relatório da Comissão MESICIC.

²¹ A Instrução Normativa nº 1/2014 da Corregedoria-Geral da União/CGU trata da recepção e tratamento sobre “Denúncia Anônima”, possibilitando oferecer mesmo tratamento das demais manifestações identificadas com respectivo critério.

²² Com efeito, salienta-se haver mecanismos colocados à disposição da cidadania para a apresentação de denúncias, anônimas ou identificadas, tais como os “disque-denúncias” disponibilizados por diversos órgãos do país e as páginas na Internet de diversos órgãos e entidades, como da própria Controladoria-Geral da União. No entanto, incontestes suas importâncias, por si só, não podem representar instrumentos protetivos suficientes ao denunciante.

Federal. Significa dizer que, mesmo inexistindo normativo específico, há recepção da denúncia anônima.²³

O fato é que, ainda que acolhidas convenções internacionais sobre proteção ao denunciante, permanecia a lacuna legislativa no Brasil quanto a um normativo específico de proteção. Essa lacuna no ordenamento jurídico fez com que na Primeira Avaliação feita pela Comissão de Peritos da OEA do Mecanismos de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção (OEA, 2006, p. 27)²⁴ reconheceu-se que:

a Comissão considera útil, no sentido de promover o cumprimento por parte dos servidores públicos do dever de denunciar, continuar a fortalecer as medidas de proteção para os denunciadores, de tal maneira que os mesmos tenham garantias contra ameaças ou retaliações das quais possam ser vítimas em consequência do cumprimento desta obrigação, bem como conscientizá-los sobre o cumprimento de tal dever.

Na segunda rodada, realizada em 2008²⁵, a Comissão enfatiza a situação de vulnerabilidade do denunciante servidor público concursado que ainda não tenha sido aprovado em estágio probatório ou caso seja ocupante de cargo em comissão, mais sujeitos às retaliações ou punições que possam sofrer decorrentes da denúncia. Por isso, recomenda (OEA, 2008, p. 33):

uma regulação integral sobre proteção de funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção, incluindo a proteção de sua identidade, em conformidade com a Constituição e com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Na terceira rodada da Comissão do MESICIC, realizada em setembro de 2011²⁶, ainda anterior ao advento da LAI, expressamente surge a Recomendação 2 no sentido de “Fortalecer os sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção”. A Comissão volta a sugerir medidas consistentes a uma regulação integral sobre proteção de servidores públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção, incluindo a proteção de sua identidade, em conformidade com a Constituição Federal e com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio, dentre os seguintes aspectos (OEA, 2011, p. 53):

a) Medidas adicionais de proteção para os que denunciem de boa-fé atos de corrupção que possam estar ou não tipificados como delitos e que possam ser objeto de investigação judicial ou administrativa.

²³ No mesmo sentido, pela denúncia em anonimato (ROJAS, 2014, p. 27).

²⁴ Documento SG/MESICIC/doc.168/05 rev. 4.

²⁵ Documento SG/MESICIC/doc.225/08 rev. 4.

²⁶ Documento SG/MESICIC/doc.285/11 rev. 4.

- b) Medidas adicionais de proteção que abarquem a proteção da integridade física do denunciante e de sua família, bem como a proteção de sua situação trabalhista, especialmente quando se trate de funcionário público que não seja detentor de estabilidade no serviço e quando os atos de corrupção possam envolver seu superior hierárquico ou seus companheiros de trabalho.
- c) Mecanismos que facilitem a cooperação internacional na matéria, quando seja pertinente.

Na mesma linha que a Comissão do MESICIC, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla (2012, p. 64), na 4ª Plenária realizada em 2007, propôs a “elaboração de ato normativo voltado a assegurar a proteção a servidores de boa-fé denunciadores de atos irregulares na Administração Pública”, como Meta 21.

Criada em 2003, a Enccla compreende a articulação e a atuação conjunta entre órgãos públicos que trabalham com a fiscalização, o controle e a inteligência como forma de aperfeiçoar a prevenção e o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, contando hoje com quase 70 órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto no âmbito federal quanto no estadual, além do Ministério Público.

Observa-se, portanto, que a exigência por um normativo de proteção integral do denunciante, servidor ou cidadão, ganha cada vez mais relevância no cenário internacional e uma visão institucionalizada por diversos órgãos públicos.

