

Artigo publicado na Revista de Doutrina do TRF4, edição nº 65, de 30.04.2015, disponível no link: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html

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*

Autor: Márcio Antônio Rocha

Desembargador Federal
Vice-Corregedor Regional eleito para o biênio 2015/2017
Participante do Hubert Humphrey Program (2013/2014)
Mestrando pela Washington College of Law

Senado Americano: "9 das 10 maiores empreiteiras no setor de segurança estão sob investigação por múltiplas fraudes"¹

O dado extraído do relatório do Senado americano, acima referido, foi expedido no ano de 1986, e parece refletir o cenário do Brasil em 2015. De acordo com recente reportagem da Folha de São Paulo,² nove das dez maiores construtoras brasileiras estão atualmente sob investigação em fraudes e corrupção envolvendo o setor de exploração de petróleo. Apesar de os cenários serem muito semelhantes, segundo a Transparência Internacional, que monitora dados sobre corrupção, os Estados Unidos ocupam atualmente a 17ª posição, enquanto o Brasil ocupa a perturbadora 69ª posição no índice de percepção de corrupção. O ponto, portanto, é analisar quais foram as medidas tomadas pelo Congresso americano para remediar a fraude sistêmica no ano de 1986 e verificar se as soluções adotadas podem de alguma forma ser trilhadas pelo Brasil. Este estudo compara os principais instrumentos da participação da sociedade civil no combate à corrupção e à fraude nos sistemas jurídicos existentes no Brasil e nos Estados Unidos. Para o propósito deste trabalho, dentro do sistema jurídico brasileiro, a atenção será focada na "ação popular". No sistema legal americano, a atenção será focada na chamada *qui tam action* e nos programas de *whistleblower*. Essas ferramentas legais são reconhecidas, nos Estados Unidos, como as mais eficientes armas de combate à fraude e ao abuso contra os recursos do erário americano.³ Como conclusão, o estudo pretende estabelecer que o sistema jurídico brasileiro pode ser influenciado pela experiência norte-americana, por meio da introdução do conceito da *qui tam action* e do programa

¹ U.S. Senate Report, n. 99-345, at 2-3 (1986): "In 1985, the Department of Defense Inspector General, Joseph Sherick, testified that 45 of the 100 largest defense contractors, including 9 of the top ten, were under investigation for multiple fraud offenses. Additionally, the Justice Department has reported that in the last year, four of the largest defense contractors (...) have been convicted of criminal offenses while another (...) has been indicted and awaits trial (...). The Department of Justice has estimated fraud as draining 1 to 10 percent of the entire Federal Budget". Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>>.

² Folha de São Paulo online. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/11/117738-muro-alto.shtml>>.

³ US Department of Justice: "The False Claims Act is the government's primary civil remedy to redress false claims for government funds and property under government contracts, including national security and defense contracts, as well as under government programs as varied as Medicare, veterans' benefits, federally insured loans and mortgages, transportation and research grants, agricultural supports, school lunches and disaster assistance. With more whistleblowers coming forward since the act was strengthened in 1986, the government opened more investigations, which led to the surge in recoveries we see today". Ver <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>>.

de proteção e incentivo ao denunciante, como importantes ferramentas para melhorar o combate à corrupção e às fraudes públicas, mediante o fomento da participação da sociedade civil.

Em qualquer país ou governo, quando se trata dos mecanismos de contenção do desperdício de recursos públicos e das fraudes contra o erário, a participação da sociedade civil é indispensável para se viabilizar a efetividade das demais ferramentas destinadas a conter os desajustes nos gastos públicos.⁴ Existe unanimidade desse conhecimento nos fóruns de debates internacionais sobre os temas da corrupção, da fraude pública, da governança, etc. Em decorrência disso, a importância da necessidade de participação da sociedade é reconhecida também por governos, ao ponto de estar firmada em compromissos internacionais expressos, dos quais se destaca a Convenção das Nações Unidas de Combate a Corrupção – Uncac.⁵

Em geral, a participação da sociedade no combate à fraude pública tem como pressuposto a transparência de gastos, a disponibilização da contabilidade pública e o direito de obter informações. A sociedade em geral tem como fonte, ainda, o conhecimento advindo da capilaridade dos cidadãos na vida cotidiana das empresas, das obras públicas, dos serviços públicos. Entretanto, a sociedade, ao tomar conhecimento de lesões ao erário, pode se deparar com um sistema jurídico que não lhe disponibilize meios de, efetivamente, exigir, controlar e fiscalizar o próprio processo apuratório dessas fraudes. E, assim, embora o conhecimento, as medidas de transparência passam a não alcançar os resultados desejáveis quando não existe para o cidadão uma via para o prosseguimento ativo nessa participação. Ao cidadão cabe unicamente informar os fatos às chamadas “autoridades competentes”, esperando que algo seja feito. Dependendo a aplicação da lei de um processo apuratório cuja titularidade seja entregue apenas aos agentes do Estado, os resultados para participação civil, limitados à denúncia, podem ser frustrados por uma série de fatores, decorrentes das limitações do processo investigativo e punitivo estatal.

Nesse sentido, já de início, a autoridade investigadora ou processante usualmente falha em prestar contas ao cidadão sobre os trabalhos desenvolvidos a partir de determinada denúncia, e com isso o cidadão não vê repercutida a sua ação no interesse público. Outrossim, não raramente o agente público enfrenta suas próprias deficiências, materiais e pessoais, para levar a termos razoáveis a apuração do fato. E, em geral, quanto mais propenso à fraude e à corrupção é o Estado, menos recursos materiais e humanos disponibilizará ao setor incumbido de conhecer tais ilicitudes. Nesse Estado haverá, ainda, a falta de ferramentas legais eficientes a instrumentalizar a participação da sociedade, transparecendo, então, não a anterior falta de recursos, mas a falta de vontade política do enfrentamento do problema. E, assim, a regra cotidiana é que, contidos pela escassez de recursos, os agentes públicos não têm condições de analisar todos os atos da administração passíveis de prejuízo ao erário. É importante notar que mesmo nos países

⁴ “Governance is no longer seen as an intergovernmental concern but as a cross-cutting issue involving all kind of actors, intergovernmental bodies, academia, mass media, NGOs, Civil Society (...). Corruption can’t be addressed by one sector of society in isolation from others”. U4 Anti-Corruption Resource Center, Chene, Marie and Dell, Gillian, **UNCAC and the participation of NGOs in the fight against corruption**, 2008.

⁵ Uncac, artigos 13 e 13-2.

mais desenvolvidos, com órgãos de controle bem-estruturados, com recursos orçamentários significativos, ocorre um contraste entre o enorme número de atos administrativos passíveis de lesão ao erário e o número insuficiente de agentes públicos com autoridade para investigar, punir, ou buscar indenizações civis para esses mesmos atos.

