

Revista da CGU

Brasília • Volume 13 • Nº 23 • Jan-Jun 2021

NESTA EDIÇÃO:

Dossiê Especial
Interfaces entre as
Sanções Estatais

Emergência no acesso
à informação

Auditoria Just-in-Time
e Gestão de Riscos no
Contexto da Covid-19

Diagnóstico do *ageism*
no serviço público
brasileiro

Entrevista:

Raquel Scalcon

Compreendendo
o Direito Penal a partir
dos Direitos Fundamentais

E AINDA:

Dossiê Especial
Controle
Governamental,
Prevenção e Combate à
Corrupção

Revista da CGU

Brasília • Volume 13 • Nº 23 • Jan-Jun 2021

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL

Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS

Ouvidor-Geral da União

ROBERTO CÉSAR DE OLIVEIRA VIEGAS

Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO

Secretário de Combate à Corrupção

Revista da CGU / Controladoria-Geral da União

<http://revista.cgu.gov.br/>

e-ISSN 2595-668X

Administração Pública

As opiniões expressas nos artigos aqui publicados são de inteira responsabilidade de seus autores e não expressam, necessariamente, as da Revista da CGU.

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social • Ascom/CGU

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.

CEP: 70070-905 • Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826

E-mail: revista@cgu.gov.br

www.gov.br/cgu

REVISTA DA CGU

Periódico científico voltado à difusão e promoção do conhecimento e da pesquisa nos seguintes temas: accountability e políticas anticorrupção; controle interno e auditoria pública; governança e riscos; correição e responsabilização administrativa; transparência e controle social; integridade e ética pública; ouvidoria e participação social; prevenção e combate à corrupção; e metodologia de pesquisa aplicada aos referidos temas.

EQUIPE EDITORIAL

Comissão Editorial

Editor-Chefe M. Sc. Daniel Matos Caldeira • Universidade de Lisboa, Portugal

Editora Dra. Danusa da Matta Duarte Fattori • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

Editora M.Sc. Flávia Lemos Sampaio Xavier • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

Editor M. Sc. Flavio Rezende Dematté • Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasil

Editor M. Sc. Vítor César Silva Xavier • Universidade de Brasília (UnB), Brasil.

Editores Especiais

M.Sc. George Moura Colares • Controladoria-Geral da União (CGU)

Dr. Marcus Vinicius de Azevedo Braga • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Dra. Raquel Lima Scalcon • Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) (edição especial Interfaces entre Sanções Estatais)

Conselho Editorial

Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos • Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Dr. Carlos Frederico Pereira da Silva Gama • Universidade Federal de Tocantins (UFT)

Dra. Cecília Olivieri • Universidade de São Paulo (USP)

Dr. César Augusto Tibúrcio Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Dawisson Elvécio Belém Lopes • Universidade Federal Minas Gerais (UFMG)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)

Dr. Ivan Ricardo Gartner • Universidade de Brasília (UnB)

Dra. Janaína Lima Penalva da Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. José Célio Silveira Andrade • Universidade Federal Bahia (UFBA)

Dr. José Matias-Pereira • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Leonardo Secchi • Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC)

Dr. Luciano da Ros • Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Dr. Marco Cepik • Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Dr. Matthew M. Taylor • American University
Dra. Paula Veiga • Universidade de Coimbra
Dr. Robert Gregory Michener • Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EBAPE)
Dr. Rubens Pinto Lyra • Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Dra. Sandra Isabel Rasteiro Firmino • Universidade de Lisboa
Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho • Universidade Federal de Goiás (UFG)

Avaliadores

Dra. Adila Maria Taveira de Lima • Universidade Federal de Tocantins
Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho • Universidade de Brasília
M. Sc. Alzira Ester Angeli • Universidade Federal do Paraná
Dra. Ana Júlia Possamai • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Ana Luíza Aranha • Universidade Federal de Minas Gerais
Dr. Anderson Roberto Pires e Silva • Universidade Federal do Pará
M. Sc. Andréa Lucas Fagundes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Andrea Oliveira Ribeiro • Universidade Federal do Rio de Janeiro
Dr. Antonio Duarte de Lima Júnior • Controladoria-geral da União
M. Sc. Bruno Jorge Fagali • Universidade de São Paulo
Dr. Bruno Mello Souza • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Claudia Cappelli • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Claudia da Silva Jordão • Corvinus University of Budapest
M. Sc. Cláudia Maria de Freitas Chagas • Universidade de Brasília
M. Sc. Daiane Londero • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Daniella Maria dos Santos Dias • Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
M.Sc. Demethrius Pereira Lucena de Oliveira • Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Dra. Elizabeth Matos Ribeiro • Universidade Federal da Bahia
Dra. Érica Bezerra Queiroz Ribeiro • Centro Universitário de Brasília
Dr. Fabio Lopes Soares • Florida Christian University
Dr. Fabrício Vasconcelos Oliveira • Universidade da Amazônia
Dr. Felipe Fernandes Ribeiro Maia • Faculdades Milton Campos
Dra. Fernanda Odilla Vasconcelos de Figueiredo • Università di Bologna
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto • Universidade de Brasília
Dr. Fúlvio Eduardo Fonseca • Universidade de Brasília
Dr. Gills Vilar-Lopes • Universidade da Força Aérea
Dra. Gilmar Mendes da Costa Borges • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Hugo Melo Filho • Università degli Studi di Roma La Sapienza

Dra. Isolda Lins Ribeiro • Universidade Federal de Minas Gerais
Dra. Izabela Moreira Corrêa • London School of Economics
M. Sc. Jacqueline Maria Cavalcante da Silva • Centro Universitário de Brasília
Dra. Jennifer Azambuja de Moraes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Joacy Víctor Araújo • Universidad Nacional de La Matanza
M. Sc. Joeldson Ferreira Guedes • Universidade San Carlos Asuncion
M. Sc. José Antonio Gouvêa Galhardo • Universidade de São Paulo
Dr. José Flávio Bianchi • Universidade de Brasília
Dra. Karina Furtado Rodrigues • Escola de Comando e Estado Maior do Exército
Dra. Layde Lana Borges da Silva • Universidade Federal de Rondônia
M. Sc. Leonino Gomes Rocha • Universidade de Salamanca
Dr. Li Chong Lee Bacelar de Castro • Universidade Católica de Brasília
M. Sc. Lincoln Augusto Santana Telhado • Universidade de Brasília
Dra. Loiva Mara de Oliveira Machado • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Lucas Borges de Carvalho • Escola Nacional de Administração Pública
Dra. Ludmila Melo Souza • Universidade de Brasília
M. Sc. Luma Poletti Dutra • Universidade de Brasília
M. Sc. Maria Fernanda Colaço Alves • Universidade Sorbonne-Paris
M. Sc. Maria Paula Escobar Bins • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Mariana Batista da Silva • Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Mauro Salvo • Banco Central do Brasil
M. Sc. Nyalle Barboza Matos • Universidade de Brasília
M. Sc. Olavo Venturim Caldas • Universidade de Brasília
Dr. Pedro da Silva Moreira • Universidad Autónoma de Madrid
Dra. Priscila Spécie • Universidade de São Paulo
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Ramiro de Ávila Peres • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dra. Raquel Mattos Pimenta • Universidade de São Paulo
Dra. Renata Mendes de Araujo • Mackenzie
Dr. Ricardo Lins Horta • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo de Souza Gonçalves • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello • Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
Dr. Rogério de Souza Farias • Fundação Alexandre de Gusmão
Dr. Romualdo Anselmo Santos • Universidade de Sheffield
M. Sc. Ronaldo José Rêgo de Araújo • Universidade Federal da Paraíba
M. Sc. Sandro Zachariades Sabença • Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio)
Dra. Simone Cristine Araújo Lopes • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dra. Taiana Fortunato Araujo • Universidade Federal do Rio de Janeiro

Dr. Thomaz Anderson Barbosa da Silva • Fundação Getúlio Vargas

M. Sc. Victor Godeiro de Medeiros Lima • Universidade de Brasília

M. Sc. Vladimir Pinto Coelho Feijó • Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

ÍNDICE

EDITORIAL • Por um diálogo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador • 10

Daniel Matos Caldeira e Raquel Lima Scalcon

DOSSIÊ • INTERFACES ENTRE AS SANÇÕES ESTATAIS

Compreendendo o Direito Penal a partir dos Direitos Fundamentais: uma entrevista com a Professora Raquel Scalcon • 13

Entendiendo el Derecho Penal desde los Derechos Fundamentales: una entrevista con la Profa. Rachel Scalcon

Understanding Criminal Law from a Human Rights Perspective: an interview with Prof. Raquel Scalcon

Raquel Lima Scalcon e Marcio Cunha Filho

Notas sobre a Assessoriedade Administrativa no Direito Penal Econômico • 21

Notes on Administrative Complementation in Economic Criminal Law

Notas sobre Accesoriedad Administrativo en Derecho Penal Económico

Chiavelli Facenda Falavigno

O Impacto das Decisões de Tribunais de Contas sobre o Exame Judicial da Tipicidade Objetiva do Crime de Dispensa ou Inexigibilidade Ilegal de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93) e do Novo Crime de Contratação Direta Ilegal (art. 337-E, CP) • 29

The Impact of Court of Auditors Decisions on the Judicial Examination of the Objective Type of the Crime of Illegal Dispense or Non-Requirement of Bidding (art. 89, Law 8.666 /93) and of the New Crime of Illegal Direct Public Procurement (art. 337-e, cp)

El Impacto de las Decisiones del Tribunal de Cuentas en el Examen Judicial del Tipo Objetivo del Delito de Dispensación Ilegal o Inexigibilidad de Licitación Pública (art. 89, Ley 8.666 /93) y del Nuevo Delito de Contratación Directa Ilegal (art. 337-e, cp)

Raquel Lima Scalcon / Felipe Longobardi Campana

Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB • 45

Constitutionality of the Right to Error of the Public Manager of art. 28 of the New LINDB

Constitucionalidad del Derecho al Error del Administrador Público del art. 28 del Nuevo LINDB

Juliana Bonacorsi de Palma e André Rosilho

LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos • 55

LINDB, Covid-19 and Administrative Sanctions Applicable to Public Agents

LINDB, Covid-19 y Sanciones Administrativas Aplicables a Agentes Públicos

Rafael Maffini

Participación Ciudadana Colaborativa, Rendición de Cuentas y Fiscalización. El caso de México • 71

Participação cidadã colaborativa, accountability e fiscalização. O caso do México

Public participation, accountability and oversight, The case of Mexico

Freddy Mariñez Navarro

ARTIGOS

Emergência no Acesso à Informação: O Uso da Lei de Acesso à Informação no Governo Federal Durante a Pandemia de Covid-19 • 87

Emergency in Access to Information: The Use of the Access to Information Law in the Federal Government During the Covid-19 Pandemic

Emergencia en el Acceso a la Información: El Uso de la Ley de Acceso a la Información en el Gobierno Federal Durante la Pandemia del Covid-19

Ana Maria Barcellos Malin, Diogo Luiz De Jesus Moreira, Livia Neto Machado, Marcia Maria Melo Quintslr e Thiara Dos Santos Alves

Auditoria Just-in-Time e Gestão de Riscos no Contexto da Covid-19: A Experiência do ICMBio • 95

Just in Time Auditing and Risk Management in the Context of Covid-19: The ICMBio experience

Auditoria Just-in-Time y Gestión de Riesgos en el contexto de Covid-19: La experiencia ICMBio

Patricia Alvares de Azevedo Oliveira e Fernanda Guedes Araujo

Diagnóstico do Ageism no Serviço Público Brasileiro: A Necessidade de Combater o Preconceito Projetado para o Futuro do Servidor • 106

Diagnosis of ageism in the Brazilian public service: the need to combat the prejudice projected for the future of the civil servant

Diagnóstico de discriminación por edad en el servicio público brasileño: la necesidad de combatir el prejuicio proyectado para el futuro del funcionario

Sérgio Tadeu Neiva Carvalho

DOSSIÊ • CONTROLE GOVERNAMENTAL, PREVENÇÃO E COMBATE DA CORRUPÇÃO

O Farol da Integridade Pública: Um Estudo de Caso sobre o Programa de Integridade da CGU • 122

THE PUBLIC INTEGRITY LIGHTHOUSE: a case study on the CGU integrity program

EL FARO DE INTEGRIDAD PÚBLICA: un estudio de caso sobre el programa de integridad de CGU

Dalila Martins Viol

A Quem Você é Leal? Motivações para o whistleblowing • 142

Who are you loyal to? Motivations for whistleblowing

¿A quién eres leal? Motivaciones para el whistleblowing

Pâmela de Rezende Côrtes

EDITORIAL • Por um diálogo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador

Daniel Matos Caldeira e Raquel Lima Scalcon

A atividade estatal pressupõe responsabilidade, e conseqüentemente, responsabilização. Nesse sentido, muitas são as facetas sancionadoras do Estado. Sobre uma mesma situação fática podem incidir sanções penais, administrativas e civis, fato que traz consigo uma quase infinidade de questionamentos e de conflitos. Ilustrativamente: o que identifica e o que distingue cada sanção? Há algum tipo de *bis in idem* na sua aplicação cumulativa? De que modo seria possível harmonizá-las, isto é, evitar sobreposições indevidas? Há independência plena entre decisões tomadas na esfera administrativa, na esfera cível e na esfera penal? Deveria haver uma relação de prejudicialidade entre tais esferas, de tal maneira a uma impactar a outra? Por quê? Essas são apenas algumas questões de tão palpitante tema.

Ao encontro desses anseios intelectuais, tem-se o dossiê especial “Interfaces entre Sanções Estatais”, que integra esta Edição da Revista da CGU, oferecendo textos doutrinários que enfrentam – cada um a seu modo – o intrigante tema das sanções estatais. A seleção que ora vem à público possui, em nossa opinião, algumas peculiaridades muito interessantes, a saber: (a) elevada qualidade doutrinária dos artigos; (b) diversidade de gênero e de estados dos(as) autores(as); (c) pluralidade de especialidade dos pesquisadores.

De forma inovadora, em relação à Revista da CGU, tem-se que o presente dossiê especial é aberto com uma entrevista da Profa. Dra. Raquel Scalcon, editora-especial desse dossiê, ao professor do IDP Marcio Cunha Filho. Uma forma de suavizar a discussão do tema, de modo a aproximar a mentoria intelectual da edição dos leitores da Revista.

Destaca-se ainda que os *papers* que integram o Dossiê Especial têm em comum o enfrentamento de temas transversais a várias subáreas do direito, ainda que com enfoque nas múltiplas facetas das sanções estatais. No texto “Notas sobre a Assessoriedade Administrativa no Direito Penal Econômico”, a Profa. Dra. Chiavelli Falavigno (UFSC) põe em diálogo direito administrativo e direito penal. O mesmo ocorre no texto “O Impacto das Decisões de Tribunais de Contas sobre o Exame Judicial da Tipicidade Objetiva do Crime de Dispensa ou Inexigibilidade Ilegal de Licitação (Art. 89, Lei 8.666/93) e do Novo Crime de Contratação Direta Ilegal (Art. 337-E, CP)”, escrito em coautoria pela Prof. Dr. Raquel Scalcon (FGV Direito SP), que coordena o Dossiê, e pelo Mestrando Felipe Campana (USP). Ressalta-se que o processo de avaliação do referido artigo foi acompanhado pelo Editor-Chefe, de modo a assegurar o anonimato dos autores e avaliadores, em aderência às melhores práticas éticas e editoriais internacionalmente aceitas.

Já no artigo do Prof. Dr. André Rosilho (FGV Direito SP) e da Profa. Dra. Juliana Palma (FGV Direito SP) – “Constitucionalidade do direito ao erro do gestor público do art. 28 da Nova LINDB” –, o enfoque é a intersecção entre direito administrativo sancionador e direito constitucional; o mesmo ocorre no texto do Prof. Dr. Rafael Maffini (UFRGS) sobre “LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas aplicáveis a Agentes Públicos”. Finalmente, merece destaque a contribuição internacional do Prof. Dr. Freddy Mariñez Navarro, com um instigante escrito sobre “*Participación Ciudadana Colaborativa, Rendición de Cuentas y Fiscalización. El caso de México*”, o qual trata, a um só tempo, de desenhos institucionais anticorrupção e de fomento à participação popular na elaboração de políticas públicas.

A leitura desse conjunto de artigos, cuidadosamente selecionados, demonstra que qualquer análise (que se pretenda) consistente de problemas jurídicos transversais a diferentes campos do conhecimento será tanto mais frutífera quanto maior for o diálogo entre investigadores de diferentes *backgrounds* teóricos e de linhas de pesquisa complementares. Não por outra razão, este dossiê especial foi concebido, desde o seu início, como um local de encontro de pesquisas com essas características. Desejava-se, ademais, que os trabalhos enfrentassem problemas práticos a partir de perspectivas teóricas densas, ofertando soluções concretas consistentes e inovadoras.

Essa edição também contempla três trabalhos provenientes do fluxo contínuo de submissões à Revista. O primeiro traz um relatório preliminar de pesquisa em um projeto desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da UFRJ e do Ibict. O segundo aborda um contexto inovador da auditoria interna do Instituto Chico Mendes, como reflexo do contexto de mitigação dos riscos decorrentes da pandemia. O terceiro apresenta um diagnóstico sobre o etarismo (do inglês, *ageism*) no serviço público brasileiro, notadamente importante em tempos de discussão de uma reforma administrativa.

Essa edição é finalizada com os dois últimos artigos pertencentes ao Dossiê Especial “Controle Governamental, Prevenção e Combate à Corrupção”, o qual é resultante do programa de pesquisa de mesmo nome promovido pela Superintendência da CGU no Estado de Minas Gerais em parceria com a Escola da AGU em Minas Gerais (EAGU/MG) e com a Escola da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ELE/ALMG). O primeiro traz um estudo sobre o Programa de Integridade da CGU e o segundo discute as motivações intrínsecas para a existência do *whistleblowing*.

Por fim, desejamos que esta edição simbolize um sincero convite à reflexão a todos que atuam nas mais diversas frentes da atuação estatal, em especial no controle governamental.

Boa Leitura!

Daniel Matos Caldeira

Editor-Chefe da Revista da CGU

Raquel Lima Scalcon

Editora-Especial do Dossiê “Interfaces entre as Sanções Estatais”

Interfaces entre as Sanções Estatais

Compreendendo o Direito Penal a partir dos Direitos Fundamentais: uma entrevista com a Professora Raquel Scalcon



Entendiendo el Derecho Penal desde los Derechos Fundamentales: una entrevista con la Profa. Rachel Scalcon

Understanding Criminal Law from a Human Rights Perspective: an interview with Prof. Raquel Scalcon

Raquel Lima Scalcon¹ e Marcio Cunha Filho²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.426>

A Revista da CGU inaugura por meio da presente edição uma seção inovadora de publicações acadêmicas em formato de entrevista. O objetivo da nova seção é apresentar à sociedade discussões atuais, relevantes e densas em um formato mais dinâmico e aberto do que a tradicional configuração de artigos acadêmicos. Fomentar novos formatos de comunicação acadêmica e científica é uma obrigação imposta pela realidade em que vivemos: já pertencem ao passado os tempos em que acadêmicos podiam se comunicar apenas entre si e apenas por meio de artigos estritamente acadêmicos. A pluralidade das atuais formas de comunicação – entrevistas de áudio, *podcasts*, vídeos, *newsletters* – precisa ser incorporada pela academia, pois uma ciência que não se comunica com o público em geral é necessariamente mais fechada, menos diversa e menos efetiva.

É uma grande honra inaugurar essa seção com a Profa. Dra. Raquel Lima Scalcon, cuja produção acadêmica é reconhecida nacional e internacionalmente como inovadora e disruptiva. O trabalho da Profa. Raquel é marcado pela transversalidade e interdisciplinaridade: sua compreensão de fenômenos jurídicos se constrói a partir das fronteiras do Direito Constitucional, Administrativo e Penal. Com uma formação ao mesmo tempo abrangente e aprofundada, a obra de Raquel é marcada pela realização de conexões entre diferentes áreas do Direito e da criminologia, pelo estabelecimento de diálogos entre diferentes temas e conceitos e pela articulação entre o teórico e o prático. Essa abordagem dotada de *amplitude* possui algumas fortalezas nem sempre devidamente reconhecidas por uma academia caracterizada pela hiperespecialização: essa abordagem permite o desenvolvimento de um raciocínio mais adaptável, flexível e crítico, e, portanto, mais bem preparado para refletir sobre os novos e complexos problemas com que nos deparamos (Epstein, 2019).