2.2 A tutela jurídica pela LAI: que proteção se refere?

Na tentativa de atender os anseios internacionais e internos, foi inserida na LAI dispositivo que alterou a Lei nº 8.112/90, para incluir no art. 126-A a proteção do servidor *whistleblower*, determinando, *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.

Da simples leitura do dispositivo, é possível fazer alguns questionamentos sobre o que refere a proteção do art. 126-A, a quem abrangeria esta proteção, se houve tratamento diferenciado ou permitiria uma interpretação extensiva e quais seriam os mecanismos dessa tutela. Indaga-se, ainda, se trata de uma norma de efeito imediato, mas que precisa de complementação ou se o legislador teria condicionado esta proteção.

Buscar-se-á responder algumas dessas perguntas, e outras, cediço que a matéria por ser recente, ficarão em aberto ou passíveis de indagações.

A introdução do art. 126-A da Lei nº 8.112/90 veio proteger o servidor que denuncia, contra qualquer tipo de responsabilizado civil, penal ou administrativa. Tal tutela perfeitamente se coaduna com o “dever de denunciar”, e expressamente ampliou o rol de pessoas a apresentar denúncias, seja ao superior hierárquico ou quando houver suspeita de envolvimento deste, “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.”

Outrossim, numa leitura exegética, de plano, entender-se-ia que a possibilidade da “denúncia” a “outra autoridade competente para apuração” se daria somente de forma subsidiária, quando o chefe imediatamente superior estaria envolvido. Não obstante, esta não deve ser a interpretação a prevalecer. Neste sentido, ensina Mauro Roberto Mattos (2008, p. 475):

Caso a irregularidade esteja vinculada à chefia imediata do servidor público, o mesmo poderá relatar o fato para outro administrador público (superior do seu chefe), sem que com isso esteja configurada irregularidade ou descumprimento de formalidade legal. A lei se opõe a omissão, resultado de uma convivência passiva do servidor público, que tem o dever (obrigação) de relatar a prática de irregularidades no serviço, em prol do interesse público.

A intenção do legislador foi proteger o servidor denunciante, possibilitando que a “informação” seja conhecida por outras autoridades competentes e não apenas por seu chefe imediato. Neste diapasão, preconiza o art. 143 da Lei nº 8.112/90 a obrigatoriedade da “autoridade” em promover a apuração imediata pela ciência de irregularidade, em que pese cediço que esta outorga não seja generalizada, de forma que normas específicas ou regimentais disciplinem a matéria.

O dever de “representar” diretamente ao superior hierárquico não é absoluto, como já ocorre com denúncias feitas diretamente às Corregedorias, ou a possibilidade da comunicação ser levada a outros órgãos como a Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União, Ministério Público e Polícia, o que, contudo, neste último caso, não exclui o dever do servidor em realizar esta comunicação internamente.

Permite-se assim que o *whistleblowing* seja ofertado concorrentemente a mais de uma autoridade. Reforça-se este argumento, com o instituto da avocação, no âmbito da Administração Pública (art. 170 do Decreto-lei nº 200/67, art. 15 da Lei nº 9.784/99 e Decreto

nº 5.480/2005 que trazem dispositivos sobre a avocação no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal).

Outra indagação a ser levantada pela pesquisa corresponde ao fato de o dispositivo abranger como dever de denunciar a situação em que o servidor público se sente obrigado a agir de maneira ilegal, imprópria ou antiética, em prejuízo da administração pública, ou em desacordo com a lei.

Com base nestes dispositivos, podem ser desenvolvidos regulamentos que propiciem esforços eficazes de sensibilização, formação, comunicação e avaliação, para que os servidores públicos conheçam seus direitos e obrigações caso venham a relatar ou denunciar ato questionável, e de modo essencial, conforme já indicado pela Recomendação da OCDE de 1998, sobre Melhoria da Conduta Ética no Serviço Público (Princípio 4).

Ponto crucial relaciona-se ao campo subjetivo da abrangência do dispositivo, por considerar que norma aplica-se tão somente aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8.112/90. Ao referir-se exclusivamente aos servidores públicos federais, a nova e fundamental proteção não abarca outras categorias de agentes públicos, conforme a nova classificação pela doutrina administrativa (MOTA JR, 2012a). Restaram fora desta proteção os empregados públicos ou governamentais, militares, servidores temporários, agentes delegados e credenciados, portanto. Além disso, os servidores públicos estaduais e municipais também precisariam de legislação local para concretização dessa proteção, à luz do art. 45 da LAI. Significa afirmar que a omissão legislativa estadual e local cria uma situação desigual entre servidores federais e municipais.

