



MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: INSPIRAÇÃO NAS QUI TAM ACTIONS

ANTI-CORRUPTION MICROSYSTEM AND ACCESS TO JUSTICE: INSPIRATION FROM QUI TAM ACTIONS

Tiago do Carmo Martins*

Gilson Jacobsen†

Resumo

O presente artigo parte do exame da feição transformadora da República Federativa do Brasil, tal como desenhada em 1988, que exige do Estado posturas ativas para superação de carências sociais. Tal objetivo, contudo, vem sendo embaraçado pelo fenômeno da corrupção, que desorienta decisões sobre políticas públicas e implica gastos ineficientes, com direto prejuízo para realização de direitos assegurados constitucionalmente. Na sequência, analisa de forma crítica o Microsistema Anticorrupção, centrado na Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa) e na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), talhado para evitar e reprimir desvios na condução dos negócios públicos, mas que carece de efetividade. Propõe, então, a ampliação dos entes envolvidos no enfrentamento a atos desonestos, com envolvimento social e cidadão, a fim de facilitar os canais de acesso à informação sobre atos ilícitos praticados contra o Estado. Neste campo, se vale da experiência estadunidense com as *qui tam actions*, instrumento centenário que, ao franquear acesso à Justiça ao cidadão, tem propiciado a descoberta de muitos desvios, com bons resultados na recuperação de ativos. O artigo usou o método indutivo. A hipótese inicial foi a de considerar as *qui tam actions* como úteis ao aperfeiçoamento do Microsistema Anticorrupção. O resultado da pesquisa confirmou a hipótese.

Palavras-chave: Corrupção. Microsistema Anticorrupção. Participação. Recuperação de ativos. *Qui tam actions*.

Abstract/Resumen/Résumé

This article starts from the examination of the transforming feature of the Federative Republic of Brazil, as designed in 1988, which requires the State to take active positions to overcome social needs. This objective, however, has been hampered by the phenomenon of corruption, which disorients decisions on public policies and implies inefficient spending, with direct damage to the realization of constitutionally guaranteed rights. Next, it critically analyzes the anti-corruption microsystem, centered on the Administrative Improbability Law and the Anti-Corruption Law, designed to prevent and repress deviations in the conduct of public business,

* Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2002). Formador certificado pelo TRF4/ENFAM. Diretor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC). Professor do Curso Regular da ESMAFESC na disciplina de Direito Administrativo. Juiz Federal do TRF4, lotado na 3ª Vara Federal de Itajaí. martinsct@hotmail.com

† Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna - UNIBO/Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/Brasil. Doutor em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia - UNIPG/Itália. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Juiz Federal lotado na 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina - 3ª TRSC/TRF4, em Florianópolis. giljacobsen@gmail.com





but which lacks effectiveness. It proposes, therefore, the expansion of the entities involved in the fight against acts of corruption, with social and citizen involvement, in order to expand the channels of access to information on illicit acts committed against the State. In this field, it draws on the American experience with *qui tam* actions, a century-old instrument that has led to the discovery of many deviations, with good results in the recovery of assets.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corruption. Anti-Corruption Microsystem. Participation. Asset recovery. *Qui tam actions*.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um Estado Republicano e de Direito, que inspira atitude transformadora do status quo, na busca da realização de direitos fundamentais e sociais, bem como impõe ao agente público o dever de agir conforme diretrizes éticas e probas. No entanto, o fenômeno da corrupção, enraizado desde os tempos coloniais, tem impedido o Estado brasileiro de realizar sua precípua tarefa de promover justiça social, pois muito do que se arrecada é perdido por decisões não baseadas no interesse público.

O microssistema anticorrupção foi forjado para induzir condutas probas no seio das relações estatais e, com isto, evitar e reprimir desvios na condução dos assuntos públicos. Sua eficácia prática, contudo, é baixa, especialmente porque não consegue descobrir a grande parte dos ilícitos e, quando o faz, recupera pouco do que foi perdido. Deste modo, é essencial discutir mecanismo de envolvimento social e cidadão no enfrentamento deste problema histórico, trazendo os particulares para a arena anticorrupção. Os desafios são muitos, mas a experiência estadunidense com as *qui tam actions*, que franqueia acesso à Justiça a pessoas privadas para agir em nome do Estado, demonstra ser possível superá-los, com benefícios vultuosos para a esfera pública e para a sociedade.

Nesta esteira, o artigo, com emprego do método indutivo, investiga a hipótese inicial de considerar as *qui tam actions* como úteis ao aperfeiçoamento do Microssistema Anticorrupção. O resultado da pesquisa confirmou a hipótese.