A professora Raquel Lima Scalcon possui graduação e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atuou como pesquisadora visitante em importantes universidades alemãs, como a Universidade Humboldt de Berlin e a Universidade Georg-August de Göttingen, bem como no Instituto Max-Planck, em Freiburg. Foi bolsista pós-doutoral da Fundação Alexander von Humboldt, em parceria com a CAPES. Atuou como professora substituta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e atualmente é professora de Direito penal nos cursos de graduação e pós-graduação da FGV Direito São Paulo. É autora de diversos artigos e de dois livros: “Controle Constitucional de Leis Penais” (Scalcon, 2018) e “Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo” (Scalcon, 2013). Seu próximo livro (“A condição de funcionário público no Direito Penal: casos, conceitos e distinções”) está no prelo e deve ser lançado ainda em 2021.

1 Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

2 Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP – DF).

Nessa entrevista, o leitor terá uma primeira aproximação a alguns dos pontos que Raquel desenvolve com maior profundidade em sua obra. A título de exemplo, uma de suas preocupações discutida na entrevista é a precisão conceitual de termos jurídicos. Muitas vezes as discussões jurídicas ou mesmo acadêmicas atravessam debates conceituais como se se tratasse de tema de menor importância – contudo, boa parte de nossas discordâncias ou dificuldades em construir soluções conjuntas é um desdobramento de uma espécie de ausência crônica de clareza conceitual. Uma ilustração desse problema, trabalhado por Raquel em um de seus recentes escritos (Scalcon; Teixeira, 2020), diz respeito ao termo *corrupção*: todos nós concordamos que o problema existe no Brasil e no mundo há séculos, mas poucas vezes paramos para discutir exatamente o que o termo significa. A primeira etapa para solucionar um problema é identificá-lo corretamente e precisamente. Daí a importância de um debate conceitual e juridicamente rigoroso acerca do conceito jurídico do crime de corrupção.

Também conversamos sobre as capacidades e as limitações do Direito Penal em produzir mudanças comportamentais duradouras. Muitas vezes, enriquecer ou ampliar leis penais é a resposta padrão à qual a nossa sociedade se direciona quando deparamos com um novo problema ou com o agravamento de um problema anterior. Contudo, afirma a profa. Raquel, quanto mais apostamos em respostas penais, mais nos decepcionamos com a falta de efetividade da atuação estatal. Apesar de sabermos teórica e empiricamente que leis e instituições penais não são boas indutoras de comportamento individual ou coletivo, continuamos a ter por elas uma atração que é explicada mais pelas emoções e impressões humanas do que por evidências empíricas e científicas. Muitas vezes clamamos por respostas penais sem perceber os graves riscos associados a elas: o Direito Penal restringe liberdades básicas das pessoas, atinge desproporcionalmente pessoas vulneráveis, ameaça valores inerentes da nossa democracia. Essa preocupação com a liberdade humana é, na verdade, o ponto de partida de toda a reflexão da Profa. Raquel, o que explica a sua análise do Direito Penal a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Não é à toa, aliás, que uma das obras que a Profa. Raquel indica em sua entrevista é o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2012).

Talvez uma parte de nossas esperanças pouco fundadas no Direito Penal decorra da nossa dependência da mídia para “traduzir” questões jurídicas à população geral. Muitas vezes esse processo de tra-

dução não é realizado de modo condizente com as nuances e complexidades de discussões jurídicas, o que pode alimentar ainda mais nossas equivocadas esperanças acerca das possibilidades das instituições penais. Muitas vezes, essa comunicação distorcida de processos jurídicos é ao mesmo tempo alimentada e capitalizada por atores políticos que possuem uma agenda política própria (Haltom; McCann, 2004).

Também conversamos sobre outros temas, como os viesamentos sistêmicos da academia e da produção científica, ainda desproporcionalmente centrada em homens brancos. Os dados no Brasil sobre o tema são escassos, mas em países do norte global muitos veículos acadêmicos estão construindo “comitês de diversidade” para estudar as desigualdades sistêmicas na academia e propor soluções. Nesse sentido, dados da *Royal Society* britânica mostram a persistência de disparidades de gênero e raça em toda a sua produção acadêmica.³

A profa. Raquel Scalcon liderou a presente edição especial da Revista da CGU. Aqui, ela é entrevistada por Marcio Cunha Filho, auditor da CGU e professor do IDP.

MARCIO CUNHA FILHO: Profa. Raquel, muito obrigado por aceitar liderar a presente edição especial e por realizar essa entrevista. Quero começar perguntando sobre o conjunto da sua obra. Você é uma pesquisadora multidisciplinar, com estudos publicados em Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Há um fio condutor comum ou uma mensagem central em toda sua obra?

RAQUEL LIMA SCALCON: Obrigada, de início, agradeço muito a oportunidade de coordenar a Edição Especial. De fato, talvez essa seja uma marca da minha produção – não ser tão concentrada em um único ramo do Direito. Trato de temas de Direito Penal, com foco em dogmática penal, mas não me limito a isso. A explicação dessa marca está nas peculiaridades da minha trajetória. Quando comecei a faculdade, tinha muito interesse em Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Direito Constitucional. Somente depois de ter contato com esses ramos é que comecei a estudar mais a fundo o Direito Penal mais a fundo; contudo, nunca consegui vê-lo como uma área completamente autônoma ou desvinculada das demais áreas do Direito. Por olhar o Direito Penal sempre a partir do Direito Constitucional e da Teoria do Direito, vejo-o como parte de um todo maior,

³ Veja, nesse sentido, relatório disponível em <https://royalsociety.org/topics-policy/diversity-in-science/diversity-data/>

como um conjunto de prerrogativas estatais que precisa ser pensado a partir de preocupações teóricas e constitucionais de fundo. Quando falamos de Direito Penal, estamos falando sobre o perigoso poder estatal de criminalizar condutas e, com isso, de privar os cidadãos de liberdade. Por essa razão, a decisão de criminalizar uma conduta sempre é uma decisão de limitar e de restringir o direito fundamental de liberdade. Então, enxergo e analiso o Direito Penal a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Essa visão mais ampla acabou marcando as minhas preocupações teóricas e empíricas. Isso se traduz em uma preocupação em ser bastante analítica em cada categoria dogmática que uso.

Por outro lado, o meu olhar, por mais amplo que pretenda ser, não é capaz de abarcar questões de criminologia e de política criminal, justamente porque meu referencial é outro. Todavia, no contexto de um país como o Brasil, não se pode ignorar as repercussões, no Direito Penal, das nossas intensas e sistemáticas desigualdades. Isso porque as desigualdades econômicas e sociais se espelham no nosso sistema legal, cujo aparato policial-repressivo incide de maneira muito desproporcional sobre pessoas em situação de vulnerabilidade. Assim, quanto mais desigual um país, tanto mais seletivo será o seu sistema de justiça criminal. Logo, embora eu aprecie muito o fato de minha produção ser bastante dogmática, conceitual e analítica, sei que não consigo abarcar nela, com grande profundidade, questões de ordem político criminal ou de ordem criminológica. O meu lugar de fala é a partir da Constituição, mas não desconheço a incompletude do meu olhar. Acho que a mensagem acaba sendo essa: todo trabalho de um pesquisador vai demandar recortes e referenciais teóricos específicos, deixando-se outros de lado. O importante é reconhecer as limitações de nossos trabalhos científicos e ser transparentes com relação a isso.

MCF: Nesse sentido, você se considera uma generalista ou uma especialista?

RLS: A pergunta é interessante. Eu diria que me “arrisco” bastante nas produções, pois transito por diferentes ramos do Direito. Por exemplo, nos meus estudos recentes sobre crimes contra a Administração Pública ou mesmo sobre o conceito penal de funcionário público, busco um diálogo profundo com Direito Administrativo. Para um administrativista, provavelmente o meu argumento não seja irrelevável. Ao mesmo tempo, para quem trabalha exclusivamente com dogmática penal, é difícil e raro encontrar a promoção desse diálogo com categorias do Direito Administrativo. Para ilustrar a importância

de promovê-lo, acredito que, quando discutimos crimes licitatórios, não é possível realizar uma análise dogmática consistente sem compreender mais profundamente como funciona uma licitação. Sendo assim, esses diálogos que busco fazer não me tornam uma generalista, mas me tornam uma penalista preocupada em ir um pouco além da dogmática estritamente penal. Por exemplo, na minha tese, escrevi sobre controle constitucional de leis penais. O diálogo com categorias do Direito Constitucional teve de ser muito intenso, e, novamente, talvez um constitucionalista possa apontar falhas, já que sou, em primeiro lugar, uma penalista. Daí porque expliquei, no início da resposta, que me “arrisco”. Ocorre que desconfio de uma dogmática penal que não dialogue com outros ramos do Direito e da ciência em geral. Na prática, o que me instiga é entender as múltiplas facetas sancionadoras da atuação estatal.

MCF: Muito interessante. Talvez a classificação “generalista” ou “especialista” seja menos importante, mas o interessante de sua obra é realmente que ela faz esses diálogos, constrói pontes que me parecem muito raras no Direito, em que muitos pesquisadores têm um desinteresse ou uma falta de preocupação em olhar para além do que David Epstein (2019) chama de “trincheiras do conhecimento” (ramos do conhecimento muito específicos que não dialogam com outros). Acredito que essa abordagem tradicional do Direito tende a criar profissionais com uma visão jurídica muito fragmentada, o que acho que tem muito mais prejuízos do que eventuais críticas que essa abordagem possa ter.

RLS: Como dizia um grande professor que tivemos na Federal do Rio Grande do Sul, Prof. Tupinambá Pinto de Azevedo, “quem só sabe Direito Penal não sabe Direito Penal”. Acredito nesse pensamento e busco promover tal ideia concretamente em minhas pesquisas.

MCF: Sim, e acredito inclusive que o nome dessa edição especial – Interfaces do Poder Sancionatório do Estado – reflete um pouco essa ideia. Mudando de assunto, Raquel, um dos fatores que pensamos quando começamos a arquitetar essa edição especial, ao qual você chamou atenção desde o início, foi a necessidade de termos pesquisadoras mulheres escrevendo.

Eu queria te perguntar quais são as consequências negativas de um campo que, pelo menos olhando de fora, me parece um campo muito fechado e eu diria muito masculino, no sentido ruim da palavra. O Di-

reito Penal parece ser um campo em que predomina uma lógica masculinizada em termos de estrutura de escrita, de temas que são pesquisados, de hierarquias tácitas que são seguidas. De novo, eu estou olhando de fora, mas o que você acha que são prejuízos concretos da falta ou da marginalização de vozes femininas no campo, como um todo, no país?

RLS: Acho que essa é uma pergunta bem importante. Não basta dizer o óbvio. É insuficiente afirmar que “precisamos de mais espaço para mulheres”. Assim como é insuficiente simplesmente manter-se neutro frente a desigualdades de gênero e a outras formas de exercício arbitrário de poder – afinal, neutralidade em relações muito desiguais equivale, na prática, a um alinhamento com o lado opressor. Devemos ir além disso. Logo, quando pensamos a edição especial, as nossas preocupações foram duas: a primeira (que não conseguimos plenamente concretizar) foi a de obter trabalhos de diferentes regiões do país; a segunda, a de ter uma representatividade feminina substancial. Penso que mais do que a questão de gênero, o que nos moveu foi a questão da diversidade em geral, no Direito ou fora dele. A diversidade traz consigo a universalidade de pensamento, que está no próprio nome das “Universidades”: histórias diferentes, pesquisadores e pesquisadoras com experiências ímpares e com trajetórias complementares etc. Não tenho dúvida de que isso nos leva a uma construção científica muito melhor e mais interessante. Aqui na edição especial nós tentamos, de forma muito singela, fazer isso. Essas pequenas iniciativas são fundamentais. Um exemplo pessoal disso, de que devemos assumir responsabilidade para provocar pequenas transformações que podem se acumular, foi quando eu, como professora mulher, percebi que meus próprios planos de ensino não refletiam a diversidade que eu desejava, e tomei passos no sentido de consertar isso. Assim, ao elaborar meus planos, comecei a indicar textos obrigatórios e complementares que refletissem um pouco mais esse valor da diversidade. Meu “défaut” era pensar em referenciais teóricos não diversos, e percebi que talvez estivesse faltando um pouco de esforço da minha parte. Por isso, eu fui buscando mais diversidade – e fui encontrando. Acho muito cômodo manter um plano de aula com as mesmas referências de sempre. Por isso, buscar diversidade exige também esforço. Ademais, os próprios estudantes cada vez mais clamam por essa diversidade – e nela veem um grande valor a ser promovido.

MCF: Você escreve também sobre aborto, você acha que esse é um tipo de discussão em que ignorar

vozes diversificadas nos leva a discussões que não conseguem avançar? Ou seja, se realmente incorporássemos a diversidade como pressuposto para formação do conhecimento não veríamos um giro na nossa forma de abordar essa e outras discussões?

RLS: Essa é uma discussão complexa. Teríamos de fazer um comparativo com outros países para assegurar quais variáveis foram decisivas para soluções diferentes no Brasil e na Argentina, por exemplo. Será que em países que legalizaram o aborto a questão foi conduzida com mais diversidade em todos os âmbitos, inclusive no âmbito político? Será que se trata de uma questão de cultura mesmo, questão de importância da religião? Existem muitas explicações possíveis, mas eu não tenho dúvida de que o aumento da diversidade na academia vai fazer com que certos temas como esse ganhem mais importância e que o debate em torno deles ganhe mais amplitude, repercuta mais. De qualquer forma, e abordando o tema de forma mais geral e sob o ponto de vista político, existem muitos estudos que demonstram que diversificar e ampliar os espaços de pensamento e deliberação aumenta a capacidade de reflexão de um grupo (Hong; Page, 2004; Landemore, 2020). Ou seja, resumindo, a capacidade de reflexão de um grupo é maior do que a soma individual de suas partes.

MCF: O Direito Penal é frequentemente acusado de ser seletivo, de atingir de maneira muito desproporcional pessoas mais vulneráveis e ao mesmo tempo ser leniente com os mais poderosos. Você enxerga essa mesma seletividade no Direito Administrativo Sancionador? Em caso positivo, de que forma essa seletividade ocorre? E eu estou correto em pensar que tem menos estudos sobre essa possível seletividade?

RLS: A pergunta é muito interessante, porque realmente não é algo muito discutido. Acho que a pergunta de fundo é se essa seletividade engloba tudo o que nós chamaríamos de sanções estatais, incluindo sanções penais e sanções não penais, que seriam do Direito Administrativo Sancionador. A questão é importante, porque muitos crimes previstos no Direito penal estão fortemente conectados a atos considerados ilícitos administrativos – por exemplo, no âmbito do mercado de capitais, do sistema financeiro nacional etc. Penso que, quando estamos falando de sanções estatais, é difícil não haver algum grau de seletividade. A seletividade é intrínseca à atuação sancionadora estatal, pois sempre há escolhas com relação a que comportamentos o Estado punirá. Há problemas que se desdobram: o que punir, quem punir, como punir, quando punir, por que punir etc. Essa seletividade se

operacionaliza em diversos níveis: o primeiro nível se dá quando nos perguntamos quais condutas serão (a) ilícitos penais e quais condutas serão meros (b) ilícitos administrativos. Um segundo nível dessa seletividade se operacionaliza quando nos perguntamos o seguinte: à luz já dessa primeira decisão seletiva, quais pessoas, com quais características, serão processadas e eventualmente punidas por realizarem as condutas que foram selecionadas como ilícitos penais e as condutas que foram selecionadas como ilícitos administrativos? Então, com certeza, nesses dois níveis existe uma seletividade no Direito Administrativo Sancionador, porque há uma escolha política sobre quais condutas serão ilícitos administrativos e sobre quem será concretamente sancionado. Talvez nesse segundo nível a seletividade do Direito Administrativo Sancionador seja potencialmente mais problemática do que no processo penal ordinário, porque no direito administrativo não há, em regra, órgãos com um desenho institucional totalmente independente e imparcial, como é o caso (ou deveria ser) no Judiciário. Em se tratando de processos administrativos disciplinares, como os que ocorrem nos Tribunais de Contas ou nas corregedorias internas de órgãos públicos, os órgãos decisórios não estão estruturados com a independência e a imparcialidade próprias de uma Corte Judicial. Então, a pergunta é, “esse diferente desenho institucional gera uma seletividade maior?” Bem, considerando o Direito Administrativo Sancionador, chama-me a atenção a seletividade nos processos administrativos realizados contra servidores, nos chamados PADs. Isso porque, quando os processos administrativos envolvem pessoas físicas, temos uma espécie de espelhamento das estruturas de poder existentes em um processo penal. Assim, vejo um risco de uso político desses mecanismos típicos dos PADs, justamente porque aqui nós temos pessoas físicas mais vulneráveis – do ponto de vista estritamente hierárquico – dentro da Administração Pública.

MCF: Entrando um pouco no seu artigo nesta edição especial, Raquel, você fala das licitações e crimes relacionados a licitações. As licitações são um assunto muito transversal que interessa a acadêmicos de todas as áreas, incluindo direito administrativo, constitucional, transparência pública, e a acadêmicos e agentes públicos preocupados em discutir a face sancionadora do Estado. A licitação é uma atividade rotineira do Estado, todos os poderes de todas as esferas do governo realizam diariamente centenas de compras, gastando bilhões de reais por ano. Sobre esse tema, existem estudos que apontam as licitações como um dos gargalos institucionais em

políticas anticorrupção, porque atos de desvios e corrupção são difíceis de detectar frente a editais muito técnicos, detalhados e específicos. Essa situação se tornou ainda mais complexa com as múltiplas necessidades de realização de compras emergenciais para atender a crise sanitária que vivemos desde 2020. Minha pergunta aqui é: você acha que o Judiciário, por meio do Direito Penal, consegue dar respostas satisfatórias a problemas relacionados a licitações? Ou seja, o Judiciário é um ponto de controle que dá conta de acompanhar, monitorar e eventualmente sancionar essa atividade estatal tão corriqueira e ao mesmo tempo tão complexa e com tantos pontos de vulnerabilidade, ou seja, com tantas possibilidades de fraudes, de acertos, de combinações?

RLS: Eu sou bastante cética quanto à possibilidade de o Direito Penal prevenir crimes, não apenas crimes licitatórios. Realmente essa questão das licitações é uma das grandes discussões atuais no Brasil, inclusive temos uma nova lei recentemente em vigor. A tensão que existe aqui parece ser esta: em um contexto em que bilhões de reais bem como necessidades concretas da população estão em jogo, como conciliar ao máximo os princípios da Administração Pública com a ideia de permitir sempre a melhor compra para o Estado? A primeira pergunta que precisamos fazer, e que frequentemente tomamos como algo dado, é a seguinte: “o que nós queremos quando estruturamos uma lei de licitações?”. Buscamos mais celeridade, melhor custo-benefício? Buscamos coibir fraudes e fomentar o caráter competitivo? Penso que o legislador considerou que uma grande quantidade de formalidades a serem cumpridas seria uma boa forma de tentar equacionar tais objetivos. Contudo, tais formalidades não trazem celeridade e, na prática, não têm sido capazes de evitar desvios. O fato é que sempre que existam formalidades, haverá também espaço para manipulá-las em favor de interesses não públicos. É relativamente fácil desviar-se de formalidades legais sem infringir claramente a lei. De outro lado, também é preciso ter em mente que nem toda infração a regras licitatórias e suas formalidades significa má-fé. Erros por parte de gestores públicos não são o mesmo que condutas ilícitas. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aponta que é preciso avaliar a conduta do administrador à luz do seu contexto. Então, por exemplo, quando temos licitações em tempos de pandemia, há, sim, um risco de fraudes, mas também há situações de grande incerteza que servirão de premissa à tomada de decisão do administrador. Por exemplo, a volatilidade do preço de respiradores ou de máscaras, o

risco da falta do produto, o aumento dos preços pós-pandemia, a projeção de compra (quantos respiradores precisamos comprar etc.). O que muito me preocupa é a tendência de o sistema de justiça criminal ver a licitação como uma ciência exata, e isso não é coerente com a realidade prática do gestor público.

MCF: Você acha que a pandemia iniciada em 2020 provocou transformações muito grandes nessa área do Direito Penal licitatório? Eu sei que às vezes demora para ver, mas é possível já visualizarmos alguma mudança significativa na interpretação das regras ou mesmo nas regras em si?