Balanco de monitoramento de 1 ano da LAI constatou-se que (ARTIGO 19, 2014, p. 29):

Em muitos casos acompanhados pelas organizações representadas no encontro, indivíduos relataram ter medo constante de represálias e violência por se “atrever” a saber mais da vida pública de seus municípios, especialmente em localidades distantes e relativamente isoladas.

A falta de disposição sobre a proteção aos denunciantes pelas normas locais não atendem a orientações sobre princípios aplicáveis a uma legislação de acesso à informação, como as diretrizes da UNESCO (MENDEL, 2009) ou da ARTIGO 19 (1999; 2001).

Quiçá, defender-se-á que a proteção reconhecida poderia ter abrangência mais ampla, como se dá no conceito de agente público nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (art. 1º, Lei nº 8.429/92) ou o conceito de “funcionário público” pelo Código Penal (art. 327). Outros defenderão que a intenção do legislador era respeitar as competências dos demais

entes federativos, e em nada impedindo que os Estados e Municípios também criassem dispositivos similares em suas normas específicas e próprias.

Noutro lado, a proteção instituída pela LAI não contempla o cidadão *whistleblower* ou o trabalhador do setor privado. Neste sentido, o legislador poderia ter ampliado tal proteção como já previsto na Lei nº 8.443/92, ao permitir que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato seja parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU (art. 53).

De igual modo, o legislador poderia ter avançado no tema ao incluir, permitir ou disciplinar a possibilidade da denúncia anônima ou garantir a proteção da identidade do denunciante, como existentes em diversas legislações internacionais (Convenções de Caracas e de Mérida, EUA, México e Índia, e países vizinhos como Argentina, Uruguai e Colômbia).

De fato, ainda que a Lei nº 8.112/90 determine a identificação do denunciante (art. 144) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1004), a doutrina majoritária e órgãos estatais há muito tempo vem aceitando “delações” anônimas, como há nos inúmeros sistemas de disquedência pelo Brasil e ouvidorias de diversos setores públicos e privados. A possibilidade de denúncia anônima, ganha índole garantista,²⁷ conforme diretrizes traçadas pela Controladoria-Geral da União em intensificar a proteção do denunciante anônimo²⁸ e uma vez corroborado pela Advocacia-Geral da União, com respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2007) e do Supremo Tribunal Federal (2009). Significa dizer que, mesmo inexistindo normativo específico, há recepção da denúncia anônima.

Depreende-se que o legislador pretendeu dar abrangência a esta iniciativa da instauração do processo administrativo, em prol da administração, em exercício ao direito de petição (PEDREIRA, 2006, p. 111) e do interesse público, ao estabelecer sua realização de ofício ou qualquer pessoa, sem fazer restrições. Há de se convir que denúncia anônima e anonimato são institutos perfeitamente conviventes, sem existir colisão de direitos fundamentais. Ou seja, vê-se apenas como um conflito aparente de colisão entre direitos fundamentais (ALEXY, 1999).

²⁷ Com efeito, salienta-se haver mecanismos colocados à disposição da cidadania para a apresentação de denúncias, anônimas ou identificadas, tais como os “disque-denúncias” disponibilizados por diversos órgãos do país e as páginas na Internet de diversos órgãos e entidades, como da própria Controladoria-Geral da União. No entanto, incontestes suas importâncias, por si só, não podem representar instrumentos protetivos suficientes ao denunciante.

²⁸ A Instrução Normativa nº 1/2014 da Corregedoria-Geral da União/CGU trata da recepção e tratamento sobre “Denúncia Anônima”, possibilitando oferecer mesmo tratamento das demais manifestações identificadas com respectivo critério.

Da análise normativa, se pode depreender que o legislador também nada disciplinou sobre outras questões procedimentais, como a possibilidade de inversão do ônus da prova ou a existência de espécies de “recompensas” pelo ato de “denunciar”, embora já haja sua possibilidade, em razão do art. 237 da Lei nº 8.112/90.