2 ESTADO TRANSFORMADOR

O advento do Estado Social³ - e os direitos sociais que passou a contemplar - veio com a exigência de postura ativa dos entes estatais, pois então se acham sob o influxo de satisfazer as prestações positivas garantidas pelos direitos da segunda geração. Note-se, ilustrativamente, o que contempla a Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, traçando como meta da República promover e assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Estas prestações positivas e transformadoras, que se somaram à necessidade de preservar direitos individuais, trouxeram um custo orçamentário nada desprezível (SUSTEIN;

³ Cujos marcos normativos são a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919.



HOLMES, 2019)⁴ e, por consequência, impuseram aos Estados a necessidade de aplicar receitas tributárias nas áreas contempladas pelos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

Muito por conta desta grande necessidade de investir, a Constituição Federal de 1988 ainda ostenta uma série de compromissos de ordem individual e social sem concretude, como a saúde, carente de um regramento mais explícito acerca dos limites e termos de exercício dos direitos dos que dela necessitam; educação, ainda ofertada pelo Poder Público em nível precário, especialmente no que se refere à educação infantil e ao ensino fundamental e médio; e no campo da assistência social e redução das desigualdades sociais e regionais, em que as políticas de cunho assistencialista, descompromissadas com a superação das causas das carências, são a regra.

No entanto, muitos são os obstáculos de ordem administrativa que impedem a implementação dos direitos enunciados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais é de se destacar a corrupção, que drena recursos escassos (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019)⁵, fragiliza ainda mais a efetividade das posições jurídicas garantidas constitucionalmente e, pela estreita vinculação entre direitos humanos e probidade administrativa, compromete a construção de sistemas democráticos justos e sustentáveis (UNIVERSIDAD DE CHILE, 2004).

3 CORRUPÇÃO

A corrupção de âmbito público⁶, que é a que afeta a atividade administrativa do Estado, pode ser definida como o ato de induzir um funcionário público⁷, por meios impróprios (como

⁴ “Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário” (p. 562).

⁵ “Además, los actos de corrupción a gran escala afectan las posibilidades financieras para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos deslegitimando su razón de ser ante la sociedad” (p. 57).

⁶ “En términos generales, la corrupción puede clasificarse como privada o pública. En el ámbito público, existe abuso en la posición de poder; se violentan las reglas conductuales, y se busca el privilegio particular, lo cual afecta los intereses de los propietarios o accionistas. En oposición a la privada, este tipo de corrupción se distingue por la naturaleza pública de los recursos. De ella existen tres tipos: 1) corrupción administrativa, tanto de “cuello blanco”, de altos niveles, como una más modesta; 2) corrupción política, y 3) corrupción legislativa. En esta última, la condición pública puede observarse en la formulación de leyes, así como en la prestación o producción de servicios y bienes públicos” (VALLS, 2019).

⁷ Segundo o Artigo 2º da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2004), funcionário público é definido como: “a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.



propina), a cometer violações de dever (KLITGAARD, 1991). Ou como expressa a clássica definição formulada por ROSE-ACKERMAN (1999), “o abuso da função pública para ganhos privados”.

A corrupção de índole pública se manifesta na atividade administrativa (celebração de contratos superfaturados, pagamento de serviços não prestados, concessão de licenças indevidas), política (nomeação para cargos públicos para angariar fundos para partido ou projeto político, nepotismo, candidaturas de fachada para levantar recursos do fundo partidário) e mesmo legislativa⁸ (elaboração de leis negociadas por interesses escusos, mediante pagamento de contraprestação financeira, ou edição de atos normativos que tem por fim dificultar a punição de agentes corruptos).

A corrupção se traduz na ação do funcionário público que atua, normalmente, dentro de suas atribuições, mas sem mirar a satisfação do interesse geral, porquanto orientado por favorecer a si próprio ou pessoa específica, que, em troca, promete ou paga benefícios indevidos ao agente estatal⁹. Disto advêm flagrantes danos ao interesse público e à coletividade, pelo escoamento de recursos públicos para searas não prioritárias, quando não ilícitas, limitando ainda mais o orçamento público, já insuficiente para atender as demandas essenciais da coletividade.

Nesta perspectiva, a corrupção diminui a eficiência administrativa pelo desperdício de recursos públicos, distorção das políticas públicas e criação dos chamados “*public bads*” (KLITGAARD, 1991), efeitos sociais nocivos gerados pelo exercício indevido das atividades públicas, como construções irregulares que ponham em risco os indivíduos ou o meio ambiente, só possíveis pela omissão da autoridade fiscalizadora.

Em termos redistributivos, a corrupção provoca maior alocação de recursos em favor dos mais poderosos, detentores de influência política, militar ou financeira, em detrimento do atendimento das necessidades sociais. No plano político, a corrupção distorce o processo de tomada de decisões importantes para a comunidade, ao alterar o critério do ‘interesse público’ para a busca de vantagens privadas indevidas (SCHLOSS, 2010).