RLS: Eu acho que pode ter impactado. Tivemos uma série de leis na pandemia que afrouxaram um pouco algumas regras licitatórias e isso foi imediatamente visto como um incentivo a fraudes e desvios. Não há uma relação necessária aqui. Diante da situação de emergência, era necessário abrir mão de algumas formalidades. Preocupa-me, é claro, o impacto disso ao longo dos próximos anos. Tivemos muitas denúncias envolvendo compras públicas na pandemia. Será preciso um grande esforço e muita sensibilidade justamente para distinguir a “gestão da emergência” da fraude intencional. Ora, diante da incerteza e da premência de tempo, penso que cabia ao gestor público a “arte do possível”. Parece-me justo que tenhamos mais tolerância a erros do gestor em contexto de emergência de saúde.

MCF: Eu acho muito interessante essa visão de que talvez fosse realmente necessário adotar medidas diferentes, leis diferentes, menos formais, porque precisávamos fazer algumas compras de maneira mais sistemáticas para combater a pandemia. Mas você não acha que tem um risco muito grande dessas medidas emergenciais, medidas para combater crises, se normalizem e se estabilizem? Porque isso é também uma história que já ocorreu outras vezes, em termos de medidas em princípio emergenciais adotadas para combater crises específicas acabarem se consolidando mesmo depois do final da crise. Podemos pensar nos EUA, na legislação que surgiu depois do 11 de setembro e que em grande parte permanece em vigor até hoje. Você não acha que em relação a compras públicas há esse risco de flexibilizarmos de uma maneira permanente as formalidades da licitação?

RLS: Há dois pontos aqui. Primeiro, há doutrinadores que defendem que formalidades em excesso

nem sempre impedem fraudes⁴. Se seguirmos essa posição, poderíamos então dizer que essas formalidades são menos importantes do que comumente pensamos. Eu realmente não tenho uma posição segura sobre isso. A segunda questão é que, diante da nova lei de licitações, não vejo uma notória redução nas formalidades. No fundo, o objetivo da legislação é evitar que se faça uma má compra, seja porque se comprou o que não se precisava, seja porque se comprou algo muito acima do preço e com qualidade muito inferior, seja porque não houve uma possibilidade de competição. Há uma série de questões envolvidas e creio que há uma pergunta ainda não respondida empiricamente: se nossas licitações demandam muitas formalidades, as empresas precisam de muitos requisitos para poderem participar das licitações, qual seria o impacto disso sobre as possibilidades de fraude? Partimos do pressuposto de que formalidades são necessárias para evitar atos ilícitos, mas precisamos ainda descobrir quais formalidades e em que contexto elas produzem os efeitos desejados. Em alguns casos, os efeitos talvez não sejam imediatos, mas isso não significa que elas não produzam efeitos. Como exemplo dessa ideia, trago uma situação concreta: pesquisei em Berlim, no meu pós-doutorado e descobri que não há tantas exigências de transparência para as empresas estatais alemãs. As exigências lá são muito menores do que no Brasil. Isso é algo que me chamava a atenção por ser contraintuitivo, até estranho: como pode haver menos transparência e mesmo assim menos corrupção? Essa constatação indica que fatores institucionais sobre os quais depositamos muitas esperanças muitas vezes podem não ter os impactos que imaginamos que teriam. Mais formalidades e mais transparência não significam necessariamente – e sempre – processos de compras mais idôneos.

MCF: Eu queria te perguntar sobre a relação entre mídia, sociedade e Direito Penal. Qual é o seu diagnóstico sobre essa relação no contexto atual do Brasil? Muitas vezes parece que a forma com que decisões penais (tanto judiciais quanto as legislativas) são comunicadas à sociedade favorece uma visão que é o oposto ao que você chama em alguns de seus artigos de racionalidade legislativa – que segundo seus artigos significa decidir a partir da reflexão, da calma, da contraposição de ideias (Scalcon, 2019). Parece que cada vez mais tomamos decisões altamente consequentes a partir de emoções, e muitas

4 Ilustrativamente, ver a obra de ROSILHO, André. *Licitações no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, *passim*. Salienta-se que um artigo de autoria do Prof. Rosilho integra esta Edição especial.

vezes emoções não muito nobres, como desejos de vingança, raiva, ódio. Você não acha que isso pode alimentar um sentimento deletério de precisamos de mais respostas penais, ou respostas penais mais agressivas, quando isso foge a qualquer critério de racionalidade?

RLC: Esse é um tema bastante caro a pesquisadores de Direito Penal. O que me preocupa é a excessiva exposição de casos penais na mídia de forma nem sempre cuidadosa. A maneira como as informações sobre os casos e as decisões são apresentadas pode criar falsas expectativa sobre o que o Direito Penal é supostamente capaz de fazer – reduzir a violência, reduzir a corrupção, reduzir a desigualdade. O problema é que, ao alimentar essas expectativas na população, vamos paulatinamente nos mantendo em um permanente estado de frustração quanto à efetividade do sistema de justiça criminal. Essa frustração – que muitas vezes se traduz em uma amorfia e vaga “sensação de impunidade” – traz como resultado um desejo de mais direito penal, de mais punição. Na prática, isso significa mais prisões, mais pena, mais pessoas encarceradas. Contudo, esse aumento punitivo não conterà a constante quebra de expectativas, porque não trará – automaticamente – uma solução para o desvio, para a criminalidade. Para além dessa enorme expectativa que às vezes é explorada pela mídia, há outros pontos sensíveis nessa relação. Cito aqui a divulgação excessiva de alguns casos criminais, uma divulgação que muitas vezes expõe em demasia as pessoas envolvidas, inclusive quando o caso ainda está na fase de investigação preliminar (isto é, de inquérito penal). Temos um problema grave quando a mídia se antecipa ao direito penal e profere julgamentos de valor, expondo as pessoas. Isso gera, penso, prejuízos concretos a direitos de personalidade desses cidadãos. Explico: no fim do dia, pouco importará se essa pessoa vier realmente a ser denunciada, se será ou não acusada, se será ou não condenada etc. Uma foto de uma operação policial de busca e apreensão, na casa do(a) investigado(a), às 6 da manhã, cria uma percepção de culpa que é muito difícil de reverter. É uma marca indelével na história daquele sujeito.

MCF: Eu também gostaria de pedir a recomendação de três livros jurídicos que tenham te influenciado muito e que você recomenda para mais pessoas.

RLS: Um livro que eu indicaria é do Prof. Ronald Dworkin, “Domínio da Vida” (Dworkin, 1993. Tradução brasileira: 2009). Uma discussão sobre aborto, eutanásia e liberdade individual”. A sua leitura foi e continua sendo muito impactante para mim. Não por acaso, tanto a discussão quanto ao começo quando ao fim da vida são problemáticas no Direito em geral e também no Direito Penal. Um outro livro marcante foi a “Teoria dos Direitos Fundamentais” (Alexy, 1985, tradução brasileira em 2012) Ambos os livros, à sua maneira, marcaram minha formação. O Prof. Alexy é extremamente analítico e até usa fórmulas matemáticas. Sua obra foi decisiva para eu seguir estudando o Direito Penal com um olhar interessado ao Direito Fundamental de liberdade. O livro de Alexy é especialmente interessante também pelo seu pano de fundo. Ele escreve quando a Alemanha ainda estava dividida e sustenta que há Direitos Fundamentais também “sociais” (ou direitos a prestações positivas do Estado). Contudo, tais direitos não estavam positivados na Constituição alemã. Ora, a Constituição de Bonn foi promulgada logo após o término da Segunda Guerra, em 1949, no lado “ocidental”. Falar em direitos sociais ou positivá-los, naquele momento, parecia ceder para uma doutrina mais “socialista” ou “comunista”. Encurtando uma longa história, fato é que, tempos depois, quando a Alemanha já estava reunificada, há algumas decisões do Tribunal Constitucional Alemão que dão razão a Alexy, admitem essa categoria, ainda que ela não conste expressamente na Constituição de Bonn. Esse clássico livro, portanto, traz consigo um contexto muito interessante. Um terceiro livro seria “Mulheres na Advocacia”, de Patrícia Tuma Martins Bertolin (2017). Trata-se de uma belíssima etnografia feita dentro dos dez maiores escritórios full services do Brasil. A autora trata com sensibilidade e visão crítica a dificuldade de mulheres fazerem carreiras de sucesso em tais escritórios, valendo-se de depoimento de sócias, advogadas e estagiárias. Ela relata haver uma espécie de “teto de vidro”, ou seja, um limite à ascensão de mulheres, que pode ser mais ou menos intenso a depender do escritório.

MCF: Muito obrigado pela entrevista e por esse espaço muito rico de diálogo, Raquel.

RLC: Obrigada a vocês.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012 [1985].
- BERTOIN, Patrícia Tuma Martins. *Mulheres na Advocacia: Padrões Masculinos de Carreira ou Teto de Vidro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- EPSTEIN, David. *Range: Why Generalists Triumph in a Specialized World*. New York, Riverhead Books, 2019.
- HALTOM, William; McCANN, Michale. *Distorting the Law: Politics, Media and the Litigation Crisis*. Chicago, University of Chicago, 2004.
- HONG, Lu; Page, Scott. Groups of Diverse Problem Solvers can outperform groups of high-ability problem solvers. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, n. 101 (46), v. 46.
- LANDEMORE, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton, Princeton University Press, 2020.
- SCALCON, Raquel L. *Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.
- SCALCON, Raquel L. *Controle Constitucional de Leis Penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SCALCON, Raquel L. Rationality of the Legislative Process as a Material Element in Constitutional Control. *Rechtsphilosophie - Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, v. 5, p. 88-98, 2019.
- SCALCON, Raquel; TEIXEIRA, A. Main Dogmatic Aspects of Corruption Crimes in Brazil Related to Operation Car Wash. In: Fabio Ramazzini Bechara & Paulo C. Goldschmidt. (Org.). *Lessons of operation Car Wash: A Legal, Institutional and Economic Analysis*. 1ed. Washington: Wilson Center, 2020, v. 1, p. 112-123.



Raquel Lima Scalcon

<http://orcid.org/0000-0001-9817-9229>

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

raquelscalcon@gmail.com

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora, desde 2019, nos cursos de Graduação, de Pós FGV Law (Penal Econômico e Compliance) e de Mestrado Profissional (Linha Direito Penal Econômico) na FGV Direito SP. Estágios de pesquisa pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ambos na Alemanha.



Marcio Cunha Filho

<https://orcid.org/0000-0002-4649-8049>

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP – DF)

marcio.filho@idp.edu.br

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor nos cursos de graduação e mestrado acadêmico em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Líder do grupo de pesquisa Direito e Ciência Comportamental. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília.

Notas sobre a Assessoriedade Administrativa no Direito Penal Econômico¹

Notes on Administrative Complementation in Economic Criminal Law

Notas sobre Accesoriedad Administrativo en Derecho Penal Económico

Chiavelli Facenda Falavigno²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.328>

Resumo: O presente texto tem como objetivo realizar uma breve discussão sobre a ocorrência de assessoriedade administrativa no Direito Penal Econômico, conceituando os dois institutos e explorando, por meio da análise de tipos legais, a relação existente entre eles. Por fim, pretende-se verificar quais alterações podem ser propostas na matéria de forma a sanar, na medida do possível, eventuais violações à legalidade penal. A metodologia utilizada é primordialmente revisão bibliográfica.

Palavras chaves: Assessoriedade administrativa; Direito Penal Econômico; Legalidade penal.

Abstract: The purpose of this text is to conduct a brief discussion on the administrative complementation in Economic Criminal Law, conceptualizing the two institutes and exploring, through the analysis of criminal types, the relationship between them. Finally, it intends to make some proposals in order to minimize, as far as possible, any violations of criminal legality. The methodology is mainly bibliographic review

Key words: Administrative complementation; Economic Criminal Law; Criminal legality.

Resumen: Este texto tiene como objetivo realizar una breve discusión sobre la ocurrencia de la accesoriedad administrativa en el Derecho Penal Económico, conceptualizando los dos institutos y explorando, a través del análisis de tipos jurídicos, la relación entre ellos. Finalmente, se pretende verificar qué cambios se pueden proponer en la materia para remediar, en la medida de lo posible, las violaciones a la ley penal. La metodología utilizada es principalmente revisión bibliográfica.

Palabras clave: Accesoriedad administrativo; Derecho Penal Económico; Legalidad penal.

1 Artigo submetido em 18/08/2020 e aprovado em 24/03/2021.

2 Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

INTRODUÇÃO

A assessoriedade administrativa do Direito Penal não pode ser chamada de um fenômeno recente, uma vez que, mesmo em tipos da redação originária do Código, que data de 1940, se pode observar o uso das chamadas normas penais em branco próprias ou heterônomas, que são as que se deixam complementar por regras infralegais. Nesse caso, observa-se o fenômeno, sobretudo, em delitos relacionados à saúde pública, como os artigos 268 e 269,³ que demandam regulamentação técnica especializada.

Contudo, o que se pode vislumbrar nos últimos anos é, na esteira da expansão do próprio Direito Penal, um aumento no número de normas criminalizadoras que necessitam de regulação, principalmente em algumas áreas que se convencionou chamar “novos bens jurídicos”, ou bens jurídicos ditos coletivos e supraindividuais. Tais bens são afeitos aos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, que possuem, em regra, natureza indivisível e titularidade indeterminada. É nesse setor, aliás, que se situam as condutas relacionadas à economia.

Tal fato tem, sem dúvida, diversas causas. Pode-se aventar, por exemplo, a passagem de atividades típicas da Administração para o setor privado, com a permanência de extensa regulação pública, que passa a fazer parte dos tipos de forma quase obrigatória para conceituar elementos e definir condutas⁴ - sobremaneira em um setor composto por muitos procedimentos, como é o caso da economia. Além disso, a própria influência internacional no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento de atos terroristas acaba por influenciar, em um mundo globalizado, a adoção de uma política criminal nacional

que imponha regras mais duras para quaisquer transações financeiras.⁵

Pode-se, no entanto, compatibilizar essas criminalizações características de um Direito Penal ainda em construção com princípios basilares e clássicos da matéria, como a legalidade? Em caso negativo, dever-se-ia, então, readequar tais princípios ou, de outra banda, questionar a política sancionadora que demanda o uso da tutela penal para tais fins? Em uma postura intermediária, o artigo se propõe a apresentar tais problemas e também algumas perspectivas e possibilidades de solução que possam, em alguma medida, atenuar as consequências nocivas do emprego excessivo de ditas técnicas legislativas.

1. A ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL

Entende-se por assessoriedade administrativa o uso de regramentos de natureza infralegal para complementar, em referências diretas ou indiretas, o conteúdo da norma penal, conceituando elementos ali dispostos ou, ainda, completando o mandamento proibitivo.

A compreensão da norma penal, portanto, passa a depender do conhecimento, pelo destinatário e pelo intérprete, de regras pertencentes a outros setores, uma vez que, sem estas, não é possível aferir-se inteiramente o comportamento proibido. A expansão do Direito Penal para atividades que dependem de regulação especializada é uma das principais causas do emprego de dita técnica legislativa, pois se torna cada vez mais difícil a confecção de um tipo que não preveja termos ou atos próprios do direito administrativo. Assim, o Legislador faz uso, frequentemente, de regras administrativas na composição dos tipos penais, o que não impede a dupla punição - penal e administrativa - e, ainda, coloca em xeque a existência de violação real a bem jurídico, pois dá origem a um direito penal administrativizado,⁶ regulatório ou procedimental.

3 Nos debruçamos sobre esse tema no artigo A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/falavigno-assessoriedade-administrativa-direito-penal>. Acesso em 02.05.2020.

4 “(...) em razão da assessoriedade que com frequência vincula o Direito Penal e o Direito Administrativo, encontrariam uma pretensa justificativa, em razão de o Direito Penal passar a se debruçar sobre questões até então estranhas a ele, tais como atividades financeiras, produtivas, e o equilíbrio ambiental, devendo, por isso, incorporar uma nova e complexa gramática, própria de outras áreas do Direito. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 124).

5 Sobre a influência externa na criminalização de condutas relacionadas à economia, cite-se ESTELLITA, Heloísa. “Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil”; “Exercício da advocacia e a nova regulação europeia”; ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. “Tax exchange of information and International cooperation in Brazil”.

6 DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal?: lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 10, 18/19, p. 453-479., 2005. P. 457

A dificuldade de se delimitar as fronteiras e as relações existentes entre o direito penal e o direito administrativo se reflete tanto em sua vertente material, quanto processual, ocorrendo a sobreposição de normas, procedimentos e sanções. O ordenamento punitivo é pensado de forma não integrada, o que se agrava com o entendimento a respeito da independência das esferas e com a dificuldade de se delimitar se há ou não uma diferenciação possível entre o ilícito penal e aquele meramente administrativo.⁷

Importante salientar que se utiliza, nesse trabalho, a grafia assessoriedade, pois se entende, na esteira do pensamento de Helena Lobo da Costa,⁸ que o direito administrativo assessora o direito penal, e não se trata de um mero acessório deste, conforme concepção adotada por outra parcela da doutrina.⁹

1.1. As formas de Assessoriedade Administrativa

São muitos os autores que já se debruçaram sobre a questão da complementação administrativa do Direito Penal, como Günter Heine,¹⁰ Norberto Mata Barranco,¹¹ Maria Dulce Santana Vega,¹² Antonio Doval Pais,¹³ Luis Greco,¹⁴ dentre outros. Nacionalmente, pode-se citar Helena Lobo da Costa,¹⁵ Ala-

miro Velludo Salvador Netto,¹⁶ Pablo Rodrigo Alflen da Silva,¹⁷ Frederico Horta,¹⁸ etc.

Sabendo-se da complexidade do tema e das diversas dissidências nele existentes, porém sendo necessária a adoção de uma corrente para prosseguir esse estudo, sabe-se que predomina na doutrina pátria a divisão cunhada por Mata Barranco, segundo a qual a assessoriedade pode ser conceitual, de direito ou do ato. Importante mencionar, a título de observação, que há, também, assessoriedade no Direito Penal por outros ramos além do administrativo, como o civil e o trabalhista, sobretudo conceitual e interpretativa ou jurídica. Nesses casos, no entanto, são menores os problemas em relação à legalidade, pelo fato da complementação se dar, via de regra, por meio de outras leis.¹⁹

Por assessoriedade administrativa conceitual, se entende aquela que se dá para a definição de algum termo utilizado no tipo. Aqui, a moldura normativa está no direito penal. A assessoriedade conceitual pode se dar, por exemplo, para a compreensão dos chamados elementos normativos do tipo, como se observa no crime de gestão fraudulenta ou temerária, previsto no artigo 4º, da Lei n. 7492 de 1986.

Os elementos normativos do tipo são aqueles que demandam procedimentos interpretativos mais complexos para sua definição, sendo necessária, muitas vezes, a incursão em outras áreas do direito.²⁰ A compreensão de seu significado tem na origem uma norma ou valor, que pode ser cultural ou jurídica. Se jurídica, pode ser de natureza administrativa.²¹ Assim, ainda que nem todo elemento normativo do tipo pressuponha assessoriedade administrativa, e vice versa, é possível que a assessoriedade conceitual se dê por meio deles.

7 Tratamos do tema em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016.

8 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 77

9 CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da assessoriedade administrativa nos delitos ambientais. Revista Liberdades, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.

10 HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46426.pdf>. Acesso em 10.01.2018.

11 MATA BARRANCO, Norberto J. de: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996

12 SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

13 DOVAL PAIS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.

14 GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. In: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 14, 2006, n. 58. p. 152-194.

15 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

16 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

17 SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

18 HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

19 Um exemplo em sede de direito penal econômico é o artigo 168-A, que dispõe sobre a apropriação indébita de valor previdenciários. Leva-se em consideração, nesse caso, os prazos estabelecidos pela Lei 8112 de 1990;

20 HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. P. 28

21 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Título de Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 124

Já a assessoriedade de direito, ou normativa, é aquela que se constrói pela remissão – na maioria dos casos, expressa – do tipo penal a normas administrativas de caráter geral, constituindo a chamada norma penal em branco.²² Esta se diferencia da anterior por dar-se não de forma interpretativa, mas em bloco, transformando o conteúdo da norma administrativa e seu descumprimento em parte do tipo penal,²³ que acarreta a imposição de pena. Tal forma de assessoriedade é, sem dúvida, uma das que mais apresenta problemas em matéria de legalidade.²⁴ Cite-se, como exemplo, o crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22, da Lei n. 7492 de 1986.

Por fim, há a assessoriedade do ato, que se dá em normas que remetem a autorização, licença, interdição ou outros atos administrativos específicos, de forma a criminalizar seu descumprimento ou a não observância dos seus termos. Esta forma de complementação ocorre de maneira bastante reiterada na Lei n. 9605 de 1998, que tipifica os crimes contra o meio ambiente. Como exemplo, cite-se o artigo 29 do referido diploma, que dispõe sobre caça sem permissão, licença ou autorização, ou em desacordo com a obtida.