Frente a esse disparate de números, frequentemente, pelo menos três consequências ocorrem: os agentes públicos simplesmente não tomam conhecimento da possível lesão; os agentes públicos tomam conhecimento da possível lesão, mas não têm estrutura suficiente para apurar a ocorrência; ou, na maioria dos casos, os agentes públicos optam pela apuração de casos de maior expressão e/ou que tenham seus fatos ilícitos melhor esclarecidos já em um primeiro momento. Esses três cenários indicam a preponderância das chances de a fraude pública imperar frente aos mecanismos de defesa do erário. Acresça-se, ainda, um elemento importante nessa desvantagem da sociedade, além mesmo da falta ou não de recursos, composto pela simples ineficiência da apuração a ser desenvolvida, a qual, ao longo de seu processamento, pode ser impactada por uma série de fatores que vão desde a falta de elementos para apuração, passando pela falta de *expertise* suficiente dos agentes públicos para lidar com fraudes “inéditas” e bem-arquitetadas, de difícil compreensão por pessoas fora de um determinado setor econômico. Chega-se ao extremo da possibilidade de ocorrência de prevaricação ou corrupção do agente apurador. Frente a esse conjunto de deficiências, o cenário que remanesce é que mesmo em Estados com economias fortes haverá deficiências materiais e humanas para que os setores ligados ao combate da corrupção e das fraudes públicas possam fazer frente às inúmeras ocorrências ilícitas. Essa luta não é justa para com a grande maioria dos cidadãos de bem e os respectivos Estados, pois as regras permitem que os grupos contrapostos sejam desproporcionais.

Por isso, a análise das regras dessa luta, estabelecidas por meio de legislação, revela o quanto determinado Estado, via Poder Legislativo, deseja, ou não, vencer a batalha contra a fraude pública. Em outras palavras, o quão sincero é determinado sistema jurídico quando menciona desejar o combate à corrupção e à fraude pública, com participação da sociedade no monitoramento dessas fraudes públicas.

Todavia, há um único elemento capaz de dar um alento, pois alterará as proporções numéricas dos lados envolvidos. As proporções numéricas, sabe-se, apresentam-se em grupos dentro de uma sociedade. Há um grupo muito pequeno de pessoas tornadas funcionários públicos com atribuição para contenção das fraudes públicas e corrupção. Por outro lado, há um grupo muito maior de pessoas interessadas em obter vantagens à custa do erário. Porém, existe ainda um terceiro grupo, muito maior, hoje contido pela legislação injustificadamente restritiva, formado pela imensa maioria da sociedade, que não almeja qualquer vantagem ilícita perante o erário público, muito pelo contrário, deseja a obtenção do maior benefício social para os recursos disponíveis. Portanto, a luta somente tem chances de vitória ao se agregar potencialmente todos os cidadãos de bem, com ferramentas que incentivem não apenas o exercício do direito à denúncia, mas que também possibilitem o desencadeamento de ações concretas para o ressarcimento e a punição civil das condutas lesivas. Essa participação é marcadamente importante quando o Estado apresenta dimensões continentais, com as dificuldades daí decorrentes.

Lamentavelmente, a legislação brasileira limita a participação da sociedade na apuração e na reparação de danos decorrentes de fraudes públicas. O cidadão não é parte legítima

para propor ações de improbidade, ação civil pública, nem qualquer ação tendente a punir civilmente o autor dos danos. Quando se trata de apuração de fraudes contra o erário público, ao cidadão cabe unicamente o direito de denunciar os fatos a autoridades como a Controladoria, o Ministério Público, os tribunais de contas, a Polícia. O Estado, sem perceber, monopoliza as alternativas legais de cumprimento das leis e rejeita a participação ativa da sociedade. Uma vez feita a denúncia, a legislação não prevê expressamente o direito de receber, em razoável forma e tempo, informações sobre o encaminhamento dado ao fato, o andamento das medidas desencadeadas, o resultado do julgamento administrativo ou judicial e, finalmente, se foram realmente ressarcidos os danos, cobradas eventuais penalidades civis e aplicadas as penalidades criminais.

Além desse poder de reportar, mero direito de reclamar, o legislador, quase 50 anos atrás, criou a ação popular, por meio da Lei 4.717/65. De pouquíssima frequência nos fóruns nacionais, ela é mera ação de ressarcimento movida pelo cidadão. Não é uma lei de incentivo à participação da sociedade, tampouco é uma lei que tenha o escopo de punir civilmente o fraudador do erário público. Não é uma lei de incentivo, porquanto nada há em seus termos a incentivar a participação do cidadão, de modo que, se a ação for bem-sucedida, o autor popular, ao final, recebe apenas o reembolso do que tenha pago de custas processuais e honorários do advogado contratado para promover o processo judicial. Por outro lado, não é uma lei de sancionamento civil ao fraudador, pois o autor popular não obterá do Poder Judiciário qualquer punição do fraudador público, mesmo para uma penalidade meramente civil tal qual a aplicação de multa ou a proibição de contratação com o erário. Ou seja, a ação é um “quase nada”, pois, ao final, o fraudador apenas devolve o que não lhe pertence e paga honorários e custas, não por ser um fraudador, mas por ter recebido uma sentença desfavorável. Não houve punições. Não houve qualquer compensação pelo trabalho do autor popular de coleta de dados, pelos riscos da apuração, pelos riscos do processo judicial. E, assim, a falta de eficácia dessa lei está estampada em seu histórico, não existindo resultados práticos relevantes.

Debatendo um pouco mais as deficiências da atual ação popular, como instrumento de efetiva participação da sociedade, há que se ter em mente que, para o ajuizamento proveitoso de qualquer ação civil em determinado juízo, deve o autor exercer um prévio trabalho que demanda esforço pessoal e recursos financeiros. Para tanto, ao início de um desafio dessa natureza, deve enfrentar os ônus pessoais dessa decisão. Caso deseje enfrentar uma fraude em um fornecimento de bens ou serviços, em uma obra ou arraigada no serviço público, deverá estar atento às possibilidades de retaliação, ameaças, exposição pessoal e de familiares a riscos à integridade física e moral. Caso pretenda enfrentar uma fraude que perceba em seu próprio ambiente de trabalho, os mesmos riscos anteriores ocorrem, cumulados com o risco de deterioração das condições de emprego, com risco de demissão, com a possibilidade de discriminação, perda de funções, perda de oportunidades de possíveis promoções, imposição de transferências ou “promoções” para locais não desejados e, ainda, riscos de ver contaminada inclusive a sua imagem profissional junto ao mercado de trabalho.

Sem um sistema adequado, os danos imateriais, não diretamente ligados à relação de emprego, ficam dependentes de ações genéricas por dano moral, de prova difícilíssima de se realizar, de processamento lento e de resultados finais insatisfatórios na grande maioria dos casos. Os danos imateriais ligados ao ambiente de trabalho, em geral, apenas recompõem formalmente a relação de emprego ceifada por uma demissão sem

justa causa, e, quando agregado um componente de ressarcimento do dano moral, jamais indenizam os possíveis danos pessoais junto à família, à carreira profissional e à imagem do cidadão perante o mercado de trabalho e a sociedade. Além disso, quando presentes riscos à integridade física, a atual ação popular não prevê medidas de defesa do cidadão, tais quais realocação provisória do domicílio, asseguramento de auxílio financeiro durante o processamento da investigação, reservas quanto à divulgação do cidadão relator da fraude junto ao denunciado e ao público em geral. Enfim, não há qualquer medida do Estado tendente a preservar adequadamente o cidadão dos riscos à integridade física e moral. Enquanto o sistema jurídico não avaliar adequadamente a real possibilidade de tais riscos e custos pessoais e materiais, não contará o cidadão com meios eficientes de proteção jurídica nem de ressarcimento de tais ônus, caso verificados, e, assim, o Estado não disporá do esforço dos cidadãos frente a tais condições.