Com efeito, a corrupção gera custos de eficiência em termos de desperdício e má alocação. Nas compras públicas, estima-se que a corrupção gere um incremento indevido no gasto estatal na monta de 10% a 25% do valor dos contratos (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2013). Examinando-se apenas as compras feitas pelo setor público em países em desenvolvimento, estas custam de 20% a 100% mais do que o preço que seria paga em situações livres de corrupção (KLITGAARD, 1991). Tudo isto a fragilizar a promoção dos direitos sociais.

4 MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO

Para enfrentamento da corrupção e desonestidade na esfera pública, a legislação nacional contempla um conjunto de regras, denominado microssistema anticorrupção (DINO,

⁸ Segundo pesquisa realizada pela Transparência Internacional (INTERNATIONAL TRANSPARENCY, 2019), nas Américas, 46% dos participantes percebem a polícia e o Legislativo como órgãos mais corruptos.

⁹ VALLS, Alejandro Pastrana. **Estudio sobre la corrupción en América Latina**. México: Revista Mexicana de Opinión Pública, no.27, jul./dic. 2019, p. 17. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

2015). Seus vértices são, no espectro cível, a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC). Além delas, o conjunto é informado por outras diversas normas, como Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular - LAP), Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), Lei 9.807/99 (Proteção de vítimas e testemunhas), Lei 12.527/2011 (Acesso à informação), Lei Complementar nº 64/90 (Inelegibilidades), Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), Lei 1.079/50 (Impeachment), Decreto-Lei 201/67 (Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores; além de se comunicar com dispositivos penais, como os artigos 312 e seguintes do Código Penal, que tratam dos crimes praticados contra a Administração Pública¹⁰, Lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas) e o Código Eleitoral, que prevê a corrupção eleitoral.

Os valores que informam o sistema são comuns: “a moral administrativa, a justiça, o desenvolvimento econômico e social, a livre concorrência a democracia, a boa governança e a probidade na administração pública” (GABARDO; CASTELLA, 2018), tudo posto com o fim de garantir ao cidadão brasileiro o direito a uma boa administração pública, do que se espera a adequada aplicação dos recursos do Erário. Tem-se, assim, um feixe de normas que visa a captar o fenômeno da corrupção por um prisma sancionador, mas não penal, com este convivendo e se integrando.

A eficácia do microsistema, contudo, é baixa, pois não tem conseguido recuperar¹¹ os ativos desviados (SADEK, 2019), nem refrear o impulso dos agentes desonestos, já que o Brasil segue em posição desconfortável em ranking internacional que mede a honestidade de 180 países (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021), ocupando a 96ª posição, com pontuação de 38/100, o que o coloca entre os muito corruptos.

A causa central deste estado de coisas perpassa pela carência de informações captadas pelos órgãos de controle sobre os ilícitos perpetrados na penumbra da clandestinidade. “A corrupção que vem à tona é aquela que não deu certo” (SADEK, 2019). É essencial, então, que agentes privados sejam envolvidos neste embate, pois são eles que dispõem das informações desconhecidas e, normalmente, inacessíveis de outro modo ao Estado. Neste contexto, informação constitui inestimável *commodity*; e as autoridades nela necessitam investir. A experiência estadunidense bem o demonstra.

5 QUI TAM ACTIONS

O *False Claims Act* (FCA - 31 U.S. Code), incorporando longa tradição da *Common Law*, previu a *qui tam action*¹² como instrumento que confere ao *Whistleblower* (soprador do

¹⁰ Segundo, GONÇALVES (2018), “há três diplomas legislativos componentes do sistema protetivo da Administração proba: as leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que tratam especificamente da tutela do direito material coletivo à probidade administrativa, e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre destacado instrumento processual específico, apto a veicular, em juízo, tais pretensões”.

¹¹ Mesmo diante de cenário de alto índice de condenações (63,8%, conforme COSTA; SILVA, 2010), pouco é revertido em proveito do Estado: de um total de R\$ 1.9 bilhão de valores devidos ao Estado, apenas R\$ 2.7 milhões, consoante aponta SADEK (2019), com base em informações constante do cadastro nacional de condenados por improbidade administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹² O nome da ação é uma versão curta de expressão latina “qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur” (PETTY, 2006) que, traduzida livremente, significa “aquele que traz o seguinte assunto para meu Senhor o Rei e quem também traz este assunto para si mesmo” (DOYLE, 2009).



apito)¹³ legitimidade processual ativa para processar quem cause dano ao governo dos Estados Unidos por cobranças indevidas, nominadas fraude (*fraud*) pelo estatuto. Como elucida DOYLE (2009):

Qui tam é a ação pela qual um indivíduo processa em nome do governo e participa do produto de qualquer litígio ou acordo bem-sucedido. Embora frequentemente punitivo, geralmente é um processo civil. Ao contrário do antitruste, do RICO e de outros procedimentos punitivos federais, o procurador-geral privado não precisa ter sido vítima da má conduta que deu origem ao litígio.

