
RECUPERAÇÃO DE VALORES DEVIDOS AO ERÁRIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO: QUI TAM ACTION E FALSE CLAIMS ACT

*GOVERNMENT DAMAGES RECOVERY IN AMERICAN LAW: QUI TAM
ACTION AND FALSE CLAIMS ACT*

Teresa Cristina de Souza

Procuradora Federal

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais.

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Qui Tam Action*: Referências Históricas; 2 *False Claims Act* – Lei dos Requerimentos Falsos; 3 Procedimento da *False Claim*; 4 Considerações sobre a Constitucionalidade da Lei dos Requerimentos Falsos; 5. A Gratificação Financeira do Colegitimado e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a *qui tam action* e o *False Claims Act*, institutos do direito norte-americano utilizados no combate às fraudes praticadas contra o Estado e na recuperação de valores desviados dos cofres públicos. Após registrar os antecedentes históricos da ação *qui tam*, o artigo analisa a atual configuração do instituto no direito norte-americano, especificamente as previsões contidas na Lei dos Requerimentos Falsos. Foram apontadas as condições e pressupostos de ajuizamento, o procedimento a ser adotado, bem como as gratificações financeiras atribuídas ao particular que ajuíze a ação. Buscou-se, ainda, analisar o tratamento conferido pela doutrina brasileira ao pagamento de gratificação financeira a autores de ações ajuizadas em prol da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Norte-Americano. *Qui Tam Action*. *False Claims Act*. Direito Brasileiro. Gratificação Financeira

ABSTRACT: This article analyses *qui tam action* and *False Claims Act*, American's Law institutes regarding fraud enforcement and money recovery. After presenting *qui tam action*'s history, the article analyses the existing *qui tam* statutes, especially the *False Claims Act*. The conditions to file a claim, the procedure and the relator's awards are studied in this article. Brazilian doctrine was also analysed, especially the possibility to pay awards to plaintiff.

KEYWORDS: American Law. *Qui Tam Action*. *False Claims Act* Brazilian Law. Awards

INTRODUÇÃO

No direito norte-americano alguns estatutos legais preveem uma ação específica, denominada *Qui Tam Action*, que permite que o particular ajuíze ações em nome do Estado e que parcela dos resultados advindos do êxito da demanda seja atribuída ao autor do respectivo feito.

Um desses estatutos vem a ser a Lei dos Requerimentos Falsos, ou *False Claims Act*, editado na segunda metade do século XIX, que prevê o manejo da ação *qui tam* para fins de denunciar fraudes praticadas contra o governo norte-americano, conferindo-se ao autor da ação parcela dos valores recuperados aos cofres públicos. Trata-se de instituto que vem apresentando bons resultados na proteção dos cofres públicos e na recuperação de valores desviados em decorrência de fraudes praticadas contra o Estado.

A existência de um estatuto que autoriza o ajuizamento de ações *qui tam* com a finalidade de combater as fraudes praticadas contra o governo norte-americano consiste, pois, no ponto de partida do presente trabalho.

No intuito de se compreender o instituto, suas peculiaridades, vantagens e eventuais falhas, buscou-se analisar as origens da ação *qui tam*, os requisitos e procedimentos previstos no estatuto das *false claims*, bem como os entendimentos jurisprudenciais que vem sendo exarados pelos tribunais americanos.

Analisou-se, não obstante ainda não haja previsão legal semelhante no direito pátrio, como vem sendo enfrentada pela doutrina brasileira a possibilidade de pagamento de gratificação financeira ao particular que demande em prol da coletividade.

Temos consciência de que os sistemas jurídicos vigentes nos Estados Unidos e no Brasil são diversos, pois se desenvolveram a partir de famílias jurídicas distintas. Contudo, também se tem conhecimento de que as fraudes cometidas contra o Estado e o desvio de valores dos cofres públicos consistem em problema comum às duas nações.

Diante de tal constatação, torna-se relevante – ou mesmo essencial – relegar a um segundo plano as diferenças, passando-se a priorizar as semelhanças, no intuito de se aprimorar as formas de defesa do erário de combate às fraudes perpetradas contra o Estado.

1 QUI TAM ACTION – REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

A expressão *qui tam* foi retirada de uma frase em latim – *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* – que corresponderia à expressão “aquele que ajuíza uma ação para o rei e para si próprio”¹.

A referência mais antiga à ação *qui tam*, conforme registra DOYLE², é encontrada no direito inglês, em uma declaração de Wihtred, rei de Kent, do ano 695, a qual estabelecia que “se um homem livre trabalha durante o horário proibido – por exemplo, o *Sabbath* – ele deve pagar multa; aquele que o denunciar deve ganhar metade da multa e os lucros resultantes do trabalho”.

No direito norte-americano, por sua vez, o período colonial foi marcado por leis locais promulgadas pelas colônias, referentes às ações *qui tam*, sendo que os Tribunais julgavam causas em que se aplicavam referidos estatutos locais ou a legislação inglesa.³

As ações *qui tam* estiveram presentes nos trabalhos do primeiro Congresso da República dos Estados Unidos, sendo que atualmente são identificados na legislação norte-americana três espécies ainda vigentes de estatutos que preveem tais ações: a Lei dos Requerimentos Falsos (*False Claims Act* – FCA), o Estatuto das Patentes e as Disposições de Proteção ao Índio⁴.