Além disso, a partir da tomada da decisão do ajuizamento da ação popular, deve haver a investigação de situações e a coleta de provas, documentos e dados diversos. Caso a ação venha a tratar, por exemplo, de aplicação de materiais de má qualidade em determinada obra, pode demandar oitiva de profissionais, aquisição de pareceres técnicos, prova pericial, etc. Todo esse trabalho demanda custos e tempo. Após esse trabalho inicial, haverá ainda o custo de contratação de advogado. Ao final, no caso de procedência da ação, com o ressarcimento das custas do processo, o que obterá o autor é o ressarcimento do que despendeu. Não sobrarão ao autor e ao seu advogado nada além da remuneração por um trabalho, trabalho esse difícil, estressante e perigoso, em decorrência da natureza da causa.

Por tais motivos, a atual ação popular brasileira não desperta o interesse de cidadão, de profissionais com potencial para se tornarem autores populares (mestres de obras, engenheiros, contadores, médicos etc.) nem dos profissionais da advocacia, que não encontram razões para se especializarem nesse tema. Dessarte, a própria contratação com a análise inicial da causa se mostra problemática, quer pela ótica do autor popular, quer pela ótica do advogado consultado nessa fase. Sabe-se que, usualmente, os advogados necessitam cobrar do próprio cliente algum valor para cobrir o dispêndio inicial de tempo para análise e preparação da causa. A pergunta que se faz nesse momento é: qual cidadão disporá de recursos para contratar um advogado para analisar uma fraude que interessa diretamente ao Estado, e apenas indiretamente ao cidadão? E mais, sabendo-se que fraudes públicas em geral são complexas, o advogado precisará solicitar e remunerar pareceres (parecer de engenharia, de um contabilista, de um médico, de um avaliador, de um corretor etc.), muitas vezes indispensáveis para a compreensão da fraude e a instrumentalização da futura ação judicial. Esse trabalho inicial pode demandar ainda a entrevista de pessoas, filmagens de locais, registros fotográficos e uma série de atos que demandam tempo e recursos. Esse esforço seria apenas preparatório de um longo processo judicial à frente, que demandará preparo de peças processuais, audiências, recursos. E todo esse trabalho seria feito sem uma ideia clara de quanto seriam os honorários advocatícios a serem fixados pelo juiz, sendo certo que, na maioria das vezes, tais honorários são arbitrados de modo tímido, sem correspondência com a importância dessa verba ao profissional. Não é, portanto, sem motivos que as universidades não apresentam especializações em matéria de ação popular; não há debates nem motivos para a criação de advogados especializados no combate à fraude pública.

Contrariamente a esse cenário frustrante da ação popular brasileira, nos Estados Unidos há incentivos processuais e de natureza financeira e medidas de proteção para que o cidadão coopere na detenção da fraude contra o erário público americano. Tais incentivos já estavam previstos na legislação americana desde 1863, por meio do False Claims Act – FCA, que autorizava o cidadão, pela denominada *qui tam action*, a cobrar judicialmente, em nome do governo americano, danos envolvendo fraudes nas aquisições de pólvora e armamentos subqualificados, cavalos doentes ou impróprios para a lida, etc. Desde tal data, o Congresso reconhece de modo claro essencialmente três aspectos: **i** – os oficiais do governo não são suficientes para deter a variedade de fraudes contra o erário público; **ii** – apenas o cidadão com conhecimento próximo aos fatos pode coletar, preservar em momento próprio e trazer informações de difícil produção posterior; e, por fim, **iii** – o cidadão precisa ter incentivo financeiro e proteção por danos advindos da denúncia efetuada. Embora essa legislação existisse desde a guerra civil americana, foi em 1986, por meio do Dodd Frank Act, que o Congresso americano resolveu dar mais musculatura à chamada *qui tam action*, corrigindo interpretações dos tribunais e reforçando os incentivos financeiros ao cidadão. As razões para o Congresso americano assim agir foram justamente a constatação da imensa variedade de fraudes contra o governo e a impossibilidade de o governo dispensar a participação ativa da sociedade na apuração e na punição de tais atos:

"As evidências de fraude nos programas governamentais e de licitações estão em acentuada elevação. Em 1984, o Departamento de Defesa conduziu 2.311 investigações de fraude, mais de 30 por cento desde 1982. Semelhantemente, o Departamento de Saúde tem aproximadamente triplicado o número de solicitações fraudulentas de benefícios nos últimos 3 anos."⁶

Com efeito, ao momento da emenda Dodd Frank Act, o Congresso americano tinha ciência, por meio de relatórios do Senado, de que a grande maioria das fraudes permanecia encoberta e de que eram poucas as chances de as pessoas pegas cometendo fraudes receberem alguma punição.⁷ Procurando dar soluções ao grave problema, o Congresso optou por reforçar aspectos jurídicos da lei, corrigindo inclusive interpretações restritivas dos tribunais, bem como por elevar a punição ao autor da fraude e aumentar os incentivos financeiros ao cidadão.

A partir das emendas introduzidas, a *qui tam action*, bem assim os programas correlatos de *whistleblower*, passou a ser a maior ferramenta de detenção da fraude pública e de aplicação de penalidades civis no que se refere a ilícitos contra a Administração. A emenda Dodd Frank Act ampliou fortemente as consequências do ato fraudulento, pois, além da multa, a penalidade advinda dos chamados “danos punitivos” passou a ser de três vezes o valor do dano original (*treble damages*)⁸ – similar ao que está previsto na Lei de Improbidade brasileira (Lei 8.429/92, art. 12) –, sendo a condenação acrescida, ainda, de ressarcimento dos danos, custas e honorários. Servindo a punição como base

⁶ U.S. Senate Report, n. 99-345, 1986, p. 2. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>>.

⁷ "GAO concluded in its 1981 study that most fraud goes undetected due to the failure of Governmental agencies to effectively ensure accountability on the part of program recipients and Government contractors. The study states: 'For those who are caught committing fraud, the chances of being prosecuted and eventually going to jail are slim (...). The sad truth is that crime against the Government often does pay'". U.S. Senate Report, n. 99-345, 1986, p. 3, disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>>.

⁸ 31 U.S.C. 3729 (a) (1)(g).

de cálculo para a premiação, e tendo-se ainda ampliado os percentuais, aumentou-se, conseqüentemente a premiação do *qui tam author*.