Importante mencionar, ainda, a intersecção deste tema com o conceito de tipos penais abertos, que correspondem aqueles em que é necessário ao magistrado, por meio de procedimentos interpretativos mais complexos, completar o sentido do mandamento proibitivo, a fim de tornar possível sua aplicação. Aqui, devem-se afastar as lentes de análise, pois não se trata de uma parte do tipo ou de uma palavra nele constante, mas de seu sentido global. São exemplos desses tipos os delitos culposos, por exemplo, nos quais se deve trazer à discussão qual o dever de cuidado violado. Nesses casos, pode o juiz, eventualmente, também necessitar de recurso às normas administrativas, nas quais podem se encontrar as regras de comportamento que deveriam ter sido obedecidas pelo agente.

A lei 9.605 de 1998 é, novamente, fonte de exemplos, com diversas condutas culposas, como o artigo 41, em seu parágrafo único, que tipifica a provocação de incêndio em mata ou floresta. No caso, afastan-

do-se a hipótese dolosa, para averiguar se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, pode-se recorrer a normas administrativas de preservação e o eventual descumprimento de deveres de cuidado ali previstos.

2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A GARANTIA DA LEGALIDADE

A expansão do Direito Penal para o ramo econômico é um fenômeno que vem sendo estudado pela doutrina estrangeira e nacional há alguns anos. No contexto da chamada sociedade do risco, de Ulrich Beck, que delineou os contornos das novas relações sociais, as quais hoje ainda se encontram permeadas pelo fenômeno da globalização – que também é econômica –, não poderia o Direito Penal deixar de modificar-se, visando também a abranger as novas formas de lesão e perigo de lesão que emergem desse cenário.

Conforme Luciano Feldens, a constitucionalização de diversas questões atinentes à economia, como a ordem tributária e o sistema financeiro, passaram a balizar uma intervenção estatal mais forte no setor, dando impulso a diretrizes e fins também constitucionalizados. O surgimento de novos direitos socioeconômicos e seus titulares – que por eles reivindicam –, dá azo a novas formas de conflito.²⁵

Renato de Mello Jorge Silveira aponta Sutherland como um marco inicial da preocupação criminológica no estudo das causas dessa criminalidade, o que gerou o processo de afastamento do Direito Penal tradicional, uma vez que se passou a trabalhar sobre uma concepção de problemas supraindividuais. Os delitos sem vítimas e os bens jurídicos sem titulares tornam necessárias novas formas de tutela, como os chamados crimes de perigo abstrato.²⁶ Sendo desnecessária a lesão, o parâmetro de novas criminalizações passou a ser, muitas vezes, o descumprimento de regras procedimentais e de deveres de cuidado.

É nesse contexto que se faz necessário o uso cada vez maior de técnicas legislativas de reenvio, como a assessoriedade administrativa, sobremaneira pela aproximação que esta face econômica do Direito penal possui dos ditos regramentos administrativos, que passam a ser essenciais à compreensão das condutas que se visa a criminalizar, sobretudo no

22 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 72

23 NAVES, João Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade de administrativa e erro no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. P. 86

24 Importante mencionar que há muitas normas penais em branco complementadas por outras leis, que são as chamadas normas penais em branco impróprias ou homônimas, e que não são o escopo desse trabalho.

25 FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 33-44., abr./jun. 2011. P. 35

26 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 6-7., set. 2012.

âmbito da política criminal expansionista que vigora no setor. Não se estranha que a economia seja uma das áreas de maior recorrência do fenômeno da assessoriedade, juntamente com o meio ambiente e a saúde pública, uma vez que todas dependem de regras técnicas e especializadas.

A economia é, também, o setor no qual avultam, a cada ano, novas figuras típicas e sucessivas reformas naquelas existentes, seja pela mudança na lei, seja pela alteração das regras complementadoras. A própria mutação constante desses novos bens jurídicos no contexto de aceleração social em que se vive hoje - seja por questões predominantemente naturais, como no caso do meio ambiente, seja por fatores artificiais, como no caso da economia - demandaria o uso de meios de tutela mais flexíveis que a lei penal.

Contudo, pode essa nova forma de se pensar o Direito Penal abrir mão de características que constituem o chamado Direito Penal clássico, como a legalidade? Sabe-se que a legalidade garante que a norma que criminaliza seja prévia, certa, estrita e escrita.²⁷ Para tanto, não basta a previsão legal, sendo necessária uma lei que atenda, dentre outros, a requisitos de taxatividade.

No caso do uso de assessoriedade, é evidente que muitas dessas garantias já são, de pronto, colocadas em risco, seja pela competência na confecção de normas administrativas, seja pela falta de certeza que estas geram no conteúdo da proibição. O uso excessivo de tais técnicas - seja em termos da quantidade de tipos que as usam, seja pelo fato de um mesmo tipo fazer um exacerbado número de remissões - pode provocar o fenômeno da deslegalização,²⁸ que consiste em um direito penal que passa a proibir condutas, de forma majoritária, por meio de regulações e demais atos infralegais. Ou seja, um direito penal que acontece fora da legislação, que remete para os regulamentos o seu núcleo, que é a descrição da ação proibida. Isso se observa, sobremaneira, na dita assessoriedade de direito, que abrange as chamadas normas penais em branco.

Sabe-se, no entanto, que mesmo a legalidade não pode ser analisada em termos demasiados positivistas, uma vez que, como ciência humana, o direito penal faz irremediável uso da linguagem, o que, por vezes, pode vulnerar a previsibilidade total de uma conduta. Sob pena de tornar-se meramente retórica,

a legalidade deve funcionar, sim, como o teto punitivo do sistema - permitindo-se sempre construções *in bonam partem*.²⁹ No caso das técnicas de reenvio, que já sabidamente a vulneram, a legalidade deve ser um ônus argumentativo³⁰ na interpretação e aplicação das normas, buscando-se dar a maior efetividade possível às garantias que dela emanam.

3. ALGUNS TIPOS PARA O DEBATE

São muitos os tipos penais em matéria econômica que fazem uso de assessoriedade administrativa, podendo-se citar alguns deles de modo a fomentar a discussão sobre o tema. Frise-se que o objetivo desse trabalho não é classificar de forma exata qual deles corresponde a que forma de assessoriedade apontada na segunda parte da pesquisa, não apenas porque tal procedimento pode suscitar diversas discussões que não podem ser abordados no curto espaço desse trabalho, mas também porque tal classificação pouco acresce ao objetivo aqui proposto, que se trata de verificar os danos à legalidade, o que depende mais da análise em concreto do tipo em si do que de eventual classificação teórica.

Tem-se, como primeiro exemplo, a figura da evasão de divisas, prevista no artigo 22, da Lei 7.492, que, em que pese não faça referência direta, depende de uma série de circulares do BACEN para que esteja claro o procedimento que deve ser adotado para que a remessa de capitais esteja de acordo com o Direito. Ainda, as famigeradas gestão fraudulenta e temerária, previstas no artigo 4º da mesma lei, que podem depender, para além de uma incursão no conceito civil de fraude, novamente de complementação por meio de circulares do BACEN para que se determine qual o dever violado que configure a reprovabilidade dos atos de gestão.³¹ Nesse caso, aliás, note-se que o tipo penal não define elementos mínimos da conduta, sendo absolutamente impossível compreender como se deve agir apenas por meio da sua leitura.

Cite-se, ainda, o artigo 27-D, da Lei n. 6.385, que tipifica o *insider trading*. Nesse caso, a conceituação da conduta se encontra em entendimentos da CVM, como a Instrução n. 358, de 2002. O tipo não faz qual-

27 ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 21-22

28 Tratamos do tema em FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMAIS, 2020.

29 Tratamos do tema em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

30 Sobre o tema, cite-se CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese, 1979.

31 Importante mencionar que há discussões na doutrina a respeito da análise desse tipo sob o ponto de vista da imputação objetiva e o espectro de risco. Há, também, argumentos no sentido de que o seu caso seria de irremediável violação à legalidade, aconselhando-se, inclusive, sua retirada do sistema.

quer referência expressa à existência da norma administrativa, o que dificulta a compreensão do conteúdo da proibição.

O artigo 168-A, do Código Penal, em seu parágrafo terceiro, inciso II, faz referência expressa ao uso de patamar estabelecido administrativamente pela Previdência Social como parâmetro para a concessão do perdão judicial, implicando consequências na esfera da punibilidade. Hoje, no entanto, há uma infundável discussão sobre a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância com base em ditas regras, o que afetaria a tipicidade material da conduta.³²

Para além dos citados, são muitos os tipos que vulneram a legalidade penal pelo uso de assessoriedade, seja pela falta de taxatividade na lei penal, que não delimita minimamente os contornos da conduta, como o caso da gestão temerária, seja pela necessidade de conhecimento de diversas regras complementares para que se evite a ocorrência de erro, como no caso da evasão de divisas. A própria competência para a confecção de conteúdo penal é vulnerada, pois são os órgãos administrativos responsáveis, muitas vezes, pela definição central da conduta, como no caso do *insider trading*.

Entendendo-se que o direito penal ambiental é também ramo do direito econômico, conforme se faz nesse trabalho, ainda mais rica é a gama de exemplos, uma vez que a Lei 9.605 de 1998 utiliza em grande parte dos seus tipos a chamada assessoriedade do ato, como nos artigos 29 e 55. Nesse caso, seria necessário avaliar o exato conteúdo de uma licença, por exemplo, para verificar se o ato do agente se deu no exato sentido ali disposto, já que se criminaliza também o agir em desacordo com dito ato.

4. POSSIBILIDADES DOGMÁTICAS

Exposto o problema, é essencial que se façam algumas propostas que possam reduzir, ainda que parcialmente, ditos danos. Para além de um necessário repensar da política criminal no setor, que utiliza muitas vezes da vertente penal com fins meramente arrecadatórios, deve-se buscar delinear uma relação definida entre o direito penal e o direito administrativo, de maneira que aquele possa atuar de forma fragmentária e subsidiária, como impõe a *ultima ratio*.

Para além disso, em termos de legalidade, devem-se pensar critérios que visem a delimitar o uso da assessoriedade administrativa, contornando os espaços em que possa haver a remissão normativa, conforme já apresentamos em trabalho precedente.³³ O estabelecimento de regras que limitem o número e definam as características dos órgãos que podem confeccionar complementação para a norma penal, a definição de quais espécies normativas podem servir à função ou ainda de quais elementos do tipo podem ser objeto de reenvio, o uso de remissão expressa e recíproca na lei e na normativa ou ainda a proibição da remissão em cadeia foram algumas das propostas apresentadas naquela ocasião.

A propósito, o uso da assessoriedade para restringir a aplicação do direito penal, como é o caso do artigo 168-A no que tange ao debate sobre a insignificância, pode ser também um caminho a ser considerado.³⁴ O que não se pode permitir é a construção de sistemas sancionadores sobrepostos, seja em termos de pena, de normas ou de procedimento processual, conforme se observa hoje, o que, para além de onerar os órgãos públicos, impõe verdadeiro *bis in idem*.³⁵

32 PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO DÉBITO QUE PERMITE A SUA APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Segundo as circunstâncias fáticas trazidas pelo acórdão estadual, o réu deixou de recolher aos cofres públicos contribuições previdenciárias no período de 9/1997 a 4/2007, causando prejuízo ao patrimônio público no valor de R\$ 10.004,30, excluídos os juros e a multa. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de apropriação indébita previdenciária, entende cabível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor do débito não ultrapassar R\$ 10.000,00, excluídos os juros e a multa incidentes após a inscrição em dívida ativa. Interpretação do art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1609757/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

33 FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMAIS, 2020; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 70-82.

34 No caso, a discussão permeia, ainda, para além de questões afeitas à tipicidade material, o argumento dos círculos concêntricos de ilicitude, pois o estabelecimento de valor administrativo excluiria a execução fiscal e, portanto, impediria a permanência da criminalização. Não se aprofundará esse tópico em razão dos limites desse trabalho.

35 Sobre o tema, COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curto espaço desse trabalho, buscou-se delinear alguns aspectos problemáticos do uso de assessoriedade administrativa no Direito Penal Econômico, conceituando o primeiro fenômeno e relacionando-o à referida área do Direito.

Analisou-se qualitativamente alguns tipos penais que fazem uso de dita técnica de reenvio, apontando-se alguns conflitos iniciais que estes apresentam com a norma de legalidade, instituto basilar do Direito Penal clássico.

Conclui-se que o Direito penal que exsurge para tutelar os ditos bens jurídicos supraindividuais vulnera, em parte, alguns princípios ínsitos do ramo, o que, no entanto, não o torna ilegítimo *a priori*, porém não autoriza, por si só, a revogação ou o menoscabo de ditos princípios. É necessário, sim, aprofundar o estudo dogmático da matéria, buscando delinear os espaços em que se possa trabalhar com uma menor incidência de legalidade estrita, desde que sejam mantidas as garantias principais que dela emanam.

REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. 2017. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da assessoriedade administrativa nos delitos ambientais. Revista Liberdades, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Sintese, 1979.
- DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal?: lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 10, 18/19, p. 453-479., 2005.
- DOVAL PAIS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-31/heloisa-estellita-responsabilidade-penal-empresas-motiva-debates>. Acesso em 06.10.2017.
- ESTELLITA, Heloísa. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>. Acesso em 06.10.2017.
- ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. Tax exchange of information and International cooperation in Brazil. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/f9bd0e_b2dd1eba51754679a6ce93987ca76c37.pdf. Acesso em 06.10.2017.
- FALAVIGNO, Chiavelli. A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/falavigno-assessoriedade-administrativa-direito-penal>. Acesso em 02.05.2020.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 70-82.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMAIS, 2020.
- FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016.
- FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 33-44., abr./jun. 2011.

GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 14, 2006, n. 58. p. 152-194.

HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46426.pdf>. Acesso em 10.01.2018.

HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

MATA BARRANCO, Norberto J. de: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita . 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996.

NAVES, João Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, p. 6-7., set. 2012.



Chiavelli Facenda Falavigno

<https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

chiavelli.falavigno@gmail.com

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa penal pela Universidade de Málaga, Espanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). ConsUltora na área do Direito Penal Econômico e Ambiental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>

O Impacto das Decisões de Tribunais de Contas sobre o Exame Judicial da Tipicidade Objetiva do Crime de Dispensa ou Inexigibilidade Ilegal de Licitação (art. 89, Lei 8.666/93) e do Novo Crime de Contratação Direta Ilegal (art. 337-E, CP)¹

The Impact of Court of Auditors Decisions on the Judicial Examination of the Objective Type of the Crime of Illegal Dispense or Non-Requirement of Bidding (art. 89, Law 8.666/93) and of the New Crime of Illegal Direct Public Procurement (art. 337-e, cp)

El Impacto de las Decisiones del Tribunal de Cuentas en el Examen Judicial del Tipo Objetivo del Delito de Dispensación Ilegal o Inexigibilidad de Licitación Pública (art. 89, Ley 8.666/93) y del Nuevo Delito de Contratación Directa Ilegal (art. 337-e, cp)

Raquel Lima Scalcon² / Felipe Longobardi Campana³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.388>

Resumo: Este artigo indaga se uma decisão de Tribunal de Contas (TC) sobre a legalidade de uma dispensa ou inexistência de licitação (a chamada “contratação direta”) deve influenciar o juízo de tipicidade objetiva dos crimes do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do Código Penal. A questão é relevante, porque referidos tipos penais são construídos a partir de uma remissão a normas jurídicas acessórias de Direito Administrativo, as quais um Tribunal de Contas, na sua função de controle e fiscalização, também tem competência para interpretar e aplicar. Assim, para responder ao problema lançado, analisam-se as peculiaridades das descrições típicas e seus impactos no juízo de tipicidade objetiva da conduta, situando a discussão no âmbito da teoria do delito. Após, a atuação dos Tribunais de Contas é estudada naquilo que importa ao recorte do texto e, por fim, são analisadas possíveis repercussões de suas decisões sobre a instância judicial-penal.

Palavras-chave: Art. 89 da Lei 8.666/93. Art. 337-E do Código Penal. Tipicidade objetiva. Decisão de Tribunal de Contas. Independência das instâncias.

Abstract: This article seeks to solve the following problem: what is the influence that a decision of a Court of Auditors on the crime of the article 89 of the Law 8.999/93 and on the crime of the article 337-E of the Criminal Code? This problem arises because the typical description of the crime contains a normative element whose competence to decide also belongs to the Court of Auditors. Therefore, in the first place, the article analyzes the mentioned crime and the problems involved. Secondly the article does a brief presentation of the competence of the Court of Auditors and, finally, analyses the types of influences of her decisions on judicial sphere, taking a reasoned position at the end.

Keywords: Article 89 of the Law 8.999/93. Article 337-E of the Criminal Code. Decisions of Court of Auditors. Independence of instances.

1 Artigo recebido em 26/10/2020 e aprovado em 22/04/2021.

2 Professora de Direito Penal na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

3 Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumen: Este artículo pregunta si una decisión del Tribunal de Cuentas (TC) sobre la legalidad de una dispensa o falta de licitación (la llamada “contratación directa”) debe influir en el juicio de tipicidad objetiva de los delitos del art. 89 de la Ley 8.666/93 y del art. 337-E del Código Penal. La pregunta es relevante, porque estos tipos delictivos se construyen a partir de una referencia a normas jurídicas accesorias del Derecho Administrativo, que un Tribunal de Cuentas, en su función de control y fiscalización, también tiene competencia de interpretar y aplicar. Así, para dar respuesta al problema planteado, se analizan las peculiaridades de las descripciones típicas y su impacto en el juicio de tipicidad objetiva de la conducta, colocando la discusión en el ámbito de la teoría del delito. Posteriormente, se estudia la actuación de los Tribunales de Cuentas en lo que atañe al recorte del texto y, finalmente, se analizan las posibles repercusiones de sus decisiones en la instancia judicial-penal.

Palabras clave: Art. 89 de la Ley 8.666/93. 337-E del Código Penal. Tipicidad objetiva. Decisión del Tribunal de Cuentas. Independencia de las instancias.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito de julgamento criminais, o argumento “independência entre as instâncias” é frequentemente utilizado, grosso modo, para *desvincular* juízo judicial e juízo administrativo relativamente à qualificação jurídica de fatos que, a um só tempo, podem se subsumir tanto a tipos penais quanto a infrações administrativas. De forma simplificada, a expressão sustenta a ideia de que uma prévia manifestação da instância administrativa sobre a legalidade da conduta não aporta qualquer tipo de consequência para um posterior juízo penal.

Será a ideia consistente? Inegavelmente, a redação de certos tipos penais relaciona – ao menos em algum grau – direito penal e direito administrativo. Isso ocorre sobretudo quando há recurso a elementos de remissão, sejam eles leis, atos normativos gerais, atos normativos individuais ou elementos normativos. É o caso dos crimes dispostos no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e no tipo penal do art. 337-E do Código Penal (CP), ora objetos de nosso exame. Com o primeiro, criminaliza-se a conduta de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”. Já com o segundo, criminaliza-se a conduta de “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

“Dispensar” ou “inexigir” licitação nada mais são do que as duas espécies do gênero “contratação direta”. Assim, da leitura dos tipos penais, fica claro que somente haverá potencial tipicidade objetiva quando a decisão do gestor público de dispensar ou de inexigir o procedimento licitatório (i. é., realizar uma contratação direta) não estiver de algum modo albergada nas hipóteses em que o *Direito Administrativo* torna a licitação dispensada, dispensável ou

inexigível. Portanto, o entrelaçamento entre Direito Penal e Direito Administrativo é, aqui, inegável.

A discussão proposta neste artigo não confronta a conclusão acima, mas indaga sobre uma eventual consequência dela decorrente: se a legalidade da dispensa e/ou inexigibilidade é também avaliada por um órgão controlador (especialmente os Tribunais de Conta), qual o impacto do juízo proferido por essa instância *não judicial* sobre o exame judicial de tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do crime do art. 337-E do CP? Haverá, afinal, repercussão? E por quê?

Como referido no início do texto, é recorrente, na prática das cortes judiciais brasileiras, o recurso ao vago argumento da “independência das instâncias” para negar qualquer repercussão. Cremos, contudo, que se trata de conclusão apressada. Buscaremos testá-la com um método indutivo, recorrendo a um pequeno grupo de casos que irá, inicialmente, melhor ilustrar o problema (abaixo nº 2). Na sequência, iremos analisar dogmaticamente os tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, indicando que a discussão impacta especialmente o juízo de tipicidade objetiva (abaixo nº 3). Adentraremos, então, na análise das diferentes possibilidades de repercussão das manifestações do TC (abaixo nº 4) e, por fim, apresentaremos propostas de solução aos casos (abaixo nº 5).