Baseia-se na ideia de conceder incentivo financeiro ao particular (*relator*) que disponha de informações contra fraudes praticadas em detrimento do governo dos Estados Unidos. Com olhos no prêmio, aquele que tem informações de interesse do governo se sentiria tentado a delatar e processar os partícipes e, com isto, o Estado acessaria informações e dados que provavelmente não alcançaria.

Assim, em sua versão original, a *qui tam* foi concebida pelo legislador como um meio para descobrir e cortar as raízes das fraudes contra o governo, fraudes que, de outro modo, permaneceriam encobertas (TSCHEPIK, 2020)¹⁴.

Os programas de *Wistleblowing* tradicionais¹⁵ se fundam no fornecimento de informações a órgãos públicos ou corporativos, por alguém de dentro do grupo, de forma anônima ou aberta, em troca de alguma forma de recompensa. No Brasil, tem-se exemplo de *whistleblower* na Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), que alterou a Lei 13.608/2018 e instituiu a figura do informante do bem. A *qui tam* vai um passo além, pois permite que o informante processe em nome do Estado.

Deste modo, as *qui tam actions* se orientam pela fórmula *informação = recompensa* e, por isto, são espécie de *whistleblower*, pois também se concede recompensa por informações de interesse persecutório ao *relator*. A diferença, contudo, está na concessão de legitimidade para agir judicialmente em nome do Estado.

O sistema de *qui tam* pode ser visto como espécie do gênero *Wistleblowing*, se especializando por conceder ao *Wistleblower* (*relator* ou *private attorney general*) legitimidade (*standing*) para propor uma ação judicial em seu próprio nome, mas também em nome do governo dos Estados Unidos.

O texto original do FCA foi promulgado em 1863, para debelar forte pressão sobre os cofres públicos, no contexto da Guerra Civil, em que fornecedores de material bélico (incluindo cavalos e comida) apresentavam cobranças indevidas e excessivas (fraudulentas) ao governo (BECK, 2018). A passagem a seguir, extraída de discurso proferido pelo Senador Howard no processo legislativo que antecedeu a edição do FCA, bem resgata a ideia por trás da iniciativa:

¹³ “*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” (BRANDÃO, 2020).

¹⁴ A ideia das *qui tam actions* se funda em percepção bem apreendida por TOCQUEVILLE (2005): “Os legisladores americanos mostram pouca confiança na honestidade humana, mas sempre supõem ser o homem inteligente. Portanto baseiam-se na maioria das vezes no interesse pessoal para a execução das leis”.

¹⁵ “*Whistleblowing is as an affirmative act by members inside an organization to disclose illegal acts perpetuated by the organization with a goal of bringing about change. A whistleblower is a person who, at his or her own risk and through personal motivation, reveals to the public or someone in authority alleged illegal activities in either a government department or a public or private organization*” (RABIAT, 2019).

O resultado das cláusulas é apenas oferecer ao delator uma forte “tentação” de trair seu cúmplice, e trazê-lo a julgamento. O projeto de lei oferece, em síntese, uma recompensa ao informante que recorre à Justiça e trai o seu cúmplice, caso ele o seja; mas o projeto não se restringe a essa categoria. [...]. Eu embasei a quarta, quinta, sexta e sétima seções na antiga ideia de oferecer uma tentação e “usar um trapaceiro para capturar um trapaceiro”, que é o modo mais seguro e rápido que eu já encontrei de submeter trapaceiros à Justiça (SOUZA, 2012).

Com o tempo, o espectro da lei foi além da fraude contratual, “atingindo, posteriormente, declarações falsas ao governo para reembolso de quantias relativas à prestação de serviços de saúde, declarações falsas realizadas por subcontratantes em relação aos contratantes diretos com a administração pública, dentre outros” (COSTA; SILVA, 2010).

Na atualidade, há quatro estatutos federais versando sobre *qui tam*: o False Claims Act¹⁶, a Lei de Patentes e duas leis de proteção aos direitos indígenas (DOYLE, 2009), sendo o primeiro deles o mais destacado, aplicando-se hoje em vários campos, como programas ambientais, pesquisa científica, exploração de gás e petróleo e setor financeiro. Mas os reembolsos de gastos feitos nos programas de saúde *Medicare* e *Medicaid*¹⁷ e as compras do setor de defesa são os casos mais recorrentes de uso das *qui tam* (ENGSTROM, 2014).

No nível dos estados federados, as *qui tam actions* estão previstas na legislação de 29 deles, além do Distrito de Columbia¹⁸. Alguns estados limitam as ações a pedidos de pagamentos fraudulentos, enquanto outros as estendem para o ramo de seguros privados (Illinois e Califórnia) e práticas comerciais específicas (Columbia). O mais proeminente, contudo, é o *Private Attorneys General Act (PAGA)*, promulgado pela Califórnia em 2004, para melhorar a aplicação das leis trabalhistas no estado (GILLES; FRIEDMANN, 2020).