1 A expressão latina foi traduzida como “*who brings the action for the King as well as himself*”, cf. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England* 160 (1768) *apud US ex rel. Stinson v. Prudential Ins.*, 944 F.2d 1149 1152 (3rd Cir. 1991). Disponível em <http://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=208&db=350&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=2004959320&serialnum=1991157614&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pbcr=407FBC24&referenceposition=1152&rs=WLW12.01&RLT=CLID_FQRLT25312114315134&TF=756&TC=1&n=1>. Acesso em 11 de abril de 2012.

2 DOYLE, Charles. *Qui Tam. The False Claims Acts and Related Federal Statutes*. Lexington: Bibliogov, 2009, p. 2.

3 Idem, p. 3. O autor menciona as colônias que editaram os estatutos locais: Massachusetts (1686); Connecticut (1672); Nova Iorque (1692); Virgínia (1759); Carolina do Sul (1778).

4 Idem, p. 1 e 3. Registra ainda DOYLE (*idem.*, p. 20/23) que o Ato das Patentes (35 U.S.C. 292), também considerado um “Estatuto *Qui Tam*”, prevê como infração a utilização de marca de patente falsa com a intenção de enganar terceiros, conduta punida com multa de US\$ 500 (quinhentos dólares), sendo metade da quantia destinada ao delator e metade ao Estado. O Ato de Proteção ao Índio (25 U.S.C., 201, de 1834), autoriza o ajuizamento de ação *qui tam* por violação a cinco estatutos diferentes, como, por exemplo, 25 U.S.C. 177 (aquisição ilegal de terras indígenas) e 25 U.S.C. 180 (ocupação ou pesquisas em terras indígenas)

O FCA, em sua redação original, estabelecia como sanções penas restritivas de liberdade de 01 (um) a 5 (cinco) anos ou multa que variava de mil a cinco mil dólares, prevendo ainda multa de dois mil dólares, obrigação de indenização no valor equivalente ao dobro dos danos suportados pelo Estado, além de custas. Atribuía-se aos autores da ação, em caso de procedência, 50% (cinquenta por cento) dos valores arrecadados¹⁰.

Desde a sua promulgação o FCA foi emendado quatro vezes, sendo que a alteração mais recente ocorreu em 2010.

A primeira emenda ocorreu em 1943 e foi motivada pelo grande volume de ações propostas durante a Segunda Guerra Mundial, muitas delas embasadas em notícias que os autores obtinham por meio da imprensa, o que ensejou a qualificação das demandas ajuizadas como “ações parasitas”. Nessa época, o Advogado-Geral requereu a revogação do FCA, alegando que as razões que haviam embasado a edição do ato no século anterior não mais subsistiam e que estariam ocorrendo muitos inconvenientes no ajuizamento das ações pelos particulares, que além de não estarem fornecendo informações ao Estado, muitas vezes faziam uso de dados obtidos em investigações oficiais já em curso. Contudo, ao invés de se revogar o ato, optou-se por restringir sua aplicação¹¹.

Editou-se, assim, a Emenda de 1943, a qual alterou o texto do FCA, que passou a exigir que o autor disponibilizasse ao Estado as provas que embasavam a ação e determinou a abertura de prazo de sessenta dias para que o Estado decidisse sobre a conveniência de intervir ou não nas ações ajuizadas. As alterações promovidas no FCA vedaram o ajuizamento de ações com base em informações que já fossem de conhecimento das autoridades governamentais (*public disclosure*) e reduziram a recompensa a ser atribuída ao autor para o limite de 25% (vinte e cinco por cento), a qual seria fixada em no máximo 10% (dez por cento) caso tivesse ocorrido intervenção do Estado na ação¹².

A Emenda de 1943 – denominada *government knowledge*¹³ – veio, portanto, restringir o manejo do ajuizamento da ação *Qui Tam* nos termos do FCA apenas aos casos em que a fraude ainda não fosse pública e notória, ainda que apenas no âmbito do governo.

Embora a alteração de 1943 tenha impedido que os valores recuperados com as ações propostas fossem reduzidos com o excessivo

10 DOYLE, op. cit., p. 5.

11 Ibidem, p. 6.

12 Ibidem, p. 6-7.

13 COSTA, op. cit., p. 99.

pagamento de recompensas aos respectivos autores, foram constatados alguns inconvenientes, pois restou inviabilizado o pagamento da gratificação ao denunciante original, nas hipóteses em que o conhecimento da fraude por parte Governo decorresse exatamente da denúncia oferecida pelo referido denunciante¹⁴.