Necessário alertar o leitor desde já que o tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 foi recentemente revogado pela Lei 14.133/21, que passou a criminalizar a mesma conduta por meio da inclusão do art. 337-E no Código Penal, sob a epígrafe “Contratação direta ilegal”

Porém, em que pese a mudança legislativa, é necessária a manutenção da análise do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 por duas razões evidentes: (i) *Continuidade da aplicação do art. 89*: tendo em vista

que a mencionada modificação legislativa aumentou os marcos penais da pena privativa de liberdade do crime, que passaram de 3 a 5 anos para 4 a 8 anos, o tipo penal do art. 337-E do CP é considerada uma lei posterior mais grave e, como tal, nos moldes do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, *contrario sensu*, não pode retroagir. Sendo assim, o art. 89 da Lei 8.666/93 continuará sendo aplicado a todos os fatos anteriores à entrada em vigor da Lei 14.133/21 e (ii) *Manutenção do problema proposto*: apesar de a redação do tipo penal ter se modificado, não houve uma mudança substancial – conforme será demonstrado abaixo. Ao contrário, a técnica de remissão às normas de Direito administrativo foi mantida (“fora das hipóteses previstas em lei”), de modo que o problema ora proposto se mantém.

2. GRUPO DE CASOS

Como ponto de partida, narraremos duas situações comuns na prática judicial. Ambas trazem, em si, o mesmo problema: potencial reflexo da interpretação de Tribunais de Contas acerca da legalidade do ato de dispensa ou de inexigência de licitação sobre o exame judicial da tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93⁴.

Caso 1: o Prefeito de um determinado Município realizou a compra direta de fardos e galões de água no valor de R\$ 17.531,50, dispensando a realização de licitação, com base na hipótese do art. 24, inc. II, da Lei 8.666/93. O Tribunal de Contas do Estado deu parecer contrário às contas do prefeito e entendeu que a referida dispensa era ilegal⁵.

Caso 2: o Prefeito de um determinado Município realizou a contratação direta de uma empresa para aquisição de combustíveis e lubrificantes para os veículos da prefeitura no valor de R\$ 134.013,36, entendendo estar em hipótese de inexigibilidade de licitação. Ao analisar as contas do Município, o Tribunal de Contas do Estado deu parecer favorável especificamente a esta contratação⁶.

Para os dois casos, pergunta-se: considerando que o Prefeito foi denunciado pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/93, qual deve ser o impacto de tais decisões dos TCs sobre o exame judicial da tipicidade objetiva do delito em questão? Ao julgar a legalidade da dispensa ou da inexigência, poderia o juízo penal contrariar a avaliação feita pelo órgão controlador quanto à qualificação jurídica de idênticos fatos?

3. A ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO TIPO PENAL DO ART. 89 DA LEI 8.666/93 E DO TIPO PENAL DO ART. 337-E DO CP

Para entender se haveria e, em caso positivo, qual seria a repercussão de manifestações do Tribunal de Contas na análise da responsabilidade penal de gestores públicos quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93 e também do art. 337-E do CP, é preciso, antes, examinar as características de suas descrições típicas, claramente construídas com recurso a elementos de remissão. É o que se passa a realizar.

3.1. Teoria da incriminação⁷: a construção abstrata dos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP

O art. 89 da Lei 8.666/93 criminaliza duas condutas principais: (i) dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei e (ii) não exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei. O art. 337-E do CP criminaliza exatamente as mesmas duas condutas, porém utiliza o gênero “contratação direta” ao invés das espécies “dispensa” ou “inexigência” de licitação⁸.

Para que se possa compreender a forma de construção destes tipos penais, é preciso passar pela definição dos seus diferentes elementos.

4 Dada a recente inclusão do art. 337-E do CP no Direito positivo brasileiro, não foi possível encontrar decisões judiciais que o analisassem.

5 Com base no seguinte caso: STJ, RHC n. 37.323/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.11.2014, DJe 02.12.2014.

6 Com base no seguinte caso: STJ, HC n. 88.370/RS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Filho, j. em 07.10.2008, DJe 28.10.2008.

7 Com o termo “teoria da incriminação” quer-se designar aqui a análise do momento de construção da proibição penal pelo legislador, o que engloba tanto a análise sobre os fundamentos materiais para a incriminação da conduta, como o bem jurídico tutelado e a estrutura do delito, quanto a taxatividade dos elementos que a compõe.

8 Essa relação de gênero e espécie extrai-se do art. 72 da Lei 14.133/21, que diz: “O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído...”

3.1.1. Dispensar e inexigir licitação⁹ (contratação direta)

De acordo com o art. 37, inc. XXI, da CF, a regra geral é de que a Administração Pública, direta e indireta, deve realizar suas contratações mediante prévia licitação¹⁰. Trata-se de procedimento administrativo composto por diversos atos, tanto da própria Administração quanto dos licitantes, em que o ente público possibilita que todos os interessados formulem propostas e, a partir de critérios objetivos previamente estabelecidos, seleciona a proposta mais convincente à satisfação das funções estatais¹¹. Portanto, os objetivos da licitação são, basicamente, selecionar a melhor proposta para a Administração Pública e garantir a isonomia entre os interessados¹².

No entanto, em certos casos, o procedimento formal da licitação poderia conduzir ao não atingimento destes objetivos, razão pela qual o legislador conferiu ao administrador público certa flexibilidade¹³, permitindo excepcionalmente a contratação direta, sem licitação¹⁴. Trata-se das hipóteses de dispensa e de inexigência de licitação, que se diferenciam pela *possibilidade de competição*.

A *dispensa* é a forma de contratação direta na qual é possível a competição por meio de licitação, mas a lei confere discricionariedade à Administração

Pública para que decida se realizará ou não. A *inexigibilidade* é a forma de contratação direta na qual não é possível a competição¹⁵, “porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração”¹⁶.

Portanto, grosso modo, pode-se conceituar os elementos “dispensar” e “inexigir” do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 como formas de “contratação direta” pela Administração Pública¹⁷, que é elemento do tipo penal do art. 337-E do CP.

Há que se ressaltar que a redação do art. 337-E do CP fez mais um acréscimo em comparação com a redação do art. 89 da Lei 8.666/93. Vejamos.

Para proibir as condutas em questão, o art. 89 utilizava-se de verbos que já denotavam o próprio resultado, vale dizer, criminalizava “dispensar” ou “inexigir” licitação, o que significa dizer que estavam proibidas condutas que realizassem a “dispensa” e/ou a “não exigência” de licitação, levantando a dúvida sobre quais formas de contribuição para a dispensa ou para a inexigência de licitação estariam proibidas.

Com o advento do art. 337-E do CP, o legislador incluiu três verbos “admitir”, “possibilitar” ou “dar causa” à “contratação direta” (ou à dispensa ou inexigência de licitação). Tais inclusões nada mais são do que especificações de quais contribuições dos agentes para a dispensa e/ou inexigência de licitação estão proibidas. Vale dizer, cometerá o crime aquele que admitir a dispensa ou inexigência; aquele que possibilitá-las e aquele que lhes der causa.

Repare que estas inclusões esclarecem que o espectro neste novo tipo penal parece abranger não só quem efetivamente toma a decisão de dispensar ou de não exigir a licitação para a contratação pública, mas também outros participantes neste processo, sejam eles funcionários públicos ou particulares.

No entanto, apesar de tais mudanças de redação serem muito relevantes, com importantes repercussões dogmáticas para fins de ampliação do espectro do tipo penal, elas não impactam o problema proposto neste artigo, uma vez que foi mantida a principal característica do tipo penal: a remissão a pre-

9 Helena da Costa alerta para o fato de que a palavra “inexigir” não é aceita por dicionários de língua portuguesa, mas é utilizada, por ser o termo empregado pelo próprio legislador (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação: reflexões sobre os novos rumos da jurisprudência brasileira*. In. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 189, nota 3).

10 Segundo explica Justen Filho “A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 390).

11 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 373. No mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual., São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 536-538. Também JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 15-16. FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. Da análise das condutas nas licitações públicas a partir de critérios substanciais – entre a discricionariedade, a ilegalidade e a infração penal. In. FAYET JÚNIOR, Ney. MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 262.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 538.

13 Entendendo que tanto as hipóteses de dispensa quanto as de inexigibilidade são atos discricionários, cf. FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. *op. cit.*, p. 265. Em sentido contrário, entendendo que até algumas hipóteses de dispensa são vinculantes, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 395-397.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 390-391.

15 Art. 74 da Lei 14.133/21.

16 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 395. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 397. O autor explica que “A Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa da licitação” (Ibid., idem). Também, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 557-559.

17 Nesse sentido, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 886; COSTA, Helena Regina Lobo da. *op. cit.*, p. 190; BALDAN, Édson Luis. *Crimes de licitações*. In. LAVORENTI, Wilson (Coord.). *Lei penais especiais* anotadas. 13. ed., São Paulo: Millennium, 2016, p. 194-195.

ceito de Direito administrativo (“contratação direta” equivaleria a “dispensar” ou a “inexigir” licitação).

3.1.2. Fora das hipóteses previstas em lei

Na medida em que a *dispensa* e a *inexigibilidade* são formas excepcionais de contratação por parte da Administração Pública, o legislador estabeleceu hipóteses nas quais concede a referida discricionariedade ao administrador. Na Lei 8.666/93, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade encontram-se, respectivamente, nos arts. 17 e 24¹⁸ e art. 25¹⁹. Já na Lei 14.133/21, as hipóteses de inexigibilidade e dispensa encontram-se, respectivamente, nos arts. 74 e 75²⁰.

Importante pontuar que a Lei da Pandemia (Lei 13.979/20) criou novas hipóteses *temporárias* de dispensa (vigentes durante o estado de emergência de saúde internacional), que seguramente impactam a verificação do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do crime do art. 337-E do CP.

Partindo da diferença conceitual destas duas formas de contratação direta, a doutrina entende, majoritariamente, que as hipóteses de *dispensa* de licitação são um rol taxativo, que não comporta ampliação. Isso porque seriam exceções à regra da obrigatoriedade da realização de licitação quando houver competitividade e, sendo assim, devem ser interpretadas restritivamente. Por outro lado, as hipóteses de *inexigibilidade*, de acordo com texto expresso do art. 25 da Lei 8.666/93 e do art. 74 da Lei 14.133/21, comportariam interpretação extensiva, pois são consequência da impossibilidade de competição, o que pode ser verificado em inúmeras situações concretas não claramente previstas nos incisos do mencionado artigo²¹.

Logo, a elementar típica “fora das hipóteses previstas em lei” pode ser entendida como um elemento negativo, ou seja, estará preenchida quando a contratação direta (dispensa ou a *inexigibilidade* da licitação) não estiver abarcada pelas regras que a autoriza, sendo, por isso, ilegal.

18 Di Pietro separa didaticamente as hipóteses em quatro categorias: a) pequeno valor; b) situações excepcionais; c) objeto e d) pessoas (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 398).

19 Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1171.

20 É necessário continuar considerando as duas redações, pois, de acordo com o art. 191 da Lei 14.133/21, pelo período de 2 (dois) anos da publicação da lei, os gestores públicos poderão optar por contratações diretas nos moldes da antiga ou da nova lei.

21 Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 397. No mesmo sentido, BALDAN, Édson Luis. *op. cit.*, p. 195.

3.1.3. A acessoriedade administrativa do tipo penal

Da análise dos diferentes elementos do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e do tipo penal do art. 337-E do CP, é possível afirmar que há evidente relação de dependência com os conceitos do Direito Administrativo (trata-se, pois, de tipos penais dotados de acessoriedade administrativa). Essa acessoriedade administrativa costuma ser classificada em três espécies: (i) *acessoriedade conceitual*: termo ou expressão que designa institutos ou objetos do Direito Administrativo, apropriando-se do sentido que lhes atribui²²; (ii) *acessoriedade normativa geral*: remissão às normas gerais de Direito Administrativo previstas em leis, decretos, etc., que não tenham um destinatário determinado ou determinável, mas sim que seja algo geral e abstrato²³⁻²⁴ e (iii) *acessoriedade normativa individual*: remissão às normas permissivas de eficácia individual, estabelecidas por atos

22 Um exemplo desta espécie é o crime disposto no art. 38 da Lei 9.605/98 que dispõe: “Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente...”, pois o conceito de “área de preservação permanente” é dado pelo Código Florestal (art. 3º, inc. II, da Lei 12.651/12).

23 Horta apresenta uma subdivisão em: acessoriedade normativa geral proibitiva, na qual a norma incriminadora é composta pela remissão a uma infração de uma ordem ou proibição administrativa contida naquele ato legislativo, e acessoriedade normativa geral permissiva, na qual a norma incriminadora, já proibitiva, faz uma remissão às normas administrativas permissivas, que limitam a norma de comportamento penal (HORTA, Frederico. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. 2012, Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2012, p. 248).

24 Um exemplo da acessoriedade normativa geral proibitiva é o crime de tráfico de drogas, disposto no art. 33 da Lei 11.343/06, que dispõe: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Um exemplo de acessoriedade normativa geral permissiva, conforme menciona Horta (Ibid., p. 249), é o crime disposto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que dispõe: “Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”. Repare que, no primeiro, a remissão é que torna a conduta proibida efetivamente, enquanto no segundo a conduta já é proibida e a remissão apresenta uma hipótese de permissão àquela conduta.

administrativos destinados a pessoas determinadas ou determináveis²⁵⁻²⁶.

Nos tipos penais em análise, os termos “dispensar” e “inexigir” do art. 89 da Lei 8.666/93 e o termo “contratação direta” do art. 337-E do CP já são conceitos específicos de Direito Administrativo, tratando-se, pois, de acessoriedade conceitual²⁷. Porém, embora fosse suficiente afirmar simplesmente “dispensar ou inexigir licitação” ou “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta”, pois estaria implícito que seriam condutas contrárias às regras legais, o legislador utilizou uma segunda remissão expressa – “fora das hipóteses previstas em lei”.

Com isso, o legislador criou uma norma incriminadora, proibindo dispensas ou inexigências de licitações (i. é., contratação direta), mas fez referência à norma administrativa que, excepcionalmente, as autoriza, o que parece indicar que há uma acessoriedade normativa geral permissiva.

Em suma, apesar da aparente redundância (na medida em que os conceitos de “dispensar”; “inexigir” e “contratação direta” são construídos a partir das hipóteses permissivas elencadas pela Lei), esta repetição pode indicar que o legislador utilizou estes termos de forma atécnica, colocando o centro da acessoriedade na remissão à regra geral permissiva²⁸. No entanto, seja qual for a espécie de acessoriedade

que se adote, conceitual ou normativa geral permissiva, fato é que tais expressões constituem *elementos normativos da lei penal* e, como tais, são essenciais à construção e à interpretação do tipo penal objetivo, gerando uma forte dependência entre Direito Penal e Direito Administrativo²⁹.

3.2. Teoria do delito: a localização do problema

Até o presente momento, fez-se análise meramente exegética do texto legal do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Com a constatação de que os crimes em questão, pelas redações dos tipos, demandam exames próprios do Direito Administrativo³⁰, quer-se agora indicar os impactos dessa constatação nos pressupostos de análise judicial da responsabilidade penal de gestores públicos.

3.2.1. Tipo objetivo: desvalor objetivo da conduta

Ao se analisar se um indivíduo pode ser responsabilizado pelo crime do art. 89 da Lei 8.666/93 ou pelo art. 337-E do CP, o primeiro juízo que deve ser feito é o da tipicidade objetiva, ou seja, verificar se é possível subsumir a conduta concreta praticada por este indivíduo aos diferentes elementos do tipo penal acima delimitados.

Quando se tratar de crimes de resultado³¹, este juízo de tipicidade objetiva é incrementado por um conteúdo valorativo trazido pela teoria da imputação objetiva do resultado, que exige não só a causação ou mesmo a vontade de realização do tipo, mas também a *criação de um risco* aos bens jurídicos tutelados³².

25 Nesse sentido, GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 58, pp. 152-194, jan./fev., 2006, p. 160-161; HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 247-250. Ver ainda FALAVIGNO, Chiavelli. A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMais, 2020, passim.

26 Um exemplo da acessoriedade normativa individual é o crime disposto no art. 29 da Lei 9.605/98, que dispõe: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. Repare que, novamente, a conduta já está proibida no tipo e a remissão apresenta possibilidades de permissão de realização desta conduta, mas permissões atribuídas individualmente às pessoas e não de forma geral e abstrata.

27 Nesse sentido, HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 248. Próximo parece o entendimento de Justen Filho ao afirmar que: “As expressões ‘dispensa’ e ‘inexigência’ de licitação são utilizadas no sentido próprio dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993. Abrangem, ainda, os casos do art. 17, I e II” (JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1171).

28 Um tipo penal em que também parece ocorrer esta utilização atécnica é o crime de quebra de sigilo, disposto no art. 10 da Lei Complementar 105/01, pois o tipo penal dispõe que “a quebra de sigilo constitui crime” e depois acrescenta “fora das hipóteses autorizadas nesta lei complementar”. Se o termo “quebra de sigilo” for utilizado de forma técnico-jurídica, não seria necessário colocar o complemento permissivo na sequência, pois a própria lei elenca, no art. 1º, §3º, as hipóteses em que “não há violação de sigilo”.

29 Sobre a discussão, ver HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 253-254. Entendendo se tratar de lei penal em branco, pelo fato de as hipóteses de dispensa e inexigibilidade e as formalidades serem estabelecidas pela Lei de Licitações, cf. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op. cit.*, p. 885.

30 Afirma Horta: “... a determinação do crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações (n. 8666/93) por meio dos termos ‘dispensa’ e ‘inexigibilidade’ de licitação, que são definidos respectivamente pelas hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da mesma lei, as quais por sua vez são objeto de complexa elaboração hermenêutica e rica jurisprudência. Pois ao mencionar a dispensa ou inexigibilidade de licitação, a norma incriminadora da omissão irregular do procedimento licitatório incorpora ao direito penal toda uma tradição conceitual administrativista, dela extraindo os seus limites próprios nessa seara...” (HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 248).

31 Entende-se aqui crime de resultado como aquele tipo penal que, para a consumação, exige a ocorrência de um evento naturalístico diverso da conduta, em contraposição ao crime de mera conduta como aquele tipo penal que, para a consumação, exige simplesmente a prática de uma conduta.

32 GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28-31 e 35-44.

Porém, não se trata de qualquer conduta arriscada, mas somente daquelas que sejam *juridicamente desaprovadas*³³.

A análise desta desaprovação jurídica é feita a partir de um juízo de ponderação entre o interesse de proteção do bem jurídico e o interesse de liberdade do cidadão, juízo este que, muitas vezes, já está previamente definido em *normas de segurança*³⁴. Significa dizer que, se determinada conduta for considerada arriscada, mas estiver de acordo com uma norma de segurança, terá criado um *risco permitido* e, conseqüentemente, não poderá ser objetivamente típica.

Assim, pode-se concluir que *todo tipo penal* apresenta algum grau ou forma de remissão a normas de segurança ou *extrapenais*³⁵, pois quando se faz o juízo sobre se a conduta concreta é ou não típica, deve-se analisar se o risco por ela criado é ou não juridicamente desaprovado e, em boa parte dos casos, normas extrapenais de segurança auxiliam nesta análise.

Porém, principalmente a partir da separação da teoria da imputação objetiva do resultado em dois momentos diferentes, o do comportamento típico, relacionado ao desvalor da conduta, que engloba a criação do risco e sua desaprovação jurídica, e o da imputação, relacionada ao desvalor do resultado³⁶, a exigência do conteúdo valorativo de desaprovação

jurídica do risco criado não se limitou aos crimes de resultado, mas também pode ser aplicada aos crimes de mera conduta.

Vale dizer, a exigência de que se verifique a desaprovação jurídica do risco criado tornou-se ainda mais presente na formação da norma de comportamento de qualquer tipo penal, inclusive os tipos penais de mera conduta, como é o caso do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

Assim, em tipos penais de mera conduta, pode-se dizer que, para o juízo de tipicidade objetiva, é necessária não só a mera subsunção da conduta ao tipo, mas também a verificação de que esta conduta³⁷ é juridicamente desaprovada. Como exemplo, cita-se o crime de gestão temerária, disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que, apesar de não se tratar de um crime de lesão e de resultado, exige que sejam analisadas as normas de segurança e regulação das atividades financeiras para a realização do juízo de tipicidade objetiva da conduta³⁸.