Seja no plano nacional, seja no plano dos estados federados, uma característica comum sobressalta aos diversos planos de *qui tam* estabelecidos: “em cada um desses contextos, os legisladores reconheceram, como política pública, que os cidadãos estão mais bem posicionados para desvendar transgressões” (GILLES; FRIEDMANN, 2020).

Na essência, o FCA proíbe atos que visem ao locupletamento de qualquer pessoa, física ou jurídica, em detrimento do patrimônio do governo federal, seja recebendo mais do que o devido pelo serviço prestado, entregando prestação em desacordo com o contratado, não restituindo o bem guardado em sua integralidade, adquirindo ilegalmente propriedade pública, reduzindo o valor que tem de pagar ao erário (*reverse false claim*) ou conspirando para praticar as condutas anteriores (ENGSTROM, 2014).

Se a ação for procedente ou se a causa for resolvida por acordo de que resulte recuperação de ativos estatais, o relator receberá, como regra geral, de 25% a 30% do proveito

¹⁶ “False Claims Act is the only federal *qui tam* statute with its roots in the eighteenth or nine Tenth century that has generated a large number of cases and which remains important today” (PETTY, 2006).

¹⁷ Em 2018, o DOJ relatou ter arrecadado U\$ 2.8 bilhões através do FCA, dos quais U\$ 2.5 bilhões vieram da indústria de cuidados de saúde (JENNINGS; DARDEN; HOBBS, 2020).

¹⁸ Alguns estados norte-americanos têm instituído leis restritivas ao aborto, como a S.B. Nº. 8, do Estado do Texas. Nestas leis, há provisões que concedem a indivíduos a prerrogativa de processar pessoas ou entidades que desempenham qualquer atividade relacionada a aborto. Notável que é ao cidadão, não ao poder público, que se confere a prerrogativa de promover a aplicação da lei, o que é visto como uma tentativa de blindá-la contra o controle de constitucionalidade em cortes federais (ZAMBRANO, 2021), o que gera preocupações de que até mesmo um motorista de aplicativo que leve a mulher à clínica em que será realizado o procedimento possa ser processado. Estas provisões, no entanto, não se qualificam com *qui tam actions* e se distinguem fundamentalmente das diretrizes marcadas no FCA.



estatal, nas situações em que o governo não intervenha na ação. Já se o Estado aderir ao processo, a recompensa ficará entre 15% e 25%¹⁹.

Como resultado, muitas ações têm sido propostas (767 só em 2018, conforme HOLLAND; KNIGHT, 2019), com proveito concreto para o Estado, já que desde 2009 os valores recuperados têm sido superiores a US\$ 2 bilhões por ano (BERG; ANDROPHY, 2019).

6 O BRASIL DEVERIA TER ALGO COMO AS QUI TAM ACTIONS?

Como visto, o *microssistema anticorrupção* não tem estado à altura da profusão de atos de corrupção que assola o Brasil. Movimentos recentes apontam para enfraquecimento do sistema de *accountability* estatal (JACOBSEN; MARTINS, 2022), potencializando a já baixa eficácia do microssistema. Os poucos ilícitos que vêm à tona representam parca recuperação de ativos desviados do Erário. O problema parte justamente da escassez de informações que aportam aos órgãos de controle. Incluir o cidadão e a sociedade neste embate pode ser de grande valia.

Note-se que o constitucionalismo nacional tem se preocupado com isto. Mecanismos de *accountability* vertical²⁰ são previstos desde a Constituição de 1934, que introduziu a ação popular para tutela do patrimônio público. Na Carta de 1988, essa preocupação foi revigorada, com a visão de que o cidadão não participa da sociedade e do Estado apenas por ocasião do escrutínio eleitoral, mas é parte integrante do esquema de controle, em sentido amplo, da Administração, que se vale de membros da sociedade para verificar a correção dos atos do poder público (NIMER, 2016). Também a ação civil pública reforça a intenção do Constituinte de chamar a coletividade para ajudar a controlar a gestão pública, colocando na mão dos membros da sociedade um mecanismo de garantia, de correção, destinado a fazer com que a Administração nunca se descuide de perseguir as finalidades públicas que pesam sobre si (SUNDFELD, 1996).