Ainda sobre as circunstâncias que antecederam a promulgação da segunda alteração ao FCA, que viria a ocorrer em 1986, destacamos a preocupação do governo norte-americano com o volume das fraudes perpetradas e os prejuízos causados aos cofres públicos. De acordo com as informações do Relatório do Senado de 1986, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos havia apurado que de um a dez por cento do orçamento estaria sendo desviado em decorrência de fraudes. Considerando o orçamento do ano de 1985 – aproximadamente um trilhão de dólares –, verificou-se que as fraudes poderiam estar custando aos contribuintes de dez a cem bilhões de dólares por ano.¹⁵

Com o intuito de corrigir tais distorções editou-se a Emenda de 1986, que passou a permitir o ajuizamento da ação de reparação de danos pelo próprio autor da denúncia, qual seja, a “fonte originária” (*original source*). Nessa hipótese, não obstante exista conhecimento, por parte do governo, de determinada fraude perpetrada contra o Estado, não se aplicaria a restrição da Emenda de 1943.

Dentre as modificações ocorridas em 1986 destacam-se ainda os denominados “requerimentos falsos inversos”, que são apresentadas para fins de se reduzir o montante a ser pago pelo particular ao Estado. Assinala-se também que a partir de 1986 o estatuto dos requerimentos falsos passou a proteger o denunciante contra possíveis retaliações por parte de seu empregador; os valores das sanções foram majorados para valores que variam de cinco mil a dez mil dólares e pagamento de três vezes o valor dos danos; o valor máximo a gratificação a ser pago ao autor passou a ser de 30% (trinta por cento) do montante arrecadado¹⁶.

Logo, as alterações de 1986, ao contrário do ocorrido em 1943, buscaram revigorar o instituto, no intuito não apenas de corrigir a incongruência ocasionada pela Emenda anterior quanto à possibilidade

14 Tais constatações são apontadas no julgamento U.S. *ex rel.* State of Wisconsin v. Dean, 7th Cir., 1984. Disponível em: <http://web2.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=208&origin=Search&sri=35&sskey=CLID_SSSA777838167144&query=Wisconsin+v.+Dean%2c+7th+Cir+1984&db=DCT&rtl=CLID_QRYRLT378038167144&method=WIN&service=Search&eq=Welcome%2f208&rp=%2fWelcome%2f208%2fdefault.wl&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rtdb=CLID_DB716238167144&sv=Split&fmqv=s&fn=_top&rs=LAWS2.0>. Acesso em: 14 abr. 2012.

15 *Senate Report N. 99-345*, 1986, *apud* DOYLE, *op. cit.*, p. 7.

16 DOYLE, *op. cit.*, p. 8-9.

de ajuizamento da ação pelo denunciante original, mas também de se buscar a redução das fraudes perpetradas contra o governo norte-americano.

Em 2009 novas modificações foram incorporadas ao FCA com a promulgação do Ato de Repressão à Fraude e de Ressarcimento (*Fraud Enforcement and Recovery Act* – F.E.R.A.), que ampliou o sistema de proteção ao delator, de modo que o estatuto passou a prever como beneficiários das medidas protetivas, além dos empregados, também os empreiteiros e os agentes¹⁷.

As alterações ocorridas em 2009 consistiram em reação à decisão proferida pela Suprema Corte em 2008, no caso *Allison Engine Co. v. United States ex rel. Sanders*, No. 07-214, 553 U.S. 662¹⁸. No julgamento em questão, a Suprema Corte entendeu que o simples envolvimento de recursos federais não bastava para embasar o ajuizamento da ação *qui tam* com fundamento no FCA. Apontou-se a necessidade de que o autor provasse que a declaração falsa havia sido praticada com a intenção de fazer o governo pagar ou aprovar o pagamento supostamente devido. Tal entendimento restritivo, contudo, foi contornado com a promulgação do FERA em 2009.

Em 2010 promoveu-se a alteração no §3730, e, 4, A, B, para esclarecer que cabe ao Governo a decisão final sobre a extinção do processo com fundamento na existência de conhecimento prévio da fraude (*public disclosure*) e para alterar a definição de “fonte originária”¹⁹.

3 PROCEDIMENTO DA FALSE CLAIM

Em relação ao procedimento da FCA, cabe esclarecer que qualquer pessoa física ou jurídica pode ser responsabilizada, excepcionando-se os Estados e tribos indígenas²⁰. Os governos locais, contudo, são considerados sujeitos passivos, e podem ser passíveis de responsabilização²¹. Cabe

17 DOYLE, op. cit., p. 8.

18 Disponível em < http://web2.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=208&origin=Search&sri=33&sskey=CLID_SSSA2076724917134&query=Allison+Engine+Co.+v.+United+States+ex+rel.+Sanders&db=SCT&rlt=CLID_QRYRLT626325917134&method=WIN&service=Search&eq=Welcom%2f208&rp=%2fWelcome%2f208%2fdefault.wl&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rltdb=CLID_DB6476724917134&sv=Split&fmqv=s&fn=_top&rs=LAWS2.0>. Acesso em: 12 abr. 2012.

19 Disponível em <<http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t29t32+2002+1++%2831%203729%29>>. Acesso em 14 de abril de 2012.

20 *Vermont Agency of Natural Resources v. US ex rel. Stevens*, 529 US 765, 787-88 e *US v. Menominee Tribal Enterprise*, 601, F.Supp. 2ed. 1061, 1068, *apud* DOYLE, op. cit., p. 9.