Por fim, diferentemente dos normativos alienígenas sobre a matéria, a boa-fé não veio expressa como condição essencial para esta tutela, devendo ser considerada como corolário lógico e requisito necessário, por corresponder a um princípio aplicável à Administração Pública e aos administrados (arts. 2º, parágrafo único, IV e 4º, II) e atrelado ao princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF). Daí entender que boa-fé deva ser presumida. Ademais, não se olvida que o “denuncismo” deve ser sempre coibido, o que se enquadra no crime de denunciação caluniosa (art. 339, CP).

O denunciante, geralmente, não é afetado diretamente pelo perigo ou ilegalidade, embora possa ser. Ao fazer uma “revelação” de boa-fé, normalmente não o faz por questões pessoais, mas sim o faz visando ao interesse público (MOTA JR, 2012b).

Se inquestionáveis são os avanços que a Lei de Acesso à Informação trouxe para a efetivação do direito à informação, não houve tamanha contribuição para a proteção do servidor público denunciante.

A inexistência de uma normativo específico sobre a matéria ou a generalidade do novo art. 126-A da Lei nº 8.112/90 impede identificar a alteração legislativa como mecanismo eficaz e garantista de proteção.

Por esse motivo, no relatório²⁹ da quarta rodada da Comissão MESICIC (2012, p. 53), aprovado quase um ano posterior ao advento da LAI, em setembro de 2012, recomendou-se ao Brasil “Fortalecer as normas e mecanismos que exigem que os funcionários públicos informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento”, com requerimento de atenção adicional nos termos previstos nos relatórios da Segunda e Terceira Rodadas, para “continuar com medidas para o fortalecimento da proteção dos funcionários públicos que denunciem atos de corrupção de boa-fé, visando protegê-los de ameaças ou represálias das que possam ser vítima em consequência do cumprimento desta obrigação.”

Se o Brasil não sofre represálias pelo descumprimento da Convenção Interamericana contra a corrupção, por certo, no mesmo momento, muitos servidores encontram-se

²⁹ Documento SG/MESICIC/doc.330/12 rev. 4.

ameaçados ou retaliados por terem exercido o seu “dever de denunciar”, como cidadão ou no exercício da função pública.

CONCLUSÃO

A Lei de Acesso à Informação veio regulamentar o direito fundamental à informação, e sua introdução ao ordenamento jurídico pátrio é uma conquista para a democracia e exercício da cidadania. Além da implementação de uma cultura de acesso, a LAI também introduziu, no âmbito federal, a proteção do servidor denunciante, ao alterar a Lei nº 8.112/90, por meio do seu art. 126-A. De fato, constata-se que o Brasil vinha recebendo críticas reiteradas por ausência dessa proteção normatizada, uma vez acolhidas convenções internacionais sobre o tema.

Ocorre que, ao se reconhecer o marco introduzido pela LAI para desenvolvimento de um “sistema de proteção ao denunciante”, não se impede afirmar que o legislador pátrio poderia ter avançado em outros aspectos sobre o tema. Destarte, se por um lado a recente proteção legal ao servidor *whistleblower* veio consolidar e fortalecer as iniciativas e ações existentes contra ilegalidades, condutas imorais e corruptivas, por outro lado, perdeu-se uma oportunidade de ampliar o tema e melhor efetivá-lo (MOTA JR, 2012b, p. 1050).

A generalidade do dispositivo legal estudado, passível de vários questionamentos, permite-se concluir que ainda existe uma lacuna normativa que assegure de forma integral a proteção do denunciante servidor e que defina instrumentos e mecanismos dessa proteção.

A pesquisa, por si só, demonstra a extrema relevância social do problema investigado, uma vez se tratar de recente legislação, com literatura nacional ainda escassa. As contribuições oriundas deste trabalho, além de tentar proporcionar resposta ao problema proposto, permitem ampliar as formulações teóricas a respeito do *whistleblower* no Brasil.

Proteger o servidor denunciante e desenvolver mecanismos dessa tutela nada mais é do que fomentar a participação democrática e a efetividade alcançada pelo direito à informação.

Fomentar ou estimular o ato de denunciar sem propiciar instrumentos protetivos ao denunciante é tornar a medida legal inócua ou com resultados práticos questionáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, n. 217, p. 67-79, jul/set. 1999.

ARTICLE 19. *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*. Londres: jul. 1999. Disponível em <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>> Acesso em: 10 fevereiro 2015.

_____. *A Model Freedom of Information Law*. Londres: jul. 1999. Disponível em <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/modelfoilaw.pdf>> Acesso em: 02 março 2015.