Conceitualmente, por meio da *qui tam action*, qualquer pessoa, isolada ou em conjunto com outras, pode acionar judicialmente, em nome do governo americano, o responsável por uma cobrança fraudulenta contra o erário. A responsabilidade decorre de apresentar, ou de possibilitar que terceiro apresente, uma cobrança falsa para obtenção de vantagem contra o governo ou programa no qual haja recursos federais.⁹ A lei exige algo mais que a mera negligência na apresentação de cobranças fraudulentas. Exige que o réu, tendo condições de saber que estava sendo feita cobrança indevida, atue de forma deliberadamente ignorante, ou com *reckless disregard*. O agir com *reckless disregard*, termo que não tem uma tradução perfeita para o português, é utilizado na imensa maioria dos casos como a fonte da responsabilidade.¹⁰

É importante perceber que a *qui tam action* é uma ação judicial de natureza cível. Por não ter natureza penal, não exige como pressuposto de responsabilidade os *standards* próprios do direito penal, que seriam, para fins volitivos, a vontade específica de fraude (*specific intent of fraud*), e, para fins probatórios, provas e indícios "além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*). Ainda que atue na esfera cível, o objeto da *qui tam action* é duplo, pois visa ao ressarcimento da fraude contra o governo e, ainda, à aplicação e à cobrança das penalidades civis decorrentes do ato fraudulento. Não se limita aos casos envolvendo corrupção de funcionários públicos, e, portanto, estende-se aos casos em que o poder público é vítima de fraude ou de tentativa de obtenção de valores injustificados. O autor não precisa ter sofrido dano pela conduta fraudulenta. A atuação é em nome do governo, fraudado por ato do réu. É, portanto, uma ação de aplicação da lei, de "enforcement", desencadeada pelo cidadão e requerida perante o Poder Judiciário.¹¹

Processualmente, a *qui tam action* tem interessantes características. Logo após ajuizada a ação pelo autor (usualmente chamado de *qui tam author*), a petição inicial e os documentos permanecem inicialmente sob sigilo, devendo uma cópia da inicial e dos documentos ser encaminhada ao Departamento de Justiça – DOJ. Esse sigilo é estabelecido no interesse do Estado e para a preservação da identidade do autor frente a

⁹ Corretamente, a cobrança falsa não precisa ser apresentada diretamente ao governo, e com isso se abrange a responsabilidade civil, v.g., do construtor de obra ou fornecedor de serviços, quando o subcontratante embute falsas cobranças no orçamento principal de uma obra. 31 U.S.C. 3729(b)(2) – "*the term claim – (A) means any request or demand, whether under a contract or otherwise, for money or property an whether or not the United States has title to money or property, that – (i) (...) (ii) is made to a contractor, grantee, or other recipient, if the money or property is to be spent or used on the Government's behalf or to advance a Government program or interest, and if the United States Government – (I) provides or has provided any portion of the money (...)*".

¹⁰ Segundo o Oxford Advanced Learner's Dictionary: "*reckless = showing a lack of care about danger and the possible results of your actions; disregard = to not consider something; to treat something as unimportant*". Em uma tentativa de tradução, poder-se-ia denominar o agir descuidadosamente sem atribuição de valor a determinada conduta. A compreensão do termo pode ser vista naquele contratante de uma grande obra pública que, por exemplo, passa a comprar toneladas de ferro ou concreto pagando um preço injustificadamente muito superior ao do mercado local, e com isso acaba aumentando o valor final da obra perante o poder público. A ideia, nessa situação, é que o empresário, caso efetuasse a obra apenas para si, trataria de verificar que os produtos para sua obra fossem fornecidos a preços de mercado, e não com injustificado sobrepreço.

¹¹ Nos casos em que o governo intervém assistindo o *qui tam author*, há três partes no processo: o *qui tam author*, o governo e a empresa-ré.

possíveis retaliações ou tentativas de obstrução da apuração dos fatos. Durante essa fase de sigilo, o DOJ deverá verificar a viabilidade da ação e de seus elementos de prova e a necessidade de diligências complementares. O DOJ poderá, nessa fase, proceder às diligências que entender cabíveis, colher novos elementos probatórios, requerer diligências perante outros órgãos ou agências. Durante essa fase, frequentemente há um diálogo entre o advogado e seu cliente e o Departamento de Justiça, em busca de esclarecimentos. O sigilo é assegurado por prazo de 60 dias, podendo ser requerida, fundamentadamente e com boa razão, a prorrogação do prazo pelo juiz. Até o fim do período de sigilo, o DOJ deverá decidir se irá assumir o processo judicial como o principal autor, se irá apenas assistir processualmente o *qui tam author* ou se requererá fundamentalmente uma decisão do juiz para arquivamento liminar da ação, caso entenda que ela é evidentemente improcedente. Decorrido o prazo e concluídas as diligências necessárias, não havendo pedido de arquivamento (do qual o autor pode discordar perante o juízo), o sigilo será levantado e será determinada a citação do réu, iniciando o processo. Caso o DOJ tenha decidido não assumir sozinho o prosseguimento nem assistir processualmente o *qui tam author*, poderá se manifestar no processo a qualquer tempo, inclusive realizando acordo para encerramento do processo, submentendo-se os resultados à homologação do juízo e assegurando-se a participação do autor no resultado financeiro advindo. Por outro lado, é importante ressaltar que, mesmo na existência de manifestação de arquivamento ou de negativa de ingresso do DOJ como assistente do *qui tam author*, é assegurado ao autor prosseguir sozinho no processo, em nome dos Estados Unidos, buscando a condenação civil do autor da fraude, nada obstante, nesse caso, os Estados Unidos não sejam considerados parte no processo e, portanto, não haja risco de sucumbência. Por fim, existindo mais de uma ação com diferentes autores, o sistema trabalha com a ideia de que a premiação caberá somente ao primeiro a ajuizar a petição inicial.

Quanto à premiação e à remuneração do autor, essas dependerão do montante total efetivamente cobrado, acrescido das penalidades civis, e da sucumbência, bem como da quantidade e da qualidade das informações trazidas com a participação do autor. Todavia, a lei é zelosa para que haja remuneração condigna do autor, de modo que a fixação de tal verba apresenta como limite mínimo o percentual de 10% e como limite máximo o de 30%. Charles Doyle¹² resume as regras de fixação da verba devida ao autor:

"Se a *false claim act* for bem-sucedida, os relatores têm direito a uma participação nos lucros de até 30%. Se o governo não participou no litígio, os autores têm direito a um prêmio de 25% a 30%. Se o governo participou do litígio, eles têm direito a um prêmio de 15% a 25%, podendo ser reduzido a não menos de 10% quando o seu pedido foi baseado principalmente em informações públicas. Em qualquer caso, eles também têm direito a honorários advocatícios, despesas e custos."

Outra forma de aumentar a participação da sociedade no combate à corrupção e às lesões aos cofres públicos são os programas de denúncia, ou *whistleblower programs*. Os *whistleblower programs* são projetados para proteger e incentivar pessoas em geral e especialmente funcionários a relatarem o conhecimento sobre comportamentos ilícitos de que tenham conhecimento, dentro ou fora de uma determinada empresa. Trata-se de

¹² DOYLE, Charles. **Qui tam**: the false claims act and related federal statutes. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>>.

ferramenta tão importante quanto a *qui tam action*, sendo responsável por elevado número de processos administrativos para deter condutas ilícitas e aplicar sanções.