21 DOYLE, op. cit., p. 12.

registrar que não será possível o ajuizamento da *false claim* contra membros das Forças Armadas, do Congresso, do Judiciário e membros do alto escalão do Poder Executivo (§3730, e, 1 e 2).

DOYLE registra que embora o FCA permita o ajuizamento da ação pelos particulares, toda a demanda se desenvolve tendo por base a “sombra das prerrogativas governamentais”, cabendo ao Estado até mesmo limitar a participação do particular no feito (§3730, c, 2, c)²². De fato, referido dispositivo prevê a possibilidade de que o Estado limite a atuação judicial do autor quanto ao número de testemunhas que podem ser indicadas, o interrogatório e a duração do depoimento.

O FCA prevê as seguintes condutas que podem dar ensejo ao ajuizamento da ação embasada no § 3729: apresentação de requerimento falso para pagamento ou aprovação; utilização de declaração falsa em um requerimento fraudulento; entrega de valor menor do que o devido por parte daquele que tem a guarda, posse ou controle de bens ou dinheiro utilizado pelo Governo; confecção ou entrega de documento comprobatório de propriedade, a ser utilizado pelo Governo, sem que haja convicção quanto à veracidade do conteúdo do documento emitido; aquisição ou recebimento de propriedade pública como garantia de obrigação ou dívida, em transação com funcionário do Governo, ou um membro das Forças Armadas, que legalmente não podem vender ou oferecer bens em garantia; confecção ou utilização de declaração falsa quanto à obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou bens para o Governo, ou omissão, total ou parcial, da obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou bens para o Governo.

O requerimento (*claim*) que embasa o ajuizamento da ação é conceituado pelo FCA como qualquer pedido ou exigência de dinheiro apresentado perante um funcionário público ou membro das Forças Armadas, mas também aquele apresentado perante terceiros, desde que o pagamento seja custeado com recursos públicos.

O ajuizamento da ação *qui tam* pelos particulares inicia-se com a apresentação de uma petição inicial que tramita sob sigilo perante a justiça federal do distrito onde se praticou a infração ou no domicílio dos réus (§3730, b, 2 e §3732, a). Após o protocolo da petição, as provas e informações em poder do particular deverão ser entregues às autoridades governamentais competentes, quais sejam, o Departamento de Justiça (*Department of Justice – DOJ*) e unidade local da Advocacia-Geral dos Estados Unidos, para que decida, no prazo prorrogável de 60 (sessenta)

22 DOYLE, op. cit., p. 9.

dias, quanto à intervenção no feito. Na hipótese de deferimento judicial da prorrogação do prazo, o feito permanece sob sigilo (§3730, b, 2, 3, 4).

Portanto, o procedimento da *false claim* prevê a notificação apenas do Estado quando do seu ajuizamento, sendo vedado ao autor da demanda e ao seu advogado divulgar a ação proposta, sob pena de prejudicar a tramitação da demanda. Sobre o sigilo ao qual se submete a ação, até que haja a citação do réu, deve haver estrita observância das restrições, sendo vedado ao autor e ao seu advogado comentar sobre o caso com qualquer pessoa, em especial a imprensa. Trata-se de medida indispensável para viabilizar as investigações a serem conduzidas pelo Governo.²³

Após finalizadas as investigações oficiais e manifestando-se o Estado pela intervenção ou não na ação, o réu tem 20 (vinte) dias para se manifestar, salientando-se que caso ele tenha sido considerado culpado na esfera penal, não poderá negar a infração no bojo da ação cível em curso (§3730, e).

Quatro medidas podem ser adotadas pelo governo no prazo de sessenta dias: intervir ou não no processo; requer a prorrogação do prazo; pedir a extinção do processo ou propor acordo. Na hipótese de intervenção governamental, este passa a figurar como autor da demanda, cabendo aquele que ajuizou a função de assistente. Na hipótese de não intervenção governamental, o autor tem a faculdade de prosseguir na ação.²⁴

A decisão da intervenção na ação é de competência do Departamento de Justiça, cabendo a cerca de 90 (noventa) advogados federais e seus assistentes avaliar os casos apresentados, salientando-se que as atividades investigativas, a serem conduzidas previamente à decisão, são desempenhadas por agências governamentais como o FBI. No período compreendido entre 1986 e 2007 foram ajuizadas cerca de seis mil novas ações *qui tam*, das quais 20% (vinte por cento) versam sobre fraudes relacionadas à defesa e cerca de 50% (cinquenta por cento) sobre fraudes em serviços de assistência médica.²⁵

Ainda que em um momento inicial o Estado se manifeste pela não intervenção na ação, poderá haver intervenção posterior, desde que justificada, demonstrando que o processo consiste em *good case*. Contudo, quanto a esse ponto, a jurisprudência ainda não traçou noções bem definidas acerca do conceito de *good case* e dos poderes atribuídos ao Estado caso haja intervenção posterior.²⁶

23 WEST, op. cit., p. 13.

24 COSTA, op. cit., p. 102-103.

25 WEST, op. cit., p. 52.

26 COSTA, op. cit., p. 103-104.

Entre a Emenda de 1986 e o ano de 2007, houve a intervenção do governo em 1.094 dos 5.813 casos ajuizados, deixando de intervir em 3.752 processos, sendo que os demais casos – no total de 967 – estão sendo investigados. Nos processos nos quais o governo interveio, as gratificações atribuídas aos autores das *false claims* totalizaram quase dois bilhões de dólares, o que equivale 16,84% dos valores recuperados aos cofres públicos. Nos casos em que o governo deixou de intervir, as gratificações totalizaram setenta milhões de dólares, equivalendo a 24,73% dos valores recuperados²⁷.