Porém, conforme destaca Greco, a partir desta constatação, a pergunta que deve ser feita é: se todo tipo penal contém alguma remissão, qual a diferença entre aqueles tipos que não têm uma referência expressa e aqueles tipos que têm referência expressa a essa remissão?³⁹ A diferença, segundo o mencionado autor, é a definição do *risco permitido* e/ou da conduta permitida.

33 Greco afirma com clareza: “Apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito” (Ibid., p. 50).

34 Segundo Greco: “É claro que essa ponderação não precisará ser feita toda vez que o juiz for julgar um acidente de trânsito ou de trabalho, porque, como logo veremos, há normas específicas que regulam estas situações e que devem ser entendidas como concretização do juízo ponderativo. Mas o juiz deve ter em mente que, por trás destas normas, encontra-se em regra uma tal ponderação, porque a ele incumbe avaliar em que medida a norma pode ser entendida como a concretização acertada do risco permitido” (Ibid., p. 58).

35 Nesse sentido, GRECO, Luís. A relação..., *op. cit.*, p. 169. No mesmo sentido, afirma Pastor Muñoz: “...o fenômeno da remissão não é pontual, mas sim global e constitui um elemento intrínseco à definição dos padrões de conduta jurídico-penais. Com efeito, a remissão a estâncias externas ao legislador penal não é um fenômeno exclusivo da técnica de leis penais em branco, das cláusulas de autorização, dos elementos normativos do tipo ou – tomando o exemplo da legislação penal atual – dos programas de compliance, mas sim a remissão a instâncias externas à lei penal forma parte da dogmática do delito imprudente e, na realidade, de toda a dogmática do tipo objetivo...” (PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidade. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019, p. 23 – tradução livre).

36 Sobre essa distinção entre desvalor objetivo da conduta como aspecto do juízo de comportamento típico e desvalor objetivo do resultado como aspecto do juízo de imputação, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 47-58.

37 Aqui utilizou-se a expressão “conduta”, pois para crimes de mera conduta e perigo abstrato, como é o caso do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 (cf. LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexistência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). In: *Revista Brasileira de ciências criminais*, v. 104, pp. 13-29, set./out. 2013, p. 22), há certa dúvida sobre se o conceito de “risco” como “possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico” (cf. GRECO, Luís. Um panorama..., *op. cit.*, p. 39) é aplicável. De qualquer forma, para o que aqui se discute não há dúvida de que condutas subsumíveis a tipos penais de perigo abstrato e mera conduta, mas que respeitam normas de segurança podem ser condutas permitidas, razão pela qual não se observa perda de conteúdo com a mudança terminológica.

38 Não por acaso, aprovou-se, na I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2020, o seguinte Enunciado (n. 23), que bem ilustra a questão acima referida: “O crime de gestão temerária de instituição financeira exige a demonstração da violação das regras e parâmetros objetivos de gerenciamento de riscos e limites operacionais na administração, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, instituídos pelas autoridades de regulação do sistema financeiro nacional”.

39 Segundo Greco: “Esta referência, a rigor, tem menos relevância para fixar o conteúdo do proibido do que tradicionalmente se supõe, uma vez que mesmo nos tipos em que ela não é feita de modo expresso, como no homicídio, acaba-se recorrendo ao direito administrativo para fixar o alcance exato da proibição. Qual a diferença, então, entre as normas que fazem referência expressa ao direito administrativo infralegal e aquelas que não o fazem? Porque tem de existir alguma diferença, senão seria até mesmo desnecessário que o legislador mencionasse expressamente a contrariedade ao direito administrativo infralegal entre os pressupostos do delito” (GRECO, Luís. A relação..., *op. cit.*, p. 169).

Em tipos penais nos quais *não há* uma referência expressa a uma acessoriedade administrativa, a análise sobre o respeito ou contrariedade a uma norma administrativa é somente um dos critérios para se definir se um risco criado é ou não juridicamente desaprovado. Logo, deverão ser analisados, no caso concreto, também outros critérios relevantes como o princípio da confiança, o comportamento contrário ao *standard geral* do homem prudente, etc.⁴⁰. Por outro lado, em tipos penais como o art. 89 da Lei 8.666/93 e o art. 337-E do CP, em que há uma expressa remissão à norma administrativa já na descrição típica, o respeito ou contrariedade a esta norma é o critério absolutamente *decisivo* para definir se a conduta é ou não permitida⁴¹.

Importante destacar que, nos tipos penais em análise, esta conclusão é ainda mais evidente. Isso porque as normas administrativas *permissivas* a que fazem referência (“fora das hipóteses previstas em lei”) integram uma lei ordinária. Portanto, não há dúvida de que uma conduta de *dispensa* ou de *inexigência* de uma licitação (contratação direta) que esteja albergada pelas hipóteses legais dos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 ou dos arts. 74 e 75 da Lei 14.133/21 será uma conduta *autorizada* pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não poderá ser objetivamente típica para os referidos crimes.

No entanto, o contrário não é verdadeiro, pois o fato de uma conduta estar em desacordo com a referida norma administrativa a que faz remissão o tipo penal não pode significar, automaticamente, que estamos diante de uma conduta jurídico-penalmente desaprovada. O Direito Penal exigirá outros exames

e critérios, para além da avaliação do Direito Administrativo, para concluir que a conduta é criminosa⁴².

Evidente que, quando se trata de elemento normativo da lei penal, essencial, portanto, à construção do tipo penal, a proximidade entre juízo administrativo e juízo penal é potencializada. Contudo, para além de se reconhecer a infração à norma de Direito Administrativo acessória, será imprescindível constatar a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado⁴³. O juízo penal é – e deve ser – mais exigente em requisitos do que o juízo administrativo sancionador.

3.2.2. A interpretação da norma acessória por instância diversa da judicial penal: a localização do problema

Do apresentado até o momento, observou-se que, nas situações em que a instância judicial penal, ao apreciar os fatos, entender que se está diante de uma conduta de dispensa ou inexigência (contração direta) albergada pelas hipóteses legais dos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 e dos arts. 74 e 75 da Lei 14.133/21 (e também pelas hipóteses legais permissivas temporárias da “Lei da Pandemia” – Lei 13.979/20), tratar-se-á de uma conduta objetivamente atípica para o art. 89 da Lei 8.666/93 ou para o art. 337-E do CP. Por outro lado, quando entender que a conduta está em desacordo com tais hipóteses, ainda precisará fazer ulteriores análises, de conteúdo penal, para afirmar que há uma conduta jurídico-penalmente típica e desaprovada.

Ocorre que a acessoriedade conceitual e a acessoriedade administrativa geral dos tipos penais, dentre os quais a do tipo do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, podem apresentar um segundo problema, agora *relacionado à coerência do sistema normativo*: o de que as normas acessórias também são interpretadas e aplicadas por instâncias administrativas. Em outras palavras, as remissões dos

40 GRECO, Luis. A relação..., *op. cit.*, p. 169. Greco esclarece que, nos tipos penais em geral, cuja remissão não é expressa, “... tendo em vista que essas normas se referem a situações genéricas, da qual a realidade pode diferir consideravelmente, nem sempre a violação da norma fundamentará risco proibido, e nem tampouco a obediência sempre fará do risco algo permitido” (GRECO, Luis. Um panorama..., *op. cit.*, p. 59). No mesmo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico. In. *Revista brasileira de ciências criminais*. vol. 99, pp. 327-356, nov./dez. 2012, p. 330.

41 Afirma Greco: “Já quando a norma penal em seu próprio enunciado exige a contrariedade à norma administrativa infralegal ou a ato administrativo concreto, declara ela que este critério será o decisivo, tornando-se vedado recorrer apenas aos outros critérios para fixar o alcance da proibição” (GRECO, Luis. A relação..., *op. cit.*, p. 169). No mesmo sentido, Silva Sánchez afirma que: “No caso dos tipos configurados como leis penais em branco, parece claro que a permissão administrativa de um risco engloba um espaço de atipicidade penal por risco permitido, pois, com efeito, em tais casos se cede a resolução do conflito inerente à tipicidade à Administração, no lugar do legislador ou o juiz penal efetuaem a ponderação” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *op. cit.*, p. 330).

42 Esta é a problemática da relação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Para os crimes em questão, a pergunta é: há uma diferença qualitativa e, em caso positivo, qual é o conteúdo desta diferença entre os tipos penais de perigo abstrato e mera conduta do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP e a infração administrativa de dispensar ou não exigir licitação fora das hipóteses autorizadas por lei. Por questões de espaço e coerência argumentativa, não enfrentaremos esta problemática. O Supremo Tribunal Federal ocupou-se, indiretamente, desta questão no julgamento do Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 15.09.2011, quando se exigiu como conteúdo específico do tipo penal um resultado de dano ao erário não escrito no tipo, e uma conseqüente vontade de atingir este resultado. A favor desta exigência, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 1172-1173. Críticos desta decisão, cf. LEITE, Alaor. *op. cit.*, p. 18-23 e COSTA, Helena Regina Lobo da. *op. cit.*, p. 193-194.

43 HORTA, Frederico. *op. cit.*, p. 250-251.

tipos penais fazem referência, muitas vezes, a proibições ou permissões de Direito Administrativo que também serão objeto de análise por autoridades administrativas e/ou controladores.

Tratando especificamente do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, teremos situações em que, após a prática da conduta de *dispensa* ou de *inexigência* de licitação por parte do administrador público, o Tribunal de Contas competente fará uma análise sobre a legalidade ou ilegalidade daquela conduta à luz das hipóteses previstas na lei. Vale dizer, o Tribunal de Contas irá se manifestar expressamente sobre o conteúdo da remissão (a norma acessória de Direito Administrativo) contida no tipo penal.

Surge, assim, o problema objeto do presente artigo: as manifestações do Tribunal de Contas sobre a remissão contida no tipo penal – avaliando a conduta do administrador público em termos de legalidade – devem ter alguma repercussão e, em caso positivo, em que grau, na análise do desvalor objetivo da conduta relativamente ao art. 89 da Lei 8.666/93 e ao art. 337-E do CP por parte da instância judicial penal?

Trata-se agora do problema de coerência entre decisões de uma instância administrativa e decisões de instância judicial (penal) sobre a interpretação das mesmas regras administrativas permissivas – isto é, que autorizam a dispensa ou de inexigibilidade da licitação – à luz de idênticas situações fáticas. Interpretação, que, como acima explicado, será essencial à verificação do desvalor objetivo da conduta quanto ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e quanto ao crime do art. 337-E do CP.

Ressalte-se que, dentre as diferentes questões que a relação entre instâncias administrativa e penal podem apresentar⁴⁴, não se está tratando aqui da di-

vergência quanto ao exame dos fatos⁴⁵, nem da força probatória que o processo administrativo realizado no Tribunal de Contas pode ter para fins de comprovação de algum aspecto técnico-contábil das contas públicas⁴⁶. Também não se está avaliando o potencial problema de *bis in idem* entre sanções penais e administrativas⁴⁷.

O objeto de exame é, especificamente, a repercussão que a declaração jurídica deste controlador quanto à legalidade da dispensa ou da inexigibilidade

45 Partindo da divisão proposta por Cavali, este seria o caso de repercussões de questões fáticas, nas quais as instâncias penal e administrativa não concordam quanto à ocorrência do fato que estão analisando. Por exemplo, se o Juízo Penal entender que ficou provado que o administrador não dispensou a licitação, mas o Tribunal de Contas entender que há provas desta dispensa. Sobre tal repercussão, parece que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta indícios de certa dependência da instância *não penal* (cível em sentido amplo) pela instância penal, como se observa nos arts. 66 e 67 do Código de Processo Penal e art. 935 do Código Civil. Tratando deste tipo de repercussão e também da cumulação de sanções, cf. MENDES, Gilmar. BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCrim*, ano 29, n. 340, mar. 2021. Cf. também o acórdão que motivou a elaboração do mencionado artigo: STF, Rcl. n. 41.557, 2ª T., Min. Rel. Gilmar Mendes, j. em 14.12.2020.

46 Partindo da divisão proposta por Cavali, este seria o caso de repercussões de questões técnicas, nas quais a instância administrativa, com sua especialização, é capaz de concluir a respeito das provas que auxiliarão a instância penal. Por exemplo, análises contábeis da dispensa de licitação para as contas públicas realizadas pelo Tribunal de Contas poderão ser utilizadas como prova na instância penal. Sobre esta repercussão, intuitivamente, parece possível seguir o entendimento de Cavali, para quem questões técnicas não vinculam a instância penal, mas aproximam-se da natureza de uma prova pericial (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 360-361). Algumas decisões dos Tribunais Superiores consideram a repercussão da manifestação dos Tribunais de Contas exclusivamente em seu aspecto probatório. Nesse sentido, cf. STJ, RHC 37.323/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.11.2014, em que se utilizou a declaração do Tribunal de Contas como indício de prejuízo ao erário público.

47 Sobre o *bis in idem* entre sanções administrativas e penais, cf. TEIXEIRA, Adriano. ESTELLITA, Heloisa. CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas. Um ‘Estado Hidra de Lerna’? In: JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018. Acesso em: 11.07.2020 e SABOYA, Keyty. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, vol. 1, n. 1, pp. 71-92, jul./dez., 2018. O ordenamento jurídico brasileiro contém dispositivos que indicam certa independência na aplicação de sanções, permitindo a cumulação de sanções de diferentes instâncias pelos mesmos fatos. Nesse sentido, cf. art. 37, §4º da Constituição da República; art. 125 da Lei 8.112/90; art. 12 da Lei 8.429/92 e art. 30 da Lei 12.846/13. Importante destacar, no entanto, que, por tratar de questões sobre a cumulação ou não de sanções, estes dispositivos legais não estão diretamente relacionados ao problema analisado neste artigo, que é de repercussões jurídicas das decisões administrativas sobre decisões penais. Vale dizer, estes dispositivos não são capazes de fundamentar o argumento da “independência de instâncias” quando se trata do problema da repercussão jurídica, como acima explicado.

44 Marcelo Cavali, ao tratar do problema dos efeitos da decisão administrativa sobre a esfera penal no âmbito do crime de manipulação de mercado, separa a análise a partir de três questões: fáticas, jurídicas e técnicas (CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais*. Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 353-354). Valendo-se desta divisão, aqui se tratará somente da repercussão das questões jurídicas da decisão do Tribunal de Contas sobre a esfera penal.

da licitação deve ter na decisão do juízo penal sobre a tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

4. A REPERCUSSÃO DAS MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE O EXAME JUDICIAL DE TIPICIDADE OBJETIVA DA CONDUÇÃO À LUZ DO ART. 89 DA LEI 8.666/93 E DO ART. 337-E DO CP

Delimitado que o problema se localiza na interação e coerência entre a interpretação de um controlador (um Tribunal de Contas) e a de uma instância penal (um Juízo penal competente) sobre uma remissão permissiva feita pelo tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 e pelo tipo penal do art. 337-E do CP, cumpre agora analisar cada uma das possibilidades de repercussão da primeira sobre a segunda.

Antes, contudo, é necessário entender qual a relação jurídica entre as funções dos Tribunais de Contas e as decisões dos administradores públicos de dispensar ou de inexigir licitação (contratações diretas), isto é, se as manifestações dos Tribunais de Contas têm natureza constitutiva do ato administrativo de dispensa ou inexigência ou uma natureza repressiva (de controle e fiscalização)⁴⁸.

4.1. A inexistência de dependência das manifestações dos Tribunais de Contas em relação aos atos administrativos de dispensa ou inexigência de licitação

O que se pretende aqui é entender se o Tribunal de Contas funciona como um órgão de controle ou se sua análise faz parte da constituição do ato administrativo de dispensa ou inexigência de licitação, razão pela qual é preciso adentrar, de forma breve, nas funções deste órgão. Conforme dispõe o art. 70 da Constituição da República (CR), o Poder Legisla-

tivo tem como função atípica a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e da Administração Pública. Essa fiscalização compreende a análise da legalidade, da legitimidade, da economicidade, do controle de fidelidade funcional e do controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho. Referida função será realizada, âmbito da União, pelo chamado controle externo do Congresso Nacional, que é exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Dentre as funções dos Tribunais de Contas, é possível destacar três de extrema importância para o objeto deste estudo⁴⁹: (i) função normativa, que compreende a decisão sobre consulta previamente formulada sobre aplicação de dispositivos legais, podendo, inclusive, editar atos e instruções normativas⁵⁰; (ii) função de fiscalização financeira, que compreende a apreciação da legalidade de admissão de pessoal, inspeção e auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, fiscalização da aplicação de recursos⁵¹ e (iii) função de julgamento, que compreende o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis⁵².

Desta forma, analisando especificamente os atos de *dispensa* ou *inexigência* de licitação, que são objeto deste artigo, o Tribunal de Contas poderá, com base em norma constitucional, responder a consultas prévias e anteriores sobre se determinada situação se enquadra ou não em uma das hipóteses legais, inclusive editando súmulas a respeito. Poderá também, ao fiscalizar e julgar contas de administradores públicos, entender que determinadas contratações diretas realizadas durante certa gestão pública foram firmadas em acordo ou em desacordo com as hipóteses legais. Além da legalidade, tais juízos dos Tribunais de Contas vão observar, principalmente, os aspectos relacionados à discricionariedade do ato administrativo⁵³.

Portanto, as funções dos Tribunais de Contas são (a) a título de apreciação de consultas, em abstrato, com função normativa, ou (b) em concreto, com função de fiscalização e julgamento. Logo, uma manifestação de um TC não será *constitutiva* de atos administrativos de dispensa ou inexigência de licitação. Sendo assim, ao que tudo indica, tais manifestações

48 Essa pergunta é relevante, pois, a depender da relação do Tribunal de Contas com o ato administrativo, a repercussão no juízo penal será diferente. Para ilustrar a importância, utilizemos comparação proposta por Cavali: a autoridade administrativa tributária, de acordo com o art. 142 do CTN, é quem constitui o próprio crédito tributário, isto é, a prestação pecuniária constante do tributo, um elemento típico dos crimes tributários. Logo, há uma dependência absoluta entre a decisão do órgão administrativo e a decisão da instância penal, não sendo possível reconhecer juridicamente a caracterização do delito antes da manifestação daquela, fato que levou o STF a editar a contestada súmula vinculante nº 24. Por outro lado, a Comissão de Valores Mobiliários pode julgar fatos concretos, declarando-os como ilícitos de mercado de capitais, que também podem configurar ilícitos penais. No entanto, a CVM não tem o monopólio sobre a constituição de um ato como ilícito, de modo que o Juízo penal não está vinculado à sua decisão prévia (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 350-351).

49 Classificação de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 826.

50 Art. 1º, inc. XVII e §2º e art. 3º, todos da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

51 Art. 71, inc. III, IV e VI, da CR e art. 1º, inc. II, da Lei 8.443/92.

52 Art. 71, inc. II, da CR.

53 Art. 1º, §1º da Lei 8.443/92.

dos Tribunais de Contas não configuram questões prejudiciais para os fins do arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal⁵⁴. Por consequência, é claramente possível que uma denúncia seja oferecida e uma sentença penal seja prolatada sem que exista *qualquer* manifestação de um Tribunal de Contas sobre a conduta de dispensa ou inexigência de licitação⁵⁵.

Por outro lado, essa manifestação do TC poderá já estar disponível ao juízo penal. Se assim for, qual repercussão seria juridicamente possível no bojo de ação penal instaurada?

4.2. Ao menos três possibilidades de repercussão

Se existente uma manifestação do Tribunal de Contas a respeito da legalidade de uma conduta de dispensa ou inexigência de licitação, dois são os princípios imbricados. De um lado, a chamada inafastabilidade do controle judicial da lesão ou ameaça a direito, disposta no art. 5º, inc. XXXV, da CR, que garante ao Poder Judiciário a reanálise de aspecto já enfrentado pelo controlador e/ou autoridade administrativa. De outro lado, a exigência de coerência do sistema normativo, que impõe algum tipo de coordenação entre as decisões dos diferentes órgãos (entre contencioso administrativo e contencioso judicial), sob pena de perderem a necessária capacidade de orientação de condutas do cidadão⁵⁶ (essencial à pretendida função de orientação de condutas atribuída ao Direito Penal).

A exigência de coerência fundamenta-se, especificamente no caso examinado neste artigo, na especial conjugação, de um lado, da função constitucionalmente estabelecida de fiscalização da legalidade dos atos administrativos relativos a licitações pelo Tribunal de Contas e, de outro, com a análise da tipi-

cidade objetiva da conduta à luz dos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 337-E do CP, cuja acessoriedade reside exatamente na análise dessa legalidade. A partir deste embate de princípios, ao menos três são as possíveis repercussões da manifestação da instância administrativa sobre a instância penal, considerando uma ação penal em andamento: (i) absoluta desvinculação; (ii) absoluta vinculação e (iii) imposição de ônus argumentativo em dois níveis.