A importância dessas leis, evidentemente, também é reconhecida pelo governo dos Estados Unidos. O Professor Vaughn dá uma ideia clara sobre o número crescente de novas leis promulgadas pelo Congresso dos Estados Unidos:

"Desde 2000, o Congresso aprovou ou alterou significativamente 14 leis de *whistleblower* no setor privado. Essas leis vão de relatar condições de trabalho impróprias a permitir a divulgação de informações sobre áreas específicas de regulação, incluindo a aviação, o transporte de superfície, a fraude corporativa e outras faltas, a segurança de gasodutos, a regulação de energia, a segurança de trânsito, os contratos de defesa, a segurança ferroviária, a de produtos de consumo, a segurança do paciente, a da alimentação e a má conduta relacionada com a crise financeira de 2008. (...) Essas leis forneceram proteção para dezenas de milhões de trabalhadores do setor privado. O número de funcionários reflete o alcance das indústrias abrangidas por essas leis, incluindo o setor financeiro, a indústria de produtos de consumo e a indústria de produtos alimentícios."¹³

Fala por si o aumento do número de novas leis prevendo a proteção de *whistleblower* nos vários setores. O Senador Patrick Leahy, falando ao Congresso americano sobre o tema, resume com perfeição a importância do *whistleblower*:

"Nós incluímos uma proteção significativa aos denunciadores corporativos, como aprovada pelo Senado. Aprendemos com Sherron Watkins, da Enron, que esses *insiders* são as testemunhas-chave que precisam ser encorajadas a reportar fraudes e ajudar a prová-las no tribunal (...). De nenhuma maneira nós poderíamos ter conhecido [a má conduta de funcionários da empresa Enron] sem esse tipo de denunciante."¹⁴

De fato, muitas vezes apenas os *insiders* pessoas próximas aos fatos, podem esclarecer circunstâncias do porquê, do como, do quando e de que forma referentes a atos ilícitos praticados por corporações. E, nesse tema probatório, os programas de *whistleblower* e a *qui tam action* revolucionam completamente a forma de apuração de tais fraudes em geral. Conforme ressaltado pelo Senador Leahy, esses *insiders* são capazes de coletar informações que muitas vezes seriam perdidas posteriormente, ou que simplesmente seriam inacessíveis por uma investigação posterior tradicional. Por exemplo, como uma investigação poderá concluir sobre o conteúdo de uma reunião de empresários dispostos a combinar preços de licitações de obras públicas, sem que alguém providencie o registro dessa reunião para denunciar o fato posteriormente? Em casos dessa natureza, a participação de um *whistleblower* pode oportunizar que sejam autorizadas judicialmente, quando necessárias, as medidas de preservação dessa prova, tais como coleta de *e-mails*, comunicações telefônicas e gravação de vídeo e áudio. Foi isso, por exemplo, o que ocorreu com Tina Marie Gonter, que reportou, em 2001, uma fraude no atendimento dos requisitos técnicos de válvulas para submarino, recebendo, ao início, orientação das autoridades de que seria fundamental o registro das reuniões da empresa, e, assim, por seis meses gravou as reuniões em que se comprovava a ciência de que as

¹³ VAUGHN, Robert. **The successes and failures of whistleblower laws**. Edward Elgar, 2012. p. 149.

¹⁴ Apud KOHN, Stephen M.; KOHN, Michael D.; COLAPINTO, David K. **Whistleblower law: a guide to legal protections for corporate employees**. Praeger, 2004. p. 4.

válvulas não atendiam aos padrões técnicos requeridos pela Marinha americana.¹⁵ Pessoas próximas aos fraudadores podem propiciar a coleta "em tempo real" de informações que jamais seriam obtidas de outra maneira. Também empresas achacadas pelo poder público podem ter na mesma situação uma oportunidade de coletar dados sobre a corrupção de agentes públicos, preservando-se, assim, de futuras implicações, e coletando, sem temor e com apoio do Poder Judiciário, as provas que comprometam a autoridade pública. Por outro lado, com as recentes medidas combatendo a corrupção e a fraude cometidas por empresas, sujeitas agora a pesadíssimas multas e penalidades, abre-se para empregados que não desejam participar de fraudes desencadeadas por seus superiores a oportunidade de diminuir as consequências nefastas para a empresa e os empregados de serem as fraudes posteriormente descobertas pelo poder público. Assim, reportando as fraudes ao tempo da ocorrência, adotam medida de preservação da própria saúde da empresa, defendendo a continuidade da grande maioria dos empregados, que não têm qualquer benefício com ditas fraudes, mas que estariam em risco no caso de a empresa ser punida severamente.

Essa possibilidade de uma fraude engendrada por uma alta diretoria ser reportada por qualquer funcionário que dela venha a tomar conhecimento, na prática, cria dois efeitos importantes. O primeiro é que haverá, para o agente fraudador ou a empresa, um permanente risco de que suas ações sejam reportadas, o que cria a dificuldade de obter o auxílio de funcionários, pois estes podem estar dispostos a adentrar em programas de denúncia. Conforme bem coloca Michael Hertz, Procurador-Geral Adjunto – DOJ,

*“In the wake of well-publicized recoveries attributable to qui tam cases, those who might otherwise submit false claims to the federal government are more aware than ever of the ‘watchdog’ effect of the qui tam statute. We have no doubt that the Act has had the salutary effect of deterring fraudulent conduct.”*¹⁶

O segundo é que tais programas de denúncia podem se tornar ferramentas a salvaguardar os interesses corporativos lícitos dos errôneos caminhos de seus administradores.

Esse efeito de salvaguarda da boa empresa ressalta uma diferença importante entre o *qui tam author* e o *whistleblower*, quando comparados com a chamada **delação premiada** e os **acordos de leniência**. A lei, ao prever a premiação do *qui tam author* e do *whistleblower*, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva **interagir** (destaquei) com um cidadão honesto, próximo aos fatos e que não obteve qualquer benefício com a fraude. Essa interação entre Estado e cidadão permitirá que possam eficazmente ser aplicadas **integralmente** (destaquei) as sanções previstas em lei e ressarcidos os danos. Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos que se levantam contra os malfeitores da sociedade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência impõem deva o Estado, para obter informações e aplicar a lei, **negociar** (destaquei) com pessoas e corporações desonestas, que já se beneficiaram

¹⁵ Testemunho de Tina Marie Gonter, em 27.02.2008, perante o Comitê do Judiciário no Senado dos Estados Unidos, no evento **The False Claims Act Correction Act (S.2041)**: strengthening the government's the most effective tool against fraud for the 21st Century. Disponível em: <<http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/08-02-27%20False%20Claims%20Act%20Correction%20Act%20-%20Gonter%20testimony.pdf>>.

¹⁶ Depoimento de Michael Hertz no Congresso americano, transcrito em ORTIZ, Ian M. **Fighting fraud with qui tam and the False Claim Act**. Nova Science, 2010. p. 25.

ilicitamente e causaram danos a sociedade e terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros. Ou seja, nos acordos de delação e de leniência, o Estado é obrigado a **renunciar em parte** (destaquei) à aplicação das penalidades na intensidade prevista em Lei. Isso equivale à consequência prática de que a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* trabalham para que o poder público atue em sua maior expressão e a remuneração que eventualmente disponibilizem, além de ser coberta pelo próprio causador do dano, venha a remunerar uma parte honesta da sociedade por um serviço prestado.