De acordo com dados do Departamento de Justiça, os valores recuperados apenas em 2007 equivalem a mais de um bilhão de dólares (U\$ 1,45), com pagamento de cento e setenta e sete milhões de dólares aos denunciante que ajuizaram as respectivas ações *qui tam*. Registra ainda o governo americano que a arrecadação decorrente das ações ajuizadas entre 1986 e 2007 totalizam mais de doze bilhões de dólares (U\$ 12,6).²⁸

A condenação nos termos do §3729 implica em pagamento de três vezes o valor do dano, multa que pode variar de cinco a dez mil dólares, custas do Estado e despesas efetuadas pelo autor, incluídos os honorários advocatícios. A condenação poderá ser reduzida para duas vezes o valor do dano na hipótese do réu ter cooperado antes do início dos procedimentos administrativos ou judiciais. Caso tenha sido constatada retaliação ao denunciante, a condenação abrangerá determinação de que o réu pague honorários advocatícios, custas e duas vezes o valor dos salários atrasados, juros, além de compensação por eventuais danos causados.

O percentual da gratificação a ser percebida pelo autor varia conforme o Estado tenha ou não intervindo no processo. O autor da ação, caso procedente, poderá ganhar de 25% (vinte e cinco por cento) a 30% (trinta por cento) dos valores recuperados a título de gratificação, percentuais reduzidos para os patamares de 15 (quinze) a 25% (vinte e cinco por cento) caso tenha ocorrido a intervenção do Estado no feito. Caso seja constatada participação do autor na fraude objeto da ação, a gratificação poderá ser reduzida ou até mesmo cancelada (3730 d 3), dependendo do nível de envolvimento.

As benesses previstas no FCA consistem no pagamento de recompensa ao autor da ação e garantia de que nenhuma retaliação será aplicada ao autor da denúncia pelo seu empregador.

27 WEST, op. cit, p. 14.

28 Ibidem, p. 4.

O FCA prevê no §3729 prazo prescricional para o ajuizamento da ação, o qual é fixado em 6 (seis) anos a contar da prática da infração ou em 03 (três) anos a contar da data da ciência, pela autoridade competente para adotar as medidas cabíveis, da prática da infração – hipótese em que deverá ainda ser observado o prazo máximo de 10 (dez) anos²⁹ da data da prática da violação.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS REQUERIMENTOS FALSOS

Muitos argumentos são utilizados pelos réus, no intuito de afastar o manejo das ações *qui tam* com fundamento do FCA e, subsequentemente, impedir a aplicação das penalidades que lhe são inerentes.

Comumente se alega falta de legitimidade do autor, que pleiteia em nome do Estado, sem que tenha sofrido algum tipo de dano direito em decorrência da conduta do transgressor. De fato, a Constituição dos Estados Unidos prevê no artigo III, §2º, que as cortes federais terão jurisdição para decidir “casos e controvérsias”, situações que somente ocorrerão caso o autor consiga preencher determinados requisitos. Esclareça-se que a verificação dessas condições é realizada com base na doutrina do *standing* ou da admissibilidade da demanda. Segundo COSTA³⁰:

O standing, portanto, é um critério que permite identificar os casos que deverão ser resolvidos mediante processo judicial. Sua noção se próxima da ideia de condições da ação e, às vezes, possui o conteúdo da legitimidade de agir, da possibilidade jurídica do pedido ou do próprio interesse processual.

Segundo a Suprema Corte norte-americana, a admissibilidade da demanda requer a existência de lesão concreta a interesse legalmente protegido, o nexos causal entre a lesão e a conduta do réu e a presença de indícios de prolação de decisão favorável ao autor. Além desses requisitos, as cortes federais vêm restringindo ainda mais as hipóteses de admissibilidade da demanda (doutrina da *prudential standing*), acolhendo o entendimento da ilegitimidade do autor particular para

29 Registra DOYLE (*op. cit.*, p. 18-19) divergência na jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação do prazo de dez anos apenas às ações ajuizadas pelo Estado (*U.S. ex rel. Sanders v. North American Bus Industries, Inc.*, 546 F.3d 288, 294, 4th Cir. 2008) ou se a benesse poderia ser estendida também às ações ajuizadas pelos particulares (*U.S. ex rel. Hyatt v. Northrop Corp.*, 91 F.3d 1211, 1214-216 9th Cir. 1996).