4.2.1. Absoluta desvinculação

De acordo com esta primeira possibilidade, que se traduz no slogan “independência de instâncias”, as manifestações jurídicas dos Tribunais de Contas a respeito de uma conduta de dispensa ou inexigência de licitação seriam absolutamente “inúteis” para a instância judicial penal, que pode decidir livremente sobre a tipicidade objetiva desta mesma conduta. Em outras palavras, seria legítimo, para esta corrente, que o Tribunal de Contas se manifestasse pela licitude de uma conduta, mas o Juízo penal reconhecesse a tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP sem qualquer tipo de diálogo com a decisão administrativa.

A tese da absoluta desvinculação ampara-se em ao menos dois argumentos importantes. O primeiro seria o de que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende pela independência entre uma decisão do Tribunal de Contas e um subsequente exame judicial da tipicidade objetiva à luz do art. 89 da Lei 8.666/93⁵⁷. O segundo seria o da inafastabilidade do controle judicial, de modo que não se poderia retirar do Juízo penal a competência de apreciação de fatos a ele submetidos apenas porque a esfera administrativa sobre eles também já se manifestou.

Tais argumentos são de questionável solidez. Vejamos: quanto ao primeiro, é inegável que o entendimento de tribunais superiores sobre um tema é elemento relevante. Contudo, o produto da interpretação das Cortes nem sempre é consistente. No preciso caso da suposta “independência das instâncias”,

54 Em sentido contrário, já entendeu o STJ. Para tanto, cf. STJ, AP n. 323/CE, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.10.2005.

55 Tratando da relação das decisões administrativas da CVM e do CRSFN e o crime de manipulação de mercado, Cavali conclui: “Estas instituições são especializadas no exame de questões técnicas, por vezes complexas, no âmbito do mercado financeiro, de modo que, não há dúvida, suas conclusões influenciarão sobremaneira o processo penal. Mas reconhecer essa influência é algo diferente do que afirmar a impossibilidade de início da persecução penal referente aos crimes contra o mercado de capitais antes do término do processo administrativo sancionador. Assim, de posse da comunicação encaminhada pela CVM – ou mesmo de notícia criminis enviada por terceiros, como um investidor lesado, por exemplo –, poderá o Ministério Público Federal requisitar a instauração de inquérito pela Polícia Federal; conduzir, dentro das balizas fixadas na jurisprudência, diretamente a investigação; ou, caso forme desde logo *opinio delicti* positiva, oferecer a denúncia” (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 351).

56 Nesse sentido, *Ibid.*, p. 353.

57 Nesse sentido, relacionado expressamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93, cf. STJ, HC 34.506/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10.08.2004; STJ, REsp 742.794/PB, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 04.02.2010; STJ, HC 156.234/DF, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 06.04.2010 (ressalte-se que, neste caso, o Rel. tinha entendimento pessoa contrário, mas seguiu a jurisprudência do Tribunal); STJ, RHC 50.167, Decisão Monocrática, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe em 23.08.2019. Tratando do crime do art. 90 da Lei 8.666/93, cf. STJ, HC 218.663/RJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 13.11.2012. Em sentido contrário, cf. STJ, HC 88.370/RS, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 07.10.2008.

o que se verifica é mais um exemplo de uma espécie de mera “repetição de ementas”.

Isto porque, ao se analisar a origem da tese no STJ observa-se que era aplicada exclusivamente para os crimes de responsabilidade de prefeitos, dispostos no art. 1º do Decreto-Lei 201/67⁵⁸ ou crime de obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira, disposto no art. 19 da Lei 7.492/86⁵⁹. Tais tipos penais, contudo, *não* são dotados das expressas remissões administrativas, ao contrário do que ocorre com o tipo objetivo do art. 89 da Lei 8.666/93.

Sem qualquer argumento ou justificativa adicional, e ignorando o fato de que os tipos se diferenciam quanto à remissão administrativa expressa, essa tese passou a ser replicada em casos em que havia cumulação destes crimes com os da Lei de Licitações⁶⁰ e, na sequência, passou a ser aplicada também em casos que tratavam exclusivamente do art. 89 da Lei 8.666/93. Tudo isso, todavia, sem qualquer explicação para o tratamento análogo de diferentes formulações típicas.

Com relação ao segundo argumento, ele está, em seu núcleo, correto. Por expressa previsão constitucional, é claro que não se pode retirar do Juízo penal a possibilidade de reavaliar a qualificação jurídica dos fatos. Dessa premissa, no entanto, não decorre a conclusão acima pretendida. Uma coisa é o Juiz penal ter competência para revalorar juridicamente fatos já examinados na esfera administrativa. Outra, muito diversa, é ele decidir sobre a tipicidade objetiva do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP ignorando, por completo, a manifestação de instância administrativa competente para avaliar a legalidade do ato de dispensa ou inexigência (na prática, competente para avaliar o conteúdo da remissão administrativa do tipo penal em apreço).

4.2.2. Absoluta vinculação

De acordo com esta possibilidade, as manifestações do Tribunal de Contas vinculariam completamente o Juízo penal, que não poderia entender em sentido contrário sobre a legalidade ou ilegalidade de uma dispensa ou inexigibilidade de licitação. Assim,

58 Nesse sentido, cf. STJ, HC 10.605/PB, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18.11.1999; STJ, REsp 264.576/PB, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 13.12.2000; STJ, HC 11.355/BA, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 06.02.2001; STJ, HC 16.518/CE, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 28.08.2001; STJ, HC 16.765/CE, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 02.04.2002 e STJ, HC 30.666/PI, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 09.03.2004.

59 Nesse sentido, cf. STJ, HC 12.236/GO, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 24.10.2000.

60 STJ, HC 34.506/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10.08.2004.

caso o TC decidisse que determinada dispensa foi realizada de acordo com as hipóteses legais, restaria ao Juízo penal somente a decisão de reconhecimento da atipicidade da conduta.

A favor desta possibilidade pode-se argumentar que, na medida em que o legislador construiu o tipo penal com uma referência expressa à acessoriedade administrativa – e o Tribunal de Contas é o controlador com competência para fiscalizar e julgar a legalidade de tais atos –, suas decisões devem ser vinculantes às demais instâncias. Isso traria ganhos em termos de coerência sistêmica.

Porém, este argumento também é frágil⁶¹. Isso porque as decisões do Tribunal de Contas (e dos controladores e/ou autoridades administrativas em geral) *não* fazem coisa julgada e, logo, podem ser plenamente revistas pelo Poder Judiciário⁶². Ou seja, o fato de o legislador construir o tipo penal com uma acessoriedade administrativa geral não significa que está retirando em absoluto do Poder Judiciário a análise da subsunção de fatos concretos na norma administrativa geral.

4.2.3. Imposição de ônus argumentativo em dois níveis

De acordo com esta terceira possibilidade, as manifestações dos Tribunais de Contas não vinculam o Juízo penal, mas devem influenciá-lo *sempre* que reputarem *legal* o ato de dispensa ou de inexigibilidade analisado. Ou seja, o problema está em *agravar* a situação do réu que já teria recebido uma prévia manifestação estatal (ainda que no âmbito administrativo) no sentido da *legalidade* da sua conduta.

Na medida em que: (i) os tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP são construídos com expressa acessoriedade administrativa, mais especificamente com uma elementar negativa “fora das hipóteses previstas em lei”, e (ii) os Tribunais de Contas têm a função de fiscalizar e julgar administrativamente estes atos, as manifestações jurídicas destes órgãos a respeito da legalidade de uma dispensa ou inexigibilidade de licitação apresentam-se

61 Também negando essa absoluta vinculação do Poder Judiciário por decisões da CVM sobre a manipulação de mercado, cf. CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 356-357.

62 Neste ponto, afirma Cavali: “... toda conduta penalmente típica caracterizará uma infração administrativa, mas nem toda infração administrativa representa, *ipso facto*, um delito. Esse reconhecimento não implica, porém, conceder à CVM ou ao CRSFN a exclusividade – ou sequer a prevalência – na compreensão jurídica dos institutos previstos na regulação do mercado de capitais. Nenhuma autoridade administrativa possui – não apenas no mercado de capitais, mas em nenhum âmbito jurídico – a prerrogativa de interpretação definitiva sobre a legislação que lhe incumbe aplicar” (*Ibid.*, *idem*).

como verdadeiros e relevantes *indícios* do não preenchimento da referida elementar típica.

Conseqüentemente, caso o Juízo penal, ao analisar a tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP, venha a entender de maneira diversa do TC, terá um ônus argumentativo muito maior. Deverá enfrentar expressamente os argumentos trazidos pelo Tribunal de Contas para, somente então, afastá-los⁶³.

Mais precisamente: sempre caberá ao Juízo penal um dever de fundamentar sua decisão condenatória, demonstrando que a conduta de dispensa ou inexigência de licitação foi realizada “fora das hipóteses previstas em lei”. Porém, se, no momento da decisão, já houver uma manifestação do Tribunal de Contas afirmando que a conduta respeitou tais hipóteses, ou seja, foi legal, àquele primeiro dever se acresce um elevado ônus argumentativo, a saber: o enfrentamento expresso das razões do TC e sua subsequente superação.

Esta terceira vertente supera as desvantagens das duas anteriores, pois garante a competência e liberdade do Juízo penal, mas, ao mesmo tempo, exige maior coerência entre as instâncias do ordenamento jurídico, propondo um necessário diálogo entre contencioso administrativo e contencioso judicial. O problema não reside apenas na existência de decisões conflitantes sobre o mesmo fato na esfera administrativa e na judicial (isso é o cotidiano dos tribunais). O problema está na ausência de diálogo entre as instâncias, especialmente quando o controlador (neste caso, TCs), relativamente à dispensa e à inexigibilidade, já se manifestou no sentido da *legalidade* da conduta do gestor público.

4.3. Tomada de posição e balizas para a decisão dos Tribunais de Contas

Apresentadas três possíveis repercussões das decisões dos Tribunais de Contas no juízo sobre a tipicidade objetiva da conduta em relação ao art. 89 da Lei 8.666/89 e ao art. 337-E do CP, pensamos que a mais consistente, conforme acima justificado, é a *imposição de ônus argumentativo em dois níveis* ao Juízo penal, especificamente na hipótese de entender pela

ilegalidade da dispensa ou inexigência de licitação quando uma decisão anterior do TC já a reputou legal.

Em termos procedimentais, em caso de descumprimento deste ônus argumentativo na sentença ou acórdão penal condenatórios, pensamos que não se trataria de mero *error in iudicando*, mas de verdadeiro *error in procedendo*, o que permitiria à instância revisora anular a sentença, por carência de fundamentação (especialmente à luz do art. 315, § 2º, IV, CPP). Consideramos, ademais, que a configuração de tal ônus independe de uma manifestação expressa da defesa quanto ao conteúdo da decisão do TC, porque o exame da manifestação do TC seria absolutamente inerente ao exame judicial da tipicidade objetiva da conduta quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93 e ao art. 337-E do CP.

Contudo, é preciso salientar que não é qualquer manifestação de um TC que gerará tal ônus. Na medida em que a preocupação aqui é com a coerência do sistema normativo enquanto orientador da conduta ao cidadão, a decisão do TC precisa ser dotada de, ao menos três características, para somente então gerar este ônus argumentativo agravado ao Juízo penal.

A primeira característica é que seja uma decisão que julgue um ato administrativo determinado de dispensa ou inexigência de licitação do administrador público e não uma decisão genérica sobre as contas da gestão deste administrador durante o ano. Tal característica se justifica, porque somente neste caso a manifestação do TC potencialmente adentrará no conteúdo da regra acessória aos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

A segunda característica, que se soma à primeira, é que a decisão avalie o aspecto da *legalidade* do ato administrativo determinado de dispensa ou inexigência de licitação e não outros aspectos como a *economicidade* do ato ou o *controle de resultados*. A exigência desta característica se justifica, porque somente a decisão sobre o aspecto da *legalidade* é que representa, efetivamente, uma avaliação do controlador sobre a elementar “fora das hipóteses previstas em lei” do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

A terceira e última característica, que se soma às demais, é que a decisão do TC tenha considerado legal o ato de dispensa ou de inexigibilidade da licitação (logo, se o TC considerar ilegal, não surgirá o referido ônus argumentativo agravado). Esta característica se justifica pelas relações entre as ilicitudes *penal* e *administrativa*, sendo totalmente possível que uma infração administrativa seja atípica, mas ques-

63 Também reconhecendo que há algum grau de comunicação entre a instância administrativa do mercado de capitais/sistema financeiro nacional e o juízo penal, Cavali afirma: “É evidente que, neste caso, os fundamentos utilizados pelo CRSFN devem ser detalhadamente enfrentados pelo juiz criminal, sobre quem recairá um ônus adicional na fundamentação da comprovação do injusto penal. Caberá notadamente ao Ministério Público Federal demonstrar razões especialmente relevantes para afastar o entendimento adotado no âmbito administrativo” (CAVALI, Marcelo Costenaro. *op. cit.*, p. 358).

tionável que um fato reputado lícito do ponto de vista administrativo seja crime⁶⁴.

5. RESOLUÇÃO DO GRUPO DE CASOS

Apresentados os possíveis critérios, é chegada a hora de aplicá-los aos casos anteriormente narrados.

5.1. Caso 1: Tribunal de Contas considera ilegal a dispensa ou inexigibilidade da licitação

Neste caso, se o Juízo penal julga diversamente do TC a respeito da legalidade da dispensa, ou seja, de que se tratou de contratação direta legal, entendemos que não haveria maior ônus argumentativo, pois o Poder Judiciário estaria revendo a decisão do TC de modo a beneficiar o réu. Por outro lado, se o juízo penal estiver de acordo com o TC, terá que apresentar fundamentos adicionais, de cunho especificamente penais, para concluir pelo desvalor objetivo da conduta (*supra* n^o 3.2.1) e, assim, pela sua tipicidade objetiva à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP.

5.2. Caso 2: Tribunal de Contas considera legal a dispensa ou inexigibilidade da licitação

Neste caso, se o Juízo penal entende diversamente do TC a respeito da legalidade da dispensa, ou

64 Nas palavras de Assis Toledo: “poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo etc.), com exigências mais reduzidas para sua configuração. O fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora da tipificação penal — o círculo menor — mas dentro do círculo maior, na sua faixa periférica e exclusiva. Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira” (ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165).

seja, de que se tratou de contratação direta *ilegal*, terá de superar um ônus argumentativo agravado, enfrentando ponto a ponto as justificativas da decisão do TC. Superado tal ônus, terá ainda de fazer todos os demais exames de cunho estritamente penal, para então concluir pela tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Por outro lado, se estiver de acordo com o TC, poderá concluir, sem maior ônus argumentativo, pela atipicidade da conduta.

6. CONCLUSÃO

As manifestações dos Tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle, não são questões prejudiciais obrigatórias para a análise da tipicidade objetiva da conduta à luz do art. 89 da Lei 8.666/93 e do art. 337-E do CP. Porém, existindo uma manifestação de instância constitucionalmente estabelecida (TC) a respeito da legalidade ou ilegalidade da conduta de dispensa ou inexigibilidade de licitação, é preciso perquirir sobre os seus possíveis impactos nas decisões do Juízo penal.

Síntese: quando se tratar de uma manifestação concreta e *a posteriori*, no exercício de função de julgamento do TC, que reputar *legal* o ato de dispensa ou de inexigência de licitação, impõe-se um ônus argumentativo agravado ao Juízo penal para superá-la. Isso porque tal decisão administrativa representa forte e relevante *indício* do não preenchimento da elementar “fora das hipóteses previstas em lei” (art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 337-E do CP). Assim, deverá o julgador, obrigatoriamente, enfrentar os argumentos do TC, sob pena de fundamentação deficiente e, logo, nula. Mas não só. Deverá também apresentar razões fortes o suficiente para amparar um juízo positivo de tipicidade objetiva *apesar* de o controlador, na seara administrativa, ter previamente aferido a legalidade da dispensa ou da inexigibilidade da licitação.

REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- BALDAN, Édson Luis. Crimes de licitações. In. LAVORENTI, Wilson (Coord.). *Lei penais especiais anotadas*. 13. ed., São Paulo: Millennium, 2016.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais*. Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação: reflexões sobre os novos rumos da jurisprudência brasileira. In. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- FALAVIGNO, Chiavelli. *A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: EMais, 2020.
- FAYET JÚNIOR, Ney. CURVELO, Alexandre Schubert. Da análise das condutas nas licitações públicas a partir de critérios substanciais – entre a discricionariedade, a ilegalidade e a infração penal. In. FAYET JÚNIOR, Ney. MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, pp. 152-194, jan./fev., 2006.
- *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- HORTA, Frederico. *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro*. 2012, Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.
- LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993). In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, pp. 13-29, set./out. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual., São Paulo: Melhoramentos, 2015.
- MENDES, Gilmar. BUONICORE, Bruno Tadeu. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim do IBCrim*, ano 29, n. 340, mar. 2021.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidade*. La remisión a los estándares sociales de conducta em la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidade de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, vol. 1, n. 1, pp. 71-92, jul./dez., 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico. In. *Revista brasileira de ciências criminais*. vol. 99, pp. 327-356, nov./dez. 2012.
- TEIXEIRA, Adriano. ESTELLITA, Heloisa. CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas. Um ‘Estado Hidra de Lerna’? In. JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018. Acesso em: 11.07.2020.

**Raquel Lima Scalcon**

<http://orcid.org/0000-0001-9817-9229>

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas
raquelscalcon@gmail.com

Professora na FGV Direito SP (Graduação, Pós FGVLaw e Mestrado Profissional – Linha Direito Penal Econômico). Agradada pela Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com a CAPES, com bolsa para estudos pós-doutorais na Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha, e pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht em Freiburg, Alemanha, com bolsa para estadia de pesquisa de curta duração (2018). Doutora em Direito pela UFRGS (2016), onde se graduou (2009). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Advogada e Consultora.

**Felipe Longobardi Campana**

<https://orcid.org/0000-0001-8981-1747>

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
fcampana93@gmail.com

Assistente científico do Mestrado Profissional da FGV. Mestrando em Direito Penal pela USP. Advogado.

Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB¹

Constitutionality of the Right to Error of the Public Manager of art. 28 of the New LINDB

Constitucionalidad del Derecho al Error del Administrador Público del art. 28 del Nuevo LINDB

*Juliana Bonacorsi de Palma*² e *André Rosilho*³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.386>

Resumo: o presente artigo apresenta o sentido do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e demonstra a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); lei n.º 13.655/2018; MP n.º 966; responsabilização de agentes públicos; dolo; erro grosseiro; gestão pública; STF; TCU.

Abstract: this article presents the meaning of art. 28 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) and demonstrates its compatibility with the Brazilian legal system, notably with the Federal Constitution.

Keywords: Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB); law No. 13,655 / 2018; MP No. 966; accountability of public agents; deceit; gross error; public Management; STF; TCU.

Resumen: este artículo presenta el significado del arte. 28 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) y demuestra su compatibilidad con el ordenamiento jurídico brasileño, en particular con la Constitución Federal.

Palabras clave: Ley de Introducción a las Reglas de Derecho Brasileño (LINDB); ley N ° 13.655 / 2018; MP No. 966; responsabilidad de los agentes públicos; engaño; error grave; gestión pública; STF; TCU.

1 Artigo submetido em 10/11/2020 e aprovado em 24/03/2021

2 FGV Direito SP, Brasil

3 FGV Direito SP, Brasil

1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.655, de 2018, atualizou a famosa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42). Nela foram inseridos 10 novos dispositivos que procuraram disciplinar, em caráter geral, a criação e aplicação do direito público no Brasil.

A mudança tem origem em anteprojeto idealizado por professores de direito, no âmbito da academia. O diagnóstico, construído a partir de amplo conjunto de pesquisas empíricas, foi o de que seria preciso melhorar a qualidade da atividade jurídico-decisória sobre questões públicas no Brasil, exercida nos vários níveis da federação e nos diferentes Poderes e órgãos autônomos de controle. Por essa ótica, o avanço na produção de normas disciplinadoras da ação do Estado paradoxalmente teria sido acompanhado de um aprofundamento e precarização da segurança jurídica. Haveria a necessidade de mais segurança e previsibilidade no mundo público.

A proposta sensibilizou o Senador Anastasia, também ele professor de direito, que a acolheu como projeto de lei. Depois de tramitar longamente no Congresso, foi submetido à sanção presidencial. Nesse momento, órgãos de controle, internos e externos, reagiram. Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU) chegaram a pedir ao Presidente da República que vetasse a inclusão de novos dispositivos na LINDB.⁴ O dispositivo que versava sobre a responsabilização de agentes públicos (o atual art. 28 da LINDB) talvez tenha sido o responsável por despertar as maiores paixões.