Aliás, essa inclusão de atores honestos no combate à corrupção e a fraudes em geral é certamente algo capaz de modificar uma sociedade. Todo cidadão passa a ser potencialmente um repórter de uma situação de fraude e a buscar uma participação nas indenizações e penalidades respectivas. Podem-se incluir nessas situações profissionais que usualmente não apresentariam funções de investigação, por exemplo, o mestre de obras que verifica a aplicação de materiais inferiores em uma obra em desacordo com o projeto licitado, o encarregado de obra que percebe a colocação de uma camada mais fina de asfalto em determinada estrada, a enfermeira que descobre que o hospital lança cobranças de procedimentos médicos não dispensados aos pacientes, o funcionário que vê o leite com validade de consumo vencida ser adulterado com formol para ser fornecido em licitações de escolas públicas, o contador que percebe serem os recursos da empresa migrados para empresas fantasmas a fim de se possibilitar a sonegação de lucros, o funcionário que sabe que sua empresa realiza desvio de energia ou que subrepticamente lança resíduos que contaminam o meio ambiente. Além de incentivar a participação de pessoas comuns, há um segmento específico de profissionais com potencial para desenvolverem atividades especificamente ligadas à detecção de fraudes, tais como contadores; auditores contábeis, financeiros e tributários; engenheiros; economistas; médicos auditores; jornalistas investigativos; organizações não governamentais de transparência e controle da administração; profissionais do serviço público com larga experiência, porém aposentados (delegados, promotores, auditores federais); e, principalmente, os advogados. Com a participação social fomentada, agregam-se profissionais com talento e *expertise* para esse tipo de ação. A reunião de tais profissionais em um mesmo escritório ou por meio de parcerias profissionais pode mudar em muito o panorama da fraude e da perda de dinheiro público no Brasil e em qualquer país.

São os advogados os atores fundamentais tanto da *qui tam action* quanto dos programas de *whistleblower*. Com tais acréscimos no poder de atuação dos advogados, complementa-se de uma forma extraordinária o reconhecimento que a Constituição Federal já anteviu, de que o advogado é essencial para a administração da justiça e para a própria sociedade.¹⁷ Aos advogados caberá tomar conhecimento dos fatos em primeiro lugar, aconselhando o cidadão em pontos fundamentais, que vão desde a possível viabilidade da denúncia a orientações sobre quais informações são importantes, quais são os meios de obtenção e preservação de tais informações e as estratégias para comprovar os fatos, a necessidade ou não de obtenção de amparo judicial para a coleta de determinadas provas, os riscos pessoais e profissionais envolvidos, o dimensionamento dos danos e das penalidades a serem aplicadas e da possível premiação a ser buscada, a adoção de medidas cautelares de preservação de informações e patrimônio para garantir a execução das sanções financeiras, o inventário de

¹⁷ Constituição Federal, art. 133.

patrimônio produto de crime e de enriquecimento ilícito, etc. O advogado terá o papel de frear reportagens referentes a apurações sem valor, evitando batalhas judiciais que não levem a resultado prático. Por outro lado, deverá ter a capacidade de dialogar com autoridades do governo que venham a apoiar a ação, estabelecendo com essas autoridades uma verdadeira parceria de trabalhos e objetivos. E ainda um importante aspecto: a participação do advogado é de fundamental importância na proteção da identidade do *whistleblower* e do período de sigilo da *qui tam action*. Claro que ao advogado restará, na contraparte, além da defesa da empresa ou corporação, ainda a orientação de medidas preventivas e de *compliance* para que tais fraudes sejam evitadas. Por esse fundamental papel do advogado, não é sem razão que nos Estados Unidos existem escritórios altamente especializados em *qui tam action* e programas de *whistleblower*.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, no artigo 33, estabelece que cada Estado-parte deverá considerar a incorporação, em seu ordenamento jurídico interno, de medidas apropriadas para proporcionar proteção contra qualquer tipo de tratamento injustificado a qualquer pessoa que relata fatos relativos a infrações estabelecidas na Convenção. A mesma Convenção, em seu artigo 13-2, estabelece que os Estados-partes devem tomar medidas apropriadas para garantir que os organismos de combate à corrupção sejam conhecidos do público e facultar o acesso a tais órgãos, quando necessário, para relatar, inclusive anonimamente, tais infrações.

A ideia principal dos *whistleblower programs* é fornecer proteção ao empregado contra discriminações por parte dos empregadores e estímulo para que os funcionários rompam o "código de silêncio" existente no ambiente corporativo, incentivando-os a "soprar o apito" para chamar a atenção do poder público sobre a má conduta. Em 2008, Michael Hertz apontou em depoimento perante o Senado dos Estados Unidos:

“Não existem programas governamentais que sejam imunes a possíveis fraudes, como refletido pela nossa carga de trabalho. Casos apresentados pelo Departamento nos termos da lei, incluindo aqueles iniciados por denunciante, recuperaram fundos significativos, em nome do Departamento de Interior, da Administração de Serviços Gerais, do Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano, do Departamento de Agricultura, do Departamento de Educação, do Departamento de Estado, do Departamento de Energia, da Nasa e, mais recentemente, do Departamento de Segurança Interna, para citar apenas alguns (...). Com efeito, dos 20 bilhões de dólares recuperados desde as emendas do FCA em 1986, 12,6 bilhões de dólares foram o resultado da *qui tam action*”¹⁸.

Diante do variado número de leis, toma-se o **Securities Exchange Act de 1934**, como emendado pela **Dodd-Frank Act, em 2010**, como foco para este estudo. Por esse ato, uma pessoa pode ser descrita como um denunciante quando fornece, voluntariamente, informações relativas a condutas irregulares que violem ou potencialmente violem as leis do mercado mobiliário americano. A informação deve ser original, não conhecida das autoridades da Security and Exchange Comision – SEC e conduzir ao processamento bem-sucedido da ação judicial ou administrativa, que resulte em sanções monetárias superiores a um milhão de dólares. As informações devem ser obtidas a partir de conhecimento independente, ou de análises ou pesquisas do denunciante, que

¹⁸ Depoimento de Michael Hertz no Congresso americano, transcrito em ORTIZ, Ian M. **Fighting fraud with qui tam and the False Claim Act**. Nova Science, 2010. p. 24.

não sejam do conhecimento da Comissão por qualquer outra fonte. A informação não pode ser proveniente exclusivamente de uma alegação feita em uma ação judicial ou administrativa, em um relatório governamental, uma audiência, auditoria ou investigação, ou a partir da notícia pública, a menos que o denunciante seja a fonte da informação.