30 COSTA, *op. cit.*, p. 105 (destaques no original).

ajuizar ações que envolvam danos que extrapolem o direito do autor, atingindo também direitos de terceiros, de modo a configurar “dano generalizado”.³¹

Contudo, especificamente no âmbito das ações *qui tam*, a legitimidade do particular para ajuizar a demanda vem sendo acolhida pelos Tribunais. Entende-se que o posicionamento mais restritivo quanto à doutrina do *standing* pode ser afastado por um estatuto legal, o que ocorre na hipótese do FCA. Afirma-se ainda que o próprio Congresso Nacional, mediante delegação legislativa, transferiu ao particular a titularidade de parcela do interesse público. Finalmente, existem julgados ainda que reconheceram o interesse do autor em ajuizar a demanda, na medida em que a legislação lhe atribui uma gratificação na hipótese de procedência do pedido.³²

Questiona-se ainda a capacidade do autor para representar o Estado, na medida em que na ação *qui tam* ocorre o ajuizamento pelo particular em nome do Estado.

A Constituição dos Estados Unidos prevê a denominada *Appointment Clause* no artigo II, §2º, *cl. 2*, da qual decorre a concepção de que a designação dos funcionários investidos de autoridade pública dar-se-á por meio de ato conjunto dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o autor da ação com fundamento no FCA, por ter sido investido de autoridade pública apenas pelo Congresso, não teria capacidade para representar o Estado em juízo.³³

Tal argumento também vem sendo rechaçado pelas cortes norte-americanas, ao argumento de que a vedação contida no dispositivo constitucional implica em impossibilidade de que determinado Poder se aproprie da prerrogativa de nomear funcionários, sem a aprovação do outro Poder, situação diversa daquela em que o Legislativo concede ao particular a capacidade de agir em nome do Estado.³⁴

Finalmente, alega-se também, como matéria de defesa no âmbito das referidas ações, suposta violação à separação de poderes, pois o FCA implicaria em retirar do Poder Executivo a competência de resguardar a correta aplicação da lei. Contudo, também essa tese não vem prosperando nos Tribunais, segundo os quais o que é imprescindível é que o Poder Executivo mantenha controle sobre o litígio. Tal controle, no caso das *false claims*, certamente é mantido no âmbito do Poder

31 COSTA, op. cit., p. 105.

32 Ibidem, p. 106-107.

33 Ibidem, p. 107-108.

34 Ibidem, p. 108-109.

Executivo, prevendo o FCA a possibilidade de intervenção, mesmo no curso do processo, bem como prerrogativa de pedir extinção do feito ou celebrar acordo.³⁵

5 A GRATIFICAÇÃO FINANCEIRA DO COLEGITIMADO E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

O instituto da ação *qui tam*, nos moldes previstos no FCA, pode causar certa perplexidade por prever que parte dos valores recuperados no bojo da ação judicial seja destinada ao particular que ajuizou o feito. De fato, aplicar tal possibilidade ao direito pátrio, no qual a indisponibilidade do interesse público é apontada como um dos pilares do regime jurídico-administrativo³⁶, consiste em tarefa que requer certa cautela.

Contudo, conforme passaremos a demonstrar, o pagamento de gratificação financeira a quem se disponha a ajuizar uma ação em prol da coletividade não representa ideia totalmente estranha à doutrina jurídica brasileira. Tal possibilidade vem sendo discutida em virtude do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, que prevê o pagamento de gratificação financeira aos autores das ações.

Foram publicados, no Brasil, quatro anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo. O primeiro é de autoria de Antonio Gidi, elaborado entre 1993 e 2002 e denominado pelo seu autor “Anteprojeto Original”. O segundo, desenvolvido entre 2003 e 2005, denominado “Código Modelo Ibero-Americano”, teve como relatores Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Coube ainda a Ada Pellegrini Grinover coordenar o “Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP” – “Anteprojeto USP” – elaborado de 2003 a 2006. O quarto anteprojeto consiste no “Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa” – “Anteprojeto URJ/Unesa” –, desenvolvido ao longo de 2005 sob coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.³⁷

A previsão de pagamento de gratificação financeira ao legitimado que venha a ajuizar ação coletiva está contida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado ao Ministério da Justiça em 2007, que assim estabelece:

35 COSTA, op. cit., p. 109-110.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

37 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

Art. 17 Custas e honorários [...]

§3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba de sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Interesses Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade. [...] ³⁸

Registra Gidi³⁹ que todos os quatro anteprojetos do processo civil coletivo contêm previsão do pagamento de gratificação financeira ao co-legitimado, sendo que o texto de sua autoria (“Anteprojeto Original”) apresenta a seguinte redação:

Artigo 21. Despesas e honorários

21.5 Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (*vide* art.2), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do co-legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6 O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

O instituto da gratificação financeira remonta às *class actions* norte-americanas⁴⁰, porém não se trata propriamente de novidade no sistema romano-germânico. De fato, em algumas ações populares

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 456.

³⁹ GIDI, op. cit., p. 144

⁴⁰ GIDI, op. cit., p. 144.

romanas parte da multa imposta era atribuída ao cidadão que assumisse o ônus de representar o povo⁴¹.