Contudo, o conjunto *ação popular + ação civil pública*, cunhado com o propósito de envolver a sociedade civil no controle da Administração, tem se mostrado insuficiente para mobilizar os atores privados e trazer efeitos concretos na moralização da atividade administrativa (AYRES BRITO, 1992). Até a presente quadra, o fato é que o Brasil não tem conseguido envolver efetivamente a sociedade na proteção da probidade, circunstância que,

¹⁹ Note-se que a *qui tam* pode prover informação que dê azo a uma ação penal. Neste caso, o relator não pode intervir na demanda criminal, nem receber qualquer participação no que nela for arrecadado. Isto aconteceu em *United States v. Wegeler*, 941 F.3d 665 (3d Cir. Oct. 28, 2019). O 3º Circuito de Apelação apreciou uma ação penal, originada de informações colhidas em *qui tam* proposta por ex-empregada contra o ex-empregador, na qual alegava submissão de cobranças indevidas ao governo por serviços educacionais que não haviam sido efetivamente prestados. A Corte entendeu que, segundo a Constituição, nenhum cidadão tem um interesse processual reconhecido de processar outra pessoa criminalmente; e que o FCA só autoriza partes privadas a intervir em ações cíveis em nome do governo. Deste modo, na ação penal, em que foram recolhidas indenizações financeiras decorrentes de evasão fiscal (tema não autorizado para uma *qui tam*), fora negada tanto a intervenção da ex-empregada, quanto qualquer participação nos valores arrecadados na causa penal (Business Torts Reporter, 2020).
²⁰ “*un mecanismo no electoral, pero vertical, de control de autoridades políticas que descansa en las acciones de un múltiple conjunto de asociaciones de ciudadanos y de movimientos y sobre los medios, acción que tiene como objetivo el exponer los errores gubernamentales, trayendo nuevas cuestiones a la agenda pública, o de activar el funcionamiento de agencias horizontales. Emplea herramientas institucionales y no institucionales. La activación de demandas legales o reclamos ante agencias de control es un ejemplo de recursos institucionales; las movilizaciones sociales y exposés ilustran algo de los no institucionales, [cuya efectividad] se basa en sanciones simbólicas*” (PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2002).

além de significar a desperdício da oportunidade de consolidar o envolvimento cívico, tem deixado de considerar importante fonte de informações sobre atos corruptos (O'DONNELL, 2001), pois deixa de se valer do “conhecimento advindo da capilaridade dos cidadãos na vida cotidiana das empresas, das obras públicas, dos serviços públicos” (ROCHA, 2020) para combater ilícitos que praticados e mantidos na clandestinidade²¹.

Os dogmas da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, vistos a partir de uma concepção clássica do Direito Administrativo, têm contribuído para gerar sensação de desconfiança em relação ao particular e uma postura adversarial entre Administração e administrado. Como bem elucida PALMA (2022), o sistema de *enforcement* brasileiro foi todo baseado na técnica de comando e controle, segundo a qual à Administração compete estabelecer as regras de conduta e ao particular sua observância estrita, que, em não ocorrendo, implica na imposição de sanções.

Mas o sistema é ineficaz, pois além das dificuldades para desvendar as violações²², as punições, quando ocorrem, são intensamente judicializadas, com sérios prejuízos para a autoridade administrativa e para o efeito dissuasório de novos ilícitos. Neste passo, a grande corrupção, formação de cartéis, *insider trading* e outros ilícitos complexos e lucrativos “difícilmente serão identificados pela autoridade pública senão pelo recebimento de ‘dicas’ (‘tips’)” (PALMA, 2022).

Indivíduos pertencentes (*insiders*) ou muito próximos ao grupo delinquente dispõem de informações muitas vezes inacessíveis aos órgãos de controle²³; ou que só são descobertas muito tempo depois do início da lesão, tornando sua reparação muito difícil. Com efeito, “a corrupção torna-se possível pela manipulação das regras e das leis, e actua de forma invisível, bem sucedida graças aos habituais de pactos de silêncio, entre corruptor e corrompido” (MORGADO, 2003).

Neste contexto, que é agravado por uma assimetria de informações sem precedentes entre Poder Público e particular, gerada pelo avanço tecnológico disruptivo, se faz essencial a superação de dogmas clássicos do Direito Administrativo e uma “reforma do *enforcement* público brasileiro pela mais efetiva colaboração particular” (PALMA, 2022).

Esta realidade foi há muito tempo captada pelo pragmatismo estadunidense, como demonstram as *qui tam actions*, que se valem de oferta de incentivo financeiro ao agente privado colaborador para estimulá-lo a desvendar e levar à responsabilização judicial esquemas de corrupção e seus participantes, sem que isto implique em aumento de despesa estatal, pois o

²¹ O envolvimento cidadão na temática anticorrupção é crucial e tem sido percebido no plano internacional, como denota o Plano Nacional de Integridade e Luta Contra a Corrupção 2018 – 2021 do Peru, que envolve entidades privadas, empresas, organizações sociais e diversos setores da sociedade em modelos de prevenção e controle de desvios na atividade pública (PERU, 2018). Decreto Supremo n° 044-2018-pcm. Disponível em: <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-externa/17838-decreto-supremo-n-044-2018-pcm/file>. Acesso em: 22/08/2022.