_____. **Monitoramento da Lei de Acesso à Informação Pública em 2013**. 2014.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Cartilha “Acesso à Informação Pública”**. Brasília: 2011. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaAcessoaInformacao/index.asp>> Acesso em: 15 abril 2014.

_____. _____. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília-DF, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/joaofmj/Documents/Manual_de_PAD-2013.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado**. Ed. Comemorativa. Brasília, 2012.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Mandado de Segurança 12.429/DF, Relator Ministro Felix Fischer. Brasília 25 mai. 2007, **Diário de Justiça** de 29.06.2007, p. 484.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental 1.354-AgR. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília 21out. 1994, **Diário de Justiça** de 6.6.1997.

_____. _____. Habeas Corpus 100042 MC/RO, Relator: Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça Eletrônico** de 8.10.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

COLIVER, Sandra. *The Right to information necessary for reproductive health and choice under international Law*. Capítulo *The Right to Know: Human Rights and Access To Reproductive Health Information*. Londres: 1995, p. 38 a 82.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile**. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº. 151, 2006.

CUNHA Filho, Matcio Camargo; XAVIER, Vitor César Silva. **Lei de acesso à informação: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

G20 ANTI-CORRUPTION WORKING GROUP - AWG. *Action Plan. Action Point 7: Protection of Whistleblowers*, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 20 janeiro 2015.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA JR, João Francisco da. *Corrupção: a importância do controle social antes o controle político e jurisdicional*. **L&C Revista de Administração Pública e Política**. n. 161. Brasília: Consulex, 2010, p. 5-11.

_____. *LA PROTECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DENUNCIANTES “WHISTLEBLOWER”*: um enfoque em la nueva tutela jurídica brasileña. **Revista Derecho y Cambio Social**. NÚMERO 29, AÑO IX, 2012a, La Molina, Lima-Perú.

_____. *A Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Cultura da Transparência*. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 28, n. 9, set. 2012b.

_____. *O Acesso a Informações pelos Candidatos em certames públicos*. **Revista Prática Jurídica**. n. 131., 2013.

_____. *A Constituição Cidadã e a Participação Social – além da Cidadania uma questão de efetivação e direitos*. **Direitos fundamentais e democracia I** [Recurso eletrônico on-line]. (org.) CONPEDI/UFSC; coordenadores: Margareth Anne Leister, Fausto Santos de Moraes, Juvêncio Borges Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 66-90.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: UNESCO, 2009a.

MENDIETA, Manuel Villoria. *Prevención y control de la corrupción en las empresas españolas con intereses en países en desarrollo Journal: Quórum. Revista de pensamiento ibero-americano*, n. 15, outubro, Universidad de Alcalá, Espanha, 2006, p. 137-166.

PEDREIRA, Anna Maria. **Direito Administrativo e o processo administrativo**; coord. CRETELLA, José, Neto. Coleção Completa, v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. Comissão de Peritos MESICIC. **RELATÓRIO FINAL. Primeira Avaliação**. Washington, 2006.

_____. _____ . _____ . _____ . **Segunda Rodada**. Washington, 2008.

_____. _____ . _____ . _____ . **Terceira Rodada**. Washington, 2011.

_____. _____ . _____ . _____ . **Quarta Rodada**. Washington, 2012.

ROJAS, Cláudio Nash. **Guia para uso do sistema interamericano de direitos humanos na proteção de denunciantes de atos de corrupção**. Tradução Carlos Henrique Nascimento, Kym Costa Moreira e Silvana Nunes da Silva; coordenadores do projeto no Brasil: Paulo Abrão, Ricardo Andrade Saadi, Frederico de Moraes Andrade Coutinho. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça – SNJ, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. vol. I e II. Edição Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Recommended draft principles for whistleblowing legislation*, 2009.

_____. *Whistleblowing: An Effective Tool in the fight against corruption*, 2010.

Disponível em:

http://cism.my/cismv2/uploads/articles/article/201106151722010.TI__PolicyPosition_Whistleblowing_17_Nov_2010.pdf>. Acesso em: 22 janeiro 2015.

WISSKIRCHEN, Gerlind. **Whistleblowing and Privacy Protection in Europe**. Annual CLE Conference. November 7 – 10, 2007, Philadelphia. Colonia, Alemanha.

URÍAS, Joaquín. *Lecciones de Derecho de la Información*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2009.