A previsão da gratificação financeira tem por objetivo remunerar o trabalho que venha a ser bem desempenhado pelo legitimado, ao mesmo tempo em que incentiva a “descoberta do ilícito” e o ajuizamento de ações coletivas. Registra-se ainda como objetivo da gratificação a viabilização do adequado aparelhamento e profissionalização das associações legitimadas, para que possam atuar em igualdade de condições com os réus, mormente naquelas situações em que esses últimos se encontrem em flagrante situação de superioridade econômica.⁴²

Importante registrar os riscos inerentes à previsão da concessão de gratificação financeira ao colegitimados, pois poderá estimular a transformação do processo coletivo em atividade lucrativa, de modo que os ajuizamentos passem a decorrer mais da possibilidade de perceber vantagens financeiras do que da necessidade de se tutelar interesses coletivos.⁴³ Contudo, trata-se de risco menor quando comparado com a situação vigente, em que prevalece a concepção de que o processo coletivo consiste em “*munus público sem qualquer tipo de remuneração*”⁴⁴.

A necessidade de se instituir um estímulo aos colegitimados no bojo do processo coletivo é destacada por Ferraz⁴⁵, para quem a predominância da atuação do Ministério Público nas demandas coletivas poderia ser mitigada por meio de uma alteração legal, que viabilizasse algum tipo de incentivo aos demais autores de ações coletivas.

As mesmas vantagens da previsão da gratificação financeira em favor do legitimado – pessoa física, sindicato, associação ou fundação de direito privado com relevante atuação no feito – são apontadas por MENDES⁴⁶, que registra a relevância de tal inovação para o incremento da participação da sociedade civil nas ações coletivas.

41 SCIALOJA, Vittorio, *Procedura civile romana*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1936. p. 343 (reimpressão de 1984) *apud* GIDI, op. cit., p. 145.

42 GIDI, op. cit., p. 145-146.

43 DUARTE, Ricardo Quass. *Os fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados: natureza, gerência e serventia*, in SALLES, Silva e Nusdeo (orgs.), *Processos coletivos e tutela ambiental*, Santos: Leopoldianum, 2006, p. 118, *apud* GIDI, op. cit., p. 146.

44 GIDI, op. cit., p. 146.

45 FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*, in Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública*. Lei no 7.347/1985 – 15 anos, São Paulo: RT, 2001, p. 91 *apud* GIDI, op. cit., p. 147.

46 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 26-27.

Além do pagamento de gratificação financeira ao colegitimado, o anteprojeto prevê também o pagamento de honorários advocatícios. Quanto a esta possibilidade, cabe registrar que no sistema norte-americano, aponta-se como “mazela” das *class actions* o recebimento, pelos advogados, de valores exorbitantes, em total descompasso com os valores que são percebidos pelos membros do grupo. Afirma-se que o advogado vem a ser o “imperador absoluto” das *class actions*, uma espécie de ‘justiceiro-privado-com-lucros’.⁴⁷

A importância de se manter a possibilidade da gratificação financeira, não obstante os riscos inerentes a tal previsão, é salientada por GIDI, segundo o qual exatamente em razão das dificuldades já identificadas no sistema norte-americano, é que se deve manter a previsão da gratificação, como forma de incentivar o ajuizamento das demandas das ações coletivas pelos colegitimados, cabendo ao juiz distribuir adequadamente os valores da sucumbência entre as associações e os advogados.⁴⁸

Por certo, a previsão de tal natureza deve ser acompanhada de mecanismos que resguardecam o *manejo responsável* das ações coletivas pelos colegitimados. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴⁹ aponta a *representatividade adequada* como “princípio da tutela jurisdicional coletiva” (art. 2º, I), prevendo ainda os aspectos a serem considerados pelo juiz para viabilizar a observância de tal princípio, quais sejam: credibilidade, capacidade, experiência e histórico de atuação na defesa de interesses difusos e coletivos do legitimado (art. 20).

O artigo 20, I, do Anteprojeto prevê a legitimidade da pessoa física para o ajuizamento da ação coletiva para a tutela dos interesses ou direitos difusos, desde que seja reconhecida sua *representatividade adequada*.

A legitimidade individual para o ajuizamento de ações coletivas enfrenta críticas na doutrina⁵⁰, existindo entendimento no sentido de que a ação popular já consiste em instrumento que viabiliza a atuação do indivíduo, sendo que foi verificado o uso reiterado do instituto com efeitos meramente políticos. Desse modo, permitir a legitimidade ativa no indivíduo no âmbito das ações coletivas poderia acarretar no mesmo uso indevido de tais medidas judiciais. Aponta-se, ainda, como argumento contrário à legitimidade individual, o despreparo do cidadão brasileiro, o que poderia ensejar o ajuizamento de demandas irrelevantes, prejudicando

47 MENDES, op. cit., p. 26-27.

48 GIDI, op. cit., p. 152-153.

49 GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 456-457.

50 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 754, *apud* FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 136/137.

a credibilidade da medida judicial. Afirma-se também que o instituto da legitimidade individual teria suas raízes no direito norte-americano, o que dificultaria sua transposição para o nosso sistema jurídico.