Segundo a referida legislação, o *whistleblower* tem direito a um prêmio pago por um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos e conhecido como Investors Protection Fund. Esse fundo está à disposição da Comissão, sem apropriação ou limitação ao ano fiscal. Os limites do prêmio são fixados pela lei, e ele não deve ser inferior a 10% nem superior a 30% do total do que foi recolhido das sanções pecuniárias relacionadas. Isso significa que o valor das sanções impostas trará a base de cálculo do prêmio a ser pago ao *whistleblower*. A autoridade deve considerar alguns parâmetros para determinar o montante do prêmio: I) a importância das informações fornecidas pelo denunciante para o sucesso da ação judicial ou administrativa; II) o nível de assistência fornecido pelo denunciante e por qualquer representante legal; III) o interesse programático também é estabelecido, pois, para determinar a quantidade de um prêmio, a Comissão não levará em consideração o saldo do fundo. A remuneração é devida ainda que o réu venha a ser processado e punido por fato diferente do inicialmente reportado, sendo, nesse caso, mensurada qual foi a importância da informação trazida inicialmente.¹⁹ Especificamente no caso do programa da SEC, a premiação do *whistleblower* pode abranger participação no resultado de eventual processo criminal, o que em geral não ocorre nos programas.²⁰ A existência do fundo, assim como a existência da própria remuneração, serve também para sinalizar a importância dessas pessoas como auxiliares do Estado. A premiação mostra que pessoas com essa coragem são de valor para a sociedade, pois defendem o interesse público especificado em lei ou regulamento. Essa medida mostra a importância de realmente fixar o prêmio ao *whistleblower* de acordo com o valor da informação e a sua cooperação, e não com quaisquer outros critérios possivelmente injustos.

Há duas outras características importantes do programa de *whistleblower* manejado pela SEC. Em primeiro lugar, o denunciante deve ser representado por um advogado. Em segundo lugar, o pedido pode ser apresentado com sigilo quanto ao nome do autor. Nesse caso, a identidade do *whistleblower* será conhecida apenas imediatamente antes do pagamento. No entanto, a divulgação de alguns documentos ou informações em um processo administrativo ou judicial pode conduzir à revelação da identidade do *whistleblower*. Todavia, nesse caso, presentes circunstâncias que o justifiquem, as informações podem ser sujeitas ao sigilo, fora do processo, por determinação judicial.

Deve-se ressaltar que ambos os programas anteriormente referidos, *qui tam action* e *whistleblower programs*, têm a possibilidade do relato com preservação da identidade da pessoa que reporta a fraude como uma característica importante para o seu sucesso. Aqui, uma distinção importante: não se trata de previsão da possibilidade de "denúncia anônima", mas da preservação da identidade do autor da denúncia contra possíveis retaliações. Todavia, a pessoa é identificada claramente por meio de seu advogado, fato que pode ser debatido na Corte em caso de comprovada necessidade. A possibilidade de

¹⁹ False Claim Act, S. 2041.

²⁰ 240 C.F.R § 21F-3(b). Nesse sentido, ver **SEC – 2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>. Nota de rodapé número 22.

se reportar de forma sigilosa também é hoje recomendação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigo 13-2) como uma medida para proteger o denunciante. A Convenção estabelece que os Estados-partes devem proteger os **relatores**, inclusive por meio do anonimato (artigo 13-2), e devem considerar a incorporação, em seu ordenamento jurídico interno, de medidas apropriadas para proporcionar proteção a qualquer pessoa que apresente de boa-fé e em termos razoáveis quaisquer fatos relativos a infrações estabelecidas na Convenção.

Os programas de *whistleblower*, afora a premiação, em geral fornecem proteção do empregado para que não seja demitido, assediado, ameaçado ou submetido a qualquer tipo de discriminação. Em caso de retaliação, conforme o programa, o empregado tem disponível ação nos tribunais federais contra o empregador. Como medidas de indenização e recomposição, o empregado pode ter direito à reintegração, ao pagamento dobrado de salários passados e de despesas processuais, honorários de perito e honorários advocatícios. A Comissão também pode tomar medidas legais em processo de execução contra qualquer empregador que retalie um denunciante.

Por sua vez, também o Internal Revenue Service – IRS, a Receita Federal americana, que trata dos impostos não pagos ou sonegados, apresenta seu próprio programa de *whistleblower*.²¹ Como características principais, pode-se destacar que o relato de fraude fiscal deve envolver, quando se trata de empresas, sonegações em que a soma do tributo com os acréscimos seja superior a dois milhões de dólares. O programa também aceita relatos de sonegações praticadas por pessoas físicas, desde que o sonegador apresente rendimentos brutos anuais superiores a duzentos mil dólares. Em ambos os casos, é assegurado ao *whistleblower* uma premiação de 15%²² a 30% do que efetivamente venha a ser recuperado por parte da Receita.²³ O relato do *whistleblower* pode ser feito pela Internet, onde há um formulário *online* à disposição de qualquer pessoa.²⁴ Entretanto, são adotadas medidas para preservar a identidade do relator.²⁵ A Receita inclusive fornece palestras sobre o programa, e existem organizações sem fins lucrativos que fomentam a utilização de tais programas (*v.g.*, Taxpayers Against Fraud²⁶) e uma Seção Tributária junto à Ordem do Advogados.²⁷

Tanto o programa da SEC como o do IRS apresentam mecanismo de contenção de denúncias pífias e sem base fática ou jurídica, quando exigem a representação do relator por meio de advogado. Também a imposição de valores mínimos para conhecimento dos relatos, por exemplo, um milhão de dólares para denúncias junto à SEC e dois milhões de dólares junto ao IRS, funcionam com um filtro para se conhecer apenas das comunicações que sejam relevantes.

²¹ Internal Revenue Code, Section 7623(b).

²² Se fornecidas apenas informações públicas, o percentual pode baixar para 10%.

²³ Isso impõe que a premiação somente seja paga após o contribuinte/sonegador exaurir suas defesas administrativas e judiciais, e o IRS inclusive aguarda o decurso do prazo para repetição do indébito, fato que tem atrasado os pagamentos de premiação, pois esse processo leva entre 5 e 7 anos para ser concluído.

²⁴ <<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f211.pdf>>.

²⁵ Todavia, em determinadas situações, a identidade pode vir a ser revelada, especialmente quando o processo fiscal depender do testemunho do relator, conforme regras de confidencialidade. Ver: <<http://www.irs.gov/uac/Confidentiality-and-Disclosure-for-Whistleblowers>>.

²⁶ Ver: <<http://www.taf.org/>>.

²⁷ Conforme **Fiscal Year 2013 Report to the Congress on the use of Section 7623**. Disponível em: <http://www.irs.gov/pub/whistleblower/Whistleblower_Annual_report_FY_13_3_7_14_52549.pdf>.

Existem claras evidências de que os programas denunciadores estão incentivando a participação do público em controlar comportamentos ilícitos nos Estados Unidos. A Securities and Exchange Commission, cujo programa de *whistleblower* iniciou-se em 12.08.2011, no ano fiscal de 2012, recebeu 3001 relatos (TCRs),²⁸ sendo inclusive 3 denúncias relacionadas a ocorrências no Brasil. No ano fiscal de 2013, foram recebidos 3.238 relatos. Desde o início do programa, foram recebidas denúncias advindas de 68 países, fora, portanto, dos Estados Unidos, tendo havido, durante o ano fiscal de 2013, o pagamento de um total de US\$ 14.831.965,64.²⁹

As estatísticas do Departamento de Justiça, em sua área de atuação, também mostram o elevado desempenho da *qui tam action* e do programa de *whistleblower*, pois foram recuperados, no ano fiscal de 2014, 5,6 bilhões de dólares em punições e acordos. Desde janeiro de 2009, com as reformulações na legislação implementadas pelo Congresso, o Departamento de Justiça já recuperou aproximadamente 22,6 bilhões de dólares. No ano de 2014, foram iniciados mais de 700 processos de *qui tam*, com a recuperação de 3 bilhões de dólares advindos dessas ações, tendo sido pagas premiações que totalizaram US\$ 435 milhões.³⁰