²² “o Estado ‘sozinho’ não possui aptidão para enfrentar eficazmente a corrupção. Primeiramente, porque, muitas vezes, os próprios gestores estatais estão envolvidos nas práticas corruptivas, tornando ilusório acreditar que o governo atuaria, de fato, em desproteito de seus interesses. Secundariamente – mas não menos importante –, em razão da inviabilidade de se combater, por uma só via, um fenômeno tão disperso e abstruso como é a corrupção” (PORTO; WERLE, 2015).

²³ Sobretudo no que diz respeito a casos de *grand corruption*, há uma considerável ‘cifra negra’ (esquemas nunca descobertos) que impede dimensionar com precisão a incidência da corrupção e torna não resolvida parcela significativa e economicamente expressiva os atos ilícitos praticados (LEVCOVITZ, 2020).



incentivo é custeado pelo valor recuperado pela própria ação²⁴, o qual dificilmente existiria sem a colaboração privada.

A oferta de recompensa também cria um segundo incentivo, de caráter negativo, para os que planejam atos de corrupção. A possibilidade de que membros do grupo delinquente ou pessoas próximas tenham uma porta aberta, e atrativa, ao sistema judicial para reportar a ocorrência de atos de corrupção cria efeito dissuasório de tais condutas, pois há o temor constante e fundado de que alguém possa relatar os ilícitos às autoridades²⁵.

Mais ainda, a possibilidade de que o silêncio seja quebrado também influencia a ação da própria autoridade pública que cogite de ação corrupta, pois passa a conviver com temor concreto de descoberta da prática ilícita. Neste contexto, é importante estímulo para solver a clássica questão “quem vigia o vigia?”, servindo como impulso para “manter os zeladores honestos” (HARDIN, 1968).

Trata-se, assim, de instrumento que, abrindo o acesso ao Judiciário para pessoas de fora da Administração, para agir em seu nome, viria a robustecer a seara anticorrupção, abrindo nova via para a colaboração privada com o poder público, a fim de franquear acesso a informações quase inalcançáveis de outro modo, o que se torna possível com baixo investimento estatal e grande potencial de retorno de valores desviados²⁶, âmbito em que se faz urgente o incremento dos resultados verificados, pois, segundo dados do cadastro nacional de condenados por improbidade, mantido pelo CNJ, de um total de R\$ 1.9 bilhão de valores devidos ao Estado, apenas R\$ 2.7 milhões efetivamente foram recuperados (SADEK, 2019).

7 CONCLUSÃO

Para que o Brasil consiga cumprir os ideais transformadores traçados em 1988, é fundamental enfrentar adequadamente a corrupção, pois esta distorce decisões e desperdiça parte significativa dos recursos que seriam necessários para a promoção de direitos sociais.

O arcabouço normativo existente (*microssistema anticorrupção*), conquanto essencial, tem sido insuficiente para promover nível ético correspondente aos desafios estabelecidos pelo Constituinte. Neste passo, olhar para o Direito estadunidense pode ser útil, já que a longa experiência com as *qui tam actions* demonstra o potencial deste mecanismo para a promoção da lisura na gestão administrativa e, sobretudo, na recuperação de ativos desviados do Erário.

Com as devidas adaptações, tem-se aí importante instrumento de acesso à Justiça que serviria de reforço ao microssistema anticorrupção.

REFERÊNCIAS

²⁴ “The most important benefit of a *qui tam* provision is the large recoveries available to private plaintiffs through statutorily mandated percentages of large, fixed penalties allocated for the *qui tam* relator. The U.S. FCA experience shows that this is highly effective in attracting knowledgeable insiders willing to serve as whistleblowers. As noted earlier, plaintiffs take a substantial risk when bringing whistleblower cases. U.S. Senator Grassley once said ‘[w]histleblowers frequently risk everything when bringing false claim cases’.” (KIM, 2016).

²⁵ É o “vírus da instabilidade nas relações entre potenciais infratores” (MARRARA, 2013).

²⁶ Nos últimos anos, a média arrecadada anualmente pelo governo dos Estados Unidos com as *qui tam* tem sido superior a U\$ 3 bilhões. MEHTA; SHORT, 2020.



AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set /1992, p. 122.

BECK, Randy. Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation. **Chapman Law Review**. V. 21, Iss. 1. Art. 4, 2018, p. 44-45. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 21/09/2022.

BERG & ANDROPHY. **Qui Tam Statistics: False Claims Act Statistics Since 1988**. Disponível em: <https://www.bafirm.com/practice-areas/qui-tam-litigation/statistics/>. Acesso em: 22/09/2020.

BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019.

COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 30.

DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. *In A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade*, Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodvium, 2015, p. 457).

DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p.67.

ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement’s Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, vol. 114, n. 8, Dez/2014, p. 1944.

False Claims Act/Qui Tam Actions. **Business Torts Reporter**, v. 32, n. 3, p. 66–67, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=141087344&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini de. **O COMPLIANCE E A DOSIMETRIA DA PENA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: PONDERAÇÕES A PARTIR DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO**. Caxias do Sul: Editora Plenum, v. 14, n. 80, p. 7–26, mar. 2018, p. 13.

GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, Vol. 98, 2020, p. 493.

GONÇALVES, Benedito. A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública. *In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 33.



HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, Vol. 162, Dez./1968, p. 1245-1246.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Global Corruption Barometer: citizens' voices from around the world.** Disponível em <https://www.transparency.org/en/news/global-corruption-barometer-citizens-voices-from-around-the-world>. Acesso em: 16/07/2020.

JACOBSEN, Gilson; MARTINS, Tiago do Carmo. A Lei Anticorrupção e a promoção de *compliance* empresarial no Brasil. In **Governança, Ética e Compliance**. Org. Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde. Lisboa: Almedina, 2022, p. 307-325.

JENNINGS, Colin; DARDEN, Marisa T.; HOBBS, Ayako. HEALTHCARE WHISTLEBLOWERS - HOW THE GOVERNMENT USES THE FCA'S QUI TAM PROVISIONS TO ROOT OUT CORRUPTION FROM WITHIN. **CLEVELAND METROPOLITAN BAR JOURNAL**, Jan. 2020, p. 36. Disponível em: <https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2020/01/healthcare-whistleblowers-how-the-government-uses-the-fcas-qui-tam-provisions-to-root-out-corruption-from-within>. Acesso em: 14/12/2020.

KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea's Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Vol. 36, No. 1, p. 235-265, 2016, p. 261.

KLITGAARD, Robert. Controlling Corruption. **University of California Press**, Berkeley, 1991. Kindle Version, p. 344-345.

LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014.** Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020, p. 110.

MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. **Conjur**, 15.11.2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega. Acesso em: 02/05/2020.

MEHTA, Jason; SHORT, Jennifer A. Big Data Makes Big Cases: How Data Analytics Is Shaping False Claims Act Enforcement. **Federal Lawyer**, v. 67, n. 4, p. 42–48, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=145379313&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

MORGADO, Maria. **Corrupção - estrutura e significado.** Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Lisboa, Ago/2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTmKG5nNXtAhUED7kGHdqyAvQQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fasficpj.pt%2Fimages%2Farquivo%2F2003%2Fmorgado.pdf&usq=AOvVaw3Ih-MHyTSMMSlgz3K3II0h>. Acesso em: 17/12/2020.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação Popular como instrumento de defesa da moralidade administrativa.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, dissertação de mestrado. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062016-175724/pt-br.php>. Acesso em: 21/08/2021.



O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, México, n. 14, Abril/2001, p. 26.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos. *In: Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 937-938.

PERU. **Decreto Supremo n° 044-2018-pcm**. Disponível em: <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-externa/17838-decreto-supremo-n-044-2018-pcm/file>. Acesso em: 22/08/2022.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 32.

PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, vol. 39, Issue 4, 2006, p. 863.

PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 4, p. 137-154. 2015/ 2, p. 152.

RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, Vol. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 340.

ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15/12/2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. London: Cambridge University Press, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. **Revista da CGU**, Brasília, 20, ago-dez/2019, p. 1282.

SCHLOSS, Miguel J. Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad. **Georgetown University, Universia**, Washington, 2010, vol. 4 num. 1, p. 18.

SOUZA, Teresa Cristina. Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: qui tam action e false claims act. Escola da AGU, Brasília, 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 297.

SUNDFELD, Carlos Ari. Ação Civil Pública e Ação Popular. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Jul./1996, p. 449.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 562.





TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 90.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO 2021.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/IPC/>. Acesso em: 06/09/2021.

TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, n.º. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1058.

United Nations Office on Drugs and Crime. **Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption.** Viena: 2013, p. 1.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Convention against Corruption – UNCAC.** Viena: 2004, p. 7, disponível em: https://www.unodc.org/unodc/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html.

UNIVERSIDAD DE CHILE. Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América. **Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004.** Disponível em: <https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/393/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#5>. Acesso em: 28/08/2022.

VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, México, n.27, jul./dic. 2019, p. 16. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

ZAMBRANO, Diego A. Maneuvering Around the Court: Stanford’s Civil Procedure Expert Diego Zambrano on the Texas Abortion Law. **SLS BLOGS/LEGAL AGGREGATE**, Stanford, 2021. Disponível em: <https://law.stanford.edu/2021/09/08/maneuvering-around-the-court-stanfords-civil-procedure-expert-diego-zambrano-on-the-texas-abortion-law/>. Acesso em: 12/05/2022.