Tais “obstáculos” são afastados por Ferraresi⁵¹, que argumenta que a motivação de quem ajuíza uma ação coletiva – hipótese do manejo da ação com finalidades políticas – é secundária quando se considera que o mais relevante consiste na possibilidade que o particular descreva uma conduta lesiva ao interesse público. O alegado despreparo do brasileiro para o ajuizamento individual das ações coletivas também é rechaçado pelo autor, segundo o qual tal entendimento poderia ser equiparado à afirmação de que “o brasileiro não deve votar, já que escolhe mal seus governantes”.

Não obstante seja favorável à legitimidade da pessoa física para o ajuizamento de demandas coletivas, Ferraresi destaca a importância do controle judicial dessa legitimidade, pontuando que tal medida estimularia não apenas o ajuizamento das ações coletivas, mas também a efetiva participação do cidadão na defesa dos interesses coletivos⁵².

Portanto, conferir legitimidade ao cidadão para o ajuizamento de determinadas ações, mormente quando se considera a possibilidade de que o autor perceba uma gratificação pelo trabalho desempenhado é medida controversa, que requer cautela na sua implantação, devendo-se priorizar as formas de controle judicial da atuação do particular, de modo a combater eventuais abusos.

6 CONCLUSÃO

A Lei dos Requerimentos Falsos, ao permitir o ajuizamento da ação *qui tam* como medida de combate às fraudes perpetradas contra o Estado norte-americano, vem viabilizando a recuperação de valores aos cofres públicos. A peculiaridade do instituto consiste principalmente na atribuição, ao autor da demanda, de parte dos valores arrecadados judicialmente, medida essa que busca incentivar o ajuizamento das ações *qui tam*.

Sabe-se que o instituto ora analisado pertence a sistema jurídico diverso do brasileiro. Contudo, tal diversidade não pode, à primeira vista, afastar inexoravelmente a possibilidade de incorporação da medida ao direito pátrio. Conforme bem pontuado por VIGLIAR⁵³:

51 FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 137.

52 FERRARESI, op. cit., p. 137.

53 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 311.

caso tenhamos que rejeitar algum mecanismo utilizado em outras plagas, que seja pela diminuta operacionalização que revelam na prática de suas realidades forenses, e não pelo simples fato de pertencer, historicamente, a uma ou outra “família jurídica”.

A sistemática prevista no FCA pode causar certo desconforto ou perplexidade exatamente por permitir que o particular se aproprie – mediante expressa autorização legal – de parcela dos valores originariamente destinados ao Estado. De fato, constata-se que as premissas adotadas pelo legislador norte-americano diferem das premissas que via de regra norteariam o legislador e os doutrinadores brasileiros.

Divulga-se que naquele país os valores recuperados por meio das ações ajuizadas pelos particulares justificam a destinação de parcela dos recursos ao denunciante não apenas em virtude do montante arrecadado, mas também pela constatação de que as ações ajuizadas veiculam notícias de fraudes que dificilmente chegariam ao conhecimento do poder público.

O legislador norte-americano privilegia a utilidade e o resultado da ação, elegendo como “agente catalisador” a premiação do cidadão que colabore na recuperação de valores desviados em decorrência de fraudes praticadas contra o Estado. Embora ocorra a disposição de parcela do patrimônio público, há que se considerar que tal benesse concedida ao denunciante consiste em medida de incentivo para que novas denúncias sejam feitas, proporcionando-se descoberta de fraudes e recuperação de valores em situações que provavelmente não seriam identificadas e combatidas se adotados os mecanismos tradicionais.⁵⁴

Desse modo, revela-se acertada a “parceria” firmada entre o Estado e a sociedade civil, de modo que tal circunstância não pode ser ignorada quando se analisa a possibilidade de instituição semelhante ser acolhida pela legislação brasileira. Por certo, alguns ajustes serão necessários, considerando as peculiaridades do sistema brasileiro.

O que não se revela a opção mais conveniente é rechaçar o instituto com base unicamente em sua origem ou com fundamento em suposto despreparo da sociedade civil brasileira para assumir legitimidade de tal monta. Afinal, se os problemas são semelhantes, talvez as soluções também o possam ser, desde que haja conformidade com a ordem constitucional de cada país.

⁵⁴ COSTA, op. cit., p. 111.

Por certo, alguns ajustes serão necessários, considerando as peculiaridades do sistema brasileiro. As dificuldades, se contornadas, poderão ensejar o surgimento de interessante parceria entre o Estado e a sociedade civil, viabilizando, em última análise, a criação de mais uma medida de combate às fraudes contra o Estado e de recuperação de valores devidos ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo Coletivo da Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

DOYLE, Charles. *The False Claims Act and related Federal Statutes*. Lexington: Bibliogov, 2009.

FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136-143.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-32.

WEST, Robert Page. *Advising the Qui Tam Whistleblower: From Identifying a Case to Filing Under the False Claims Act*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2009.

WESTLAW. Disponível em <<http://lawschool.westlaw.com/desktopdefault.aspx>>. Acesso em: 13 de abril de 2012.