No entanto, há ainda uma evidência empírica de como esse tipo de programa aumenta a participação social na luta contra a má conduta dos setores público e privado. Uma busca simples na *web* mostra que há uma grande participação de advogados auxiliando pessoas com reivindicações de *qui tam action* e programas de *whistleblower*. Esses profissionais especializados manejam o False Claim Act, os programas de *whistleblower* estabelecidos pelas diversas leis federais nos diversos setores, bem como os programas estaduais de *whistleblower*. Vários escritórios são extremamente especializados nessas questões, contando com uma série de profissionais de áreas afins para auxílio na apuração e na formulação de pedidos em nome do *whistleblower* e do *qui tam author*. Alguns escritórios inclusive anunciam em seus *sites* os processos nos quais atuaram e os valores litigados.³¹ O trabalho junto a programas de *whistleblower* e à *qui tam action* apresenta apoio e divulgação dentro da Ordem dos Advogados Americanos,³² ocorrendo debates anuais e específicos, sendo considerada uma das mais promissoras áreas de atuação.³³

²⁸ Chamadas: “**the TCR System**” – **Comission’s Tips, Complaints, and Referrals System**.

²⁹ **SEC – 2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>>.

³⁰ Ver DOJ, endereço: <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>>. Para uma visão geral desde o ano de 1987 até 2014, ver <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>>.

³¹ Ilustrativamente, *sites* consultados em 02.04.2014:

Escritório de Vogel, Slade & Goldstein, casos envolvendo mais de 2,7 bilhões de dólares, ver <<http://vsg-law.com/summary-of-cases/>>.

Escritório de Phillips & Cohen LLP, casos envolvendo mais de 11,6 bilhões de dólares, com recompensas acima de 1 bilhão de dólares, ver <<http://www.phillipsandcohen.com/>>.

Escritório de Lief Cabraser, Heimann & Bernstein, casos envolvendo mais de 250 milhões de dólares: ver <<http://www.lieffcabraser.com/Practice-Areas/False-Claims-Act/>>.

³² Ver: <http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/an_introduction_to_whistleblower_qui_tam_claims.html>.

³³ Ver: <http://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/169844/CEN4CFC_RevisedWebBrochure2_5-20-14.pdf>.

Mercado de trabalho semelhante pode ser desenvolvido no Brasil. De acordo com a Federação das Indústrias de São Paulo, o custo da corrupção é de cerca de 1,38% a 2,3% do PGB, e isso significa perdas anuais de em média 60 bilhões de reais.³⁴ O lamentável desses dois números é que a economia do Brasil está entre as 7 maiores do mundo, e, portanto, a inglória posição está a indicar fraudes gigantescas contra o erário. Os valores envolvidos, quando acrescidos de penalidades, danos punitivos, etc., indicam um montante em jogo superior a 130 a 180 bilhões anuais. Parte desses valores pode vir a ser buscada por ações judiciais civis, com auxílio indispensável de profissionais dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante o manejo de ferramentas legais apropriadas. Para tanto, o Congresso brasileiro pode, tal qual fez o Congresso dos Estados Unidos, quando a fraude contra o erário americano era sistêmica, dar nova formatação à atual ação popular, ou desenvolver legislação específica com a previsão de programas de *whistleblower* e da ação judicial da *qui tam action*. O atual quadro de corrupção e fraude no Brasil demanda medidas eficazes, e a eficácia passa necessariamente pela promoção da participação da sociedade, sem prejuízo das demais propostas já feitas pelo Executivo e pelas autoridades judiciais junto ao Congresso.

Em conclusão, o estudo analisou a ação popular brasileira, mostrando o quanto é insuficiente para atingir seus objetivos de promover a participação da sociedade no combate à fraude pública. A participação da sociedade, como exercício da democracia, é reconhecida internacionalmente como ferramenta fundamental no combate à fraude e à corrupção. Está claro que os programas de *whistleblower* e a *qui tam action*, com seus esquemas de recompensa, desempenham um papel importante no combate à corrupção e a comportamentos fraudulentos nos Estados Unidos, sendo reconhecidos como as mais poderosas armas de combate à fraude e à ilegalidade. Essa premiação mostra o valor que se dá ao cidadão que se disponha a auxiliar o Estado na luta contra as fraudes ao erário público. O Brasil não tem estruturas legais semelhantes, e uma imensa quantidade de profissionais qualificados para auxiliar no combate às fraudes, notadamente advogados e profissionais afins, e pessoas com conhecimento de setores e fraudes específicas estão sem ferramentas eficientes para prestar os seus indispensáveis auxílios. Permito-me lembrar as palavras do Senador Leahy, às quais me referi anteriormente:

“Aprendemos com Sherron Watkins, da Enron, que esses *insiders* são as testemunhas-chave que precisam ser encorajadas a denunciar fraudes e ajudar a provar isso no tribunal (...). **De nenhuma maneira nós poderíamos ter conhecido [a má conduta] sem esse tipo de denúncia.**”

Tanto a *qui tam action* quanto os programas de *whistleblower* apresentam o efeito de salvar empregos quando as empresas, por seus dirigentes, colocam os destinos empresariais fora do caminho da licitude, e, portanto, com sérios riscos de paralisação de investimentos públicos e perda de empregos. Embora os acordos de delação premiada e de leniência sejam importantes para a aplicação da Justiça, conforme notícias que vêm especialmente da Justiça Federal brasileira, a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* retiram a necessidade de o Estado, para aplicar a lei, negociar com pessoas e empresas que foram autores de práticas ilícitas. Por outro lado, a corrupção está sendo combatida em nível internacional, e medidas como o Foreign

³⁴ Segundo a Fiesp, no estudo **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. São Paulo: mar. 2010. Disponível em: <<http://az545403.vo.msecnd.net/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>, o custo da corrupção é de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões.

Corruption Practices Act – FCPA podem gerar multas bilionárias, a serem cobradas no estrangeiro, para empresas nacionais que atuem com expedientes escusos, recomendando, pois, que o Brasil faça tanto quanto possível para combater internamente tais ocorrências. As medidas aqui analisadas, conforme visto, geram um mercado de trabalho forte e especializado nos Estados Unidos e incentivam a formação de profissionais especializados, por meio do estabelecimento de remuneração certa, justa e incentivadora. O agregar dos advogados brasileiros, fortalecendo o cidadão que se levanta contra a fraude de que tem conhecimento, é um exercício de cidadania e democracia, aprimorando o Estado brasileiro. A ação popular brasileira, prevista na lei, precisa ser revista, para que atinja os efeitos buscados pelo Congresso em 1965, atualizando-a para padrões internacionais atuais, previstos inclusive em convenções internacionais já assinadas pelo Brasil. Isso tudo antes que a única ação popular de que se tenha notícia seja aquela vista nas ruas, nos prédios, nos painéis do Brasil, na qual o povo, sofrido e desestimulado por uma rotina de escândalos, carente de serviços públicos e infraestrutura, demanda a promessa cívica de que buscaríamos, como nação, a ordem e o progresso.