Órgãos de controle viram no dispositivo a criação de óbices à fiscalização e a abertura para desmandos e desvios. Gestores públicos, por sua vez, nele enxergaram estímulo necessário à boa gestão pública.⁵

Com vetos, a lei foi sancionada, entrou em vigor e a vida seguiu. Órgãos de controle, outrora críticos, passaram a aplicar os novos dispositivos da LINDB, inclusive o art. 28.⁶

Em 2020, no contexto da pandemia, o governo editou a MP n.º 966. O diploma praticamente repetiu

o teor do art. 28 da LINDB com a finalidade de explicitar que agentes públicos envolvidos no enfrentamento da pandemia, ou de seus efeitos, só poderiam ser pessoalmente responsabilizados em caso de dolo ou erro grosseiro.⁷

Na sequência, houve a proposição, no Supremo Tribunal Federal (STF), de uma série de ações diretas de inconstitucionalidade visando tornar o diploma sem efeitos⁸. Duas dessas ações se voltaram não só contra a MP, mas também contra o art. 28 da LINDB.

A ADI 6421 e a ADI 6428, propostas respectivamente pela REDE Sustentabilidade e pelo Partido Democrático Trabalhista, requereram “*no mérito, a inconstitucionalidade da MP 966/2020 e do art. 28 da LINDB*”. Na ADI 6421, a REDE ainda requereu medida cautelar para suspender os arts. 12 e 14 do Decreto n.º 9.830/2019, regulamentador da LINDB na esfera federal.

Em 21 de maio de 2020, o Plenário do STF analisou a medida cautelar e, por maioria de votos, deferiu parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição dos arts. 1º e 2º da MP n.º 966/2020. Nos termos do voto do relator, afastou a apreciação do art. 28 da LINDB, considerando a vigência há mais de dois anos da Lei n.º 13.655/2018 e seu caráter de norma geral.

O STF, em decisão liminar, afirmou que nem a MP nem o art. 28 da LINDB contêm qualquer inconstitucionalidade.⁹ Ao assim decidir, pôs um ponto final ao debate? Sim e não.

O risco mais imediato, de o art. 28 da LINDB vir a ser declarado inconstitucional, de fato foi afastado. No entanto, há indícios consistentes de que o dispositivo ainda hoje seja visto com certa desconfiança por parte de órgãos de controle. A reação do TCU com a edição da MP 966, por exemplo, sugere resistência profunda ao art. 28 da LINDB.

Nesse contexto, é fundamental explicar sua razão de ser e seu conteúdo e alcance. A LINDB como um todo, e o art. 28 em específico, não se opõem ao

7 É o texto do art. 1º, caput, da MP n.º 966/2020: “[o]s agentes públicos somente poderão ser responsabilizados na esfera civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática e atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: (...)”. A MP n.º 966/2020 perdeu a vigência no dia 21 de setembro de 2020.

8 São elas: ADI 6421, proposta pela Rede Sustentabilidade; ADI 6428, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); ADI 6427, proposta pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI); ADI 6425, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); ADI 6422, proposta pelo Cidadania; e ADI 6424, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

9 Cf. Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966, JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/surpresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.

4 Cf. Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB, Consultor Jurídico, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>.

5 Cf. Presidentes da ENAP e da ANESP defendem sanção ao PL 7448 em audiência pública no TCU, ANESP, 24 abril de 2018. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/2018/4/24/presidentes-da-enap-e-da-anesp-defendem-sano-do-pl-7448-em-audincia-pblica-no-tcu>.

6 Cf. Pragmatismo no TCU?, JOTA, 11 dezembro 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/pragmatismo-no-tcu-11122019>.

controle. Aliás, muito ao contrário. O que procuram fazer é abrir espaço para a boa gestão pública, corrigindo disfuncionalidades (constatadas a partir de estudos empíricos) na construção e aplicação de normas de direito público (por autoridades da administração, do Judiciário e de órgãos de controle).

Trata-se de medida necessária e totalmente compatível com o direito brasileiro. É o que se passa a demonstrar no artigo que se segue.

2. ART. 28 DA LINDB: MAIS SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS GESTORES PÚBLICOS

A LINDB limitou a responsabilização pessoal dos agentes públicos, por suas decisões ou opiniões técnicas, aos casos de dolo ou erro grosseiro:

LINDB

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

A gestão pública pressupõe a adoção de soluções criativas, céleres e eficientes, que não raro destoam de entendimentos controladores, determinadas leituras doutrinárias ou sejam inovadoras. O gestor público é instado a tomar as decisões necessárias aos desafios de seu tempo, interpretando as normas jurídicas para o desenho de soluções sem referencial em modelos ou fórmulas sacramentadas. Como qualquer ser humano, o gestor público se encontra sujeito a erro. Aliás, o erro é esperado na gestão pública. Pelo acúmulo de aprendizados institucionais com os erros honestos e acertos, a gestão pública se torna melhor.¹⁰

Dada a importância em se limitar a responsabilização pessoal, vários diplomas expressamente a reconheceram para determinadas categorias profissionais.

10 O ordenamento jurídico brasileiro não se ocupou de definir, com precisão, o que seriam erros honestos, escusáveis. Limitou-se a dizer que só se admitiria responsabilização pessoal em caso de dolo e erro grosseiro, sem defini-los. Originalmente, o projeto da Lei n.º 13.655, de 2018, planejava conceituar erro honesto no § 1º do art. 28 da LINDB. O dispositivo, contudo, foi vetado pelo Presidente da República. A despeito disso, a redação da norma que foi aprovada pelo Congresso Nacional, mas rejeitada pelo Presidente da República, pode ser útil para ilustrar o que, na prática, se poderia considerar como erro honesto, escusável. Transcrevemos, abaixo, a redação do citado dispositivo:

“Art. 28 (...)

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral, ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”.

Pelo Código de Processo Civil, somente nos casos de dolo ou fraude podem ser responsabilizados civil e regressivamente, por perdas e danos: juízes (art. 143, inc. I);¹¹ membros do Ministério Público (art. 181);¹² membros da Advocacia Pública (art. 184);¹³ e membros da Defensoria Pública (art. 187).¹⁴ Pela Lei n.º 13.327/2016, os ocupantes dos cargos de advogado da União, procurador da Fazenda Nacional, procurador federal e procurador do Banco Central “*não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude*”.¹⁵ A Lei de Mediação expressamente afasta a responsabilização pessoal civil, administrativa e penal dos servidores e empregados públicos que participem do processo de composição extrajudicial do conflito, salvo quando, “*mediante dolo ou fraude, recebam qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem*”.¹⁶ Por sua vez, os conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) somente podem ser responsabilizados civilmente, em processo judicial ou administrativo, por suas decisões quando procederem comprovadamente com dolo ou fraude.¹⁷ Já os agentes públicos que participem do processo de celebração de transação tributária somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem.¹⁸

O art. 28 da LINDB buscou reforçar a segurança jurídica do gestor público honesto para decidir. Nessa

11 Art. 143, I, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”. Cf., ainda, Lei Complementar n.º 35/79, art. 49, inc. I.

12 Art. 181, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

13 Art. 184, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

14 Art. 187, do CPC (Lei n.º 13.105/2015): “[o] membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

15 Cf. art. 38, §2º, Lei n.º 13.327/2016.

16 Cf. art. 40, Lei n.º 13.140/2015.

17 Cf. art. 48, parágrafo único, inc. I, da Lei n.º 11.941/2009.

18 Cf. art. 29, Lei n.º 13.988/2020.

linha de conforto decisório, vão outros preceitos da LINDB, notadamente o seu art. 22, caput e §1º¹⁹:

LINDB

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Tomando como referência o gestor público honesto, a LINDB espera contribuir para uma gestão pública mais eficiente e inovadora, em que seus gestores não tenham receio de tomarem as decisões necessárias, mesmo que impopulares, trágicas, urgentes ou contrárias à interpretação controladora.

3. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LINDB

O art. 28 da LINDB limita a responsabilização pessoal do agente público apenas aos casos de dolo ou erro grosseiro, mas ele continua respondendo por seus atos de má-fé ou culpa grave, sem afastar as responsabilidades política, penal e por improbidade administrativa. Nessa linha, diversas são as decisões do STJ que aduzem que a responsabilização por improbidade administrativa “*deve alcançar o administrador desonesto, não o inábil*”²⁰.

Para todos os efeitos, a noção de erro grosseiro equipara-se à de culpa grave, mas a Constituição não estabeleceu um sentido de culpa. Natural que a lei se ocupasse de determinar o conteúdo jurídico de culpa, como de fato fez.

19 Aprofundar em Eduardo Jordão, *Acabou o Romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro* in Revista de Direito Administrativo, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Rio de Janeiro: FGV, nov. 2018. Segundo o autor, “[n]ão surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerado de bem intencionados. Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito. O tipo específico de proteção que o caput do art. 22 determina é a ‘consideração’ das circunstâncias em que a decisão foi tomada”. Idem, p. 73.

20 STJ, REsp 213.994, Primeira Turma, Min. Rel. Garcia Vieira, 17 de agosto de 1999.

A experiência constitucional brasileira demonstra que não há um conceito constitucional de culpa, cabendo à lei defini-la. Não há que se falar em limitação do texto constitucional do art. 37, §6º. Nem se diga que a locução “*funcionários*” remete unicamente à categoria de agentes públicos submetida ao regime estatutário, limitando-se o alcance do texto constitucional a apenas essas categorias. Na história constitucional brasileira, a referência à classe de agentes estatais sempre foi ampla, embora sua terminologia variasse entre as Cartas – *empregados públicos* no Império e *agentes públicos* na Constituição de 1988, por exemplo.

Recentemente o STF consagrou a diretriz da dupla proteção no RE 1.027.633 (Tema 940),²¹ firmando a seguinte tese de repercussão geral: “*a teor do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”. O Supremo extrai do texto do §6º do art. 37 da Constituição dupla proteção, dirigida tanto ao particular, que detém legitimidade para ingressar com ação de indenização em face do Estado ou de delegatárias de serviço público, quanto ao agente público, que somente será acionado pela pessoa jurídica a que se vincular funcionalmente.

Com este julgado, o STF firma importante diretriz de hermenêutica constitucional do art. 37, §6º, da Constituição, qual seja, a proteção do gestor público. Elucidativa é a passagem do Min. Alexandre de Moraes:

“A possibilidade de responsabilização direta, per saltum, submeteria a pessoa do agente público a um grau irrazoável de exposição a questionamentos judiciais por atos praticados no exercício da função. (...) Titulares de interesses desfavorecidos pela atuação do Poder Público poderiam estrategicamente demandar contra os agentes públicos responsáveis, como forma de intimidação ou represália”.

A diretriz da proteção do gestor público na interpretação do art. 37, §6º, da Constituição certamente se aplica quando da compreensão do elemento sub-

21 Cf. RE 327904, RE 344.133, RE 1.027.633 RG, RE 470.996 AgR (2ªT), RE 593.525 AgR-segundo, ARE 991.086 AgR, ARE 908331 AgR.

jetivo nas ações regressivas e nas responsabilizações diretas dos gestores públicos.²²

O conceito de “erro grosseiro” vem da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilização dos advogados públicos por pareceres no acórdão paradigmático MS 24.631: “[s]alvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”. Em recente precedente (MS AgR 35.196), a 1ª Turma do STF reafirmou este entendimento à luz da Nova LINDB:

“A relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito. Ao restringir a responsabilização pessoal do agente público aos casos ‘de dolo ou erro grosseiro’, a LINDB visa a conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão, evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública. (...) Assentada a responsabilidade dos advogados públicos face ao Tribunal de Contas da União quando do exercício de suas prerrogativas, **haverá a responsabilização caso presentes dolo, culpa grave ou o erro evidentemente escusável**”.

No âmbito dos Tribunais de Contas, o Acórdão 2.391/2018 firmou entendimento no sentido de que o erro grosseiro definido no art. 28 da LINDB corresponde à culpa grave.

Assim, o art. 28 da LINDB se coaduna com o modelo de responsabilização dos agentes públicos construído pela experiência constitucional, legal e jurisprudencial brasileira. Neste modelo, cabe à lei definir o grau de culpa dos gestores públicos, que sempre será subjetiva. Não há qualquer vedação constitucional para que o Legislador faça gradações e estipule graus de culpa.

A tutela do gestor público é uma diretriz interpretativa do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que

em absoluto significa limitar o alcance do preceito, mas antes prestigiar outros valores públicos insculpidos na Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade – não se lê a Constituição em tiras.²³ Por fim, o conceito de erro grosseiro não é estranho ao vocábulo jurídico brasileiro, sendo há muito consagrado por este Supremo Tribunal Federal nos casos de responsabilização de pareceristas públicos.

4. O STF CHANCELA O ART. 28 DA LINDB: ANÁLISE DO JULGAMENTO CAUTELAR DAS ADIS CONTRA A MP 966/2020

A MP n.º 966/2020 foi editada em um cenário bastante particularizado de pandemia, em que decisões rápidas com elevado gasto público são fundamentais para enfrentar os efeitos sanitários, econômicos e sociais da Covid-19. Fato é, porém, que os gestores públicos não se sentem confortáveis em tomar decisões dessa natureza. Na verdade, a pandemia potencializou o medo que os gestores públicos já sentiam com relação ao controle.

Em uma verdadeira tragédia sem precedentes, em que cientistas ainda estudam métodos para superar a Covid-19, todas as decisões públicas são tomadas com elevado grau de incerteza e baixíssima previsibilidade. Ademais, a urgência impede que sejam desenvolvidos estudos e análises que melhor informe a decisão pública. Poderia o gestor público ser responsabilizado pessoalmente caso a demanda estimada para um hospital de campanha tenha sido superestimada, sem elementos que indiquem a presença de dolo ou erro grosseiro, incorrendo em dispêndio público acima do que posteriormente se mostrou necessário? Esse gestor poderia ser responsabilizado pessoalmente, com seu próprio CPF, a ressarcir os cofres públicos?

Mesmo em um momento de tamanha comoção, o comportamento natural dos gestores públicos seria manter todas as etapas de estudo, análise e consulta prévia aos controladores, deixando de decidir no tempo adequado para lidar com a pandemia. Pior, poderiam simplesmente não decidir. Se o apagão das canetas já é deletério em período de normalidade, na pandemia pode ser mortal.

22 Essa compreensão se coaduna com o enunciado 20 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, relativo à interpretação e aplicação da LINDB com redação conferida pela Lei n.º 13.655/2018: “[o] art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins de responsabilidade regressiva do agente público”. Destacamos. Cf. IBDA, Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB in Fórum Administrativo, vol. 221. Belo Horizonte: Fórum, jul. 2019.

23 Confira-se o teor do § 6º do art. 37 da Constituição: “Art. 37 (...)”

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A MP n.º 966/2020 foi editada justamente para reforçar a segurança jurídica dos gestores públicos. Entendendo que o ambiente de tomada de decisão se tornou mais complexo e desafiador, sem garantias de que os controladores iriam manter seus entendimentos, o Governo fez esse reforço *pela explicitação dos limites da responsabilização dos agentes públicos*. Demarcado de forma mais clara a fronteira da responsabilidade do gestor público por seus atos, esperava-se conferir conforto decisório para que gestores públicos tomassem as providências adequadas ao enfrentamento da pandemia da covid-19, e não aquelas esperadas pelos controladores.

Foram quatro principais estratégias da MP n.º 966/2020 para conferir esse conforto decisório público em contexto de pandemia: (i) os erros honestos não ensejam responsabilização administrativa e civil (ressarcitória); (ii) o decisor não é automaticamente solidário na responsabilização pela opinião técnica, salvo se houver elemento suficientes para aferir o dolo ou o erro grosseiro na opinião técnica ou em caso de conluio; (iii) o mero nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso não é suficiente para caracterizar a responsabilização do agente público, que necessariamente tem caráter subjetivo, requerendo a presença de dolo ou erro grosseiro; (iv) definição do erro grosseiro, como “*erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”; (v) definição de balizas para aferir a ocorrência do erro grosseiro, quais sejam, obstáculos e dificuldades reais do agente público, complexidade da matéria e atribuições exercidas pelo agente público, circunstância de ausência de informações completas na situação de urgência ou emergência, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou omissão do agente público, bem como o contexto de incerteza das medidas mais adequadas para o enfrentamento da pandemia de covid-19 e suas consequências, inclusive as econômicas.

Como se pode perceber, a MP n.º 966/2020 não inova verdadeiramente o ordenamento jurídico. É evidente que a LINDB serviu de fonte de inspiração, inclusive com reprodução de seu texto em vários preceitos. Por outro lado, muitas das soluções jurídicas apontadas já seriam depreendidas da análise normativa, como o entendimento que decorre do art. 37, §6º, da Constituição Federal de que o gestor público não pode ser pessoalmente responsabilizado pela simples verificação do nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso. A MP n.º 966/2020 apenas explicita os limites da responsabilização pessoal

do agente público com o fito de aumentar o conforto decisório do gestor público que se encontra na linha de frente de combate à pandemia.

O governo foi duramente criticado. O ambiente político pesou muito. A mídia prontamente se posicionou contrariamente à MP n.º 966/2020 entendendo ser ilegítima, já que serviria de salvo-conduto geral, favorecendo a corrupção. Falta conhecimento de gestão pública e de técnica jurídica nessa análise. Por sua vez, parte da comunidade jurídica argumentava que a norma era absolutamente desnecessária, já existindo a LINDB e outras normas jurídicas que respaldassem as enunciações da MP n.º 966/2020. Porém, a crítica mais contundente veio do Presidente do TCU. Em declaração à imprensa, afirmou que a MP estimularia uma “*pandemia de mal-intencionados*”.²⁴

Não se pode negar que a MP n.º 966/2020 contraria entendimentos consolidados de órgãos de controle, como o de que o art. 28 da LINDB alcança apenas a *responsabilidade pessoal sancionatória* do agente público, ou seja, as sanções que lhe podem ser aplicadas pela ilegalidade, como multas e advertências. Contudo, o art. 28 não afastaria o *dever de ressarcimento*, pois não tem natureza penal. Esse entendimento de apartação da responsabilidade de caráter sancionatório da responsabilidade de ressarcimento é depreendido a partir do art. 19 da Lei Orgânica do TCU:

Lei n.º 8.443/92

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal **condenará o responsável ao pagamento da dívida** atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a **multa** prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução. [Destacamos]

No Acórdão 2.391/2018, o TCU firmou entendimento no sentido de que o erro grosseiro corresponde à culpa grave, bem como que o art. 28 da LINDB não se aplica ao ônus de ressarcimento, nos termos do voto do Min. Benjamin Zymler:

“Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do [nome omitido] impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos

²⁴ Cf. MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU, O Estado de SP, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-tcu,70003302838>.

não alteram a sua responsabilidade pelo débito. **Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.** O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição: (...) Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. **Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar.** A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil”. [Destacamos]

Diante dessa jurisprudência de órgão de controle, passou a ser fundamental destacar no texto legal que o erro honesto do gestor público também afasta a responsabilidade civil, ou seja, o dever de ressarcimento. É exatamente isso o que fez a MP n.º 966/2020 em seu art. 1º:

MP n.º 966/2020

Art. 1º, caput. Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas **esferas civil e administrativa** se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: (...). [Destacamos]

No dia 21 de maio de 2020, o STF decidiu cautelarmente pela constitucionalidade da MP n.º 966/2020²⁵, nos termos do voto do Min. Relator Luís Roberto Barroso.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso toma como referência a jurisprudência do Supremo construída quando do julgamento de demandas relacionadas à proteção da vida e da saúde, cujos julgados indicam (i) o dever de observar *standards* técnicos e evidências científicas e (ii) sujeição aos princípios

constitucionais da prevenção e da precaução. Assim, considera que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “*com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”. Ainda, existindo dúvidas sobre o impacto real de determinado medicamento, medida sanitária ou comando, deve o gestor deixar de praticar, pois os princípios da precaução e da prevenção requerem autocontenção.

Desse modo, confere interpretação conforme à constituição ao art. 1º da MP n.º 966/2020 para determinar que a “*autoridade competente deve exigir*” que a opinião técnica com base na qual decidirá “*trate expressamente*” (i) das normas e critérios científicos e técnicos, como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente e (ii) da observância dos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Igualmente, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP n.º 966/2020 para que a análise de ocorrência do erro grosseiro se submeta a ambos os *standards* acima indicados. Essas são as teses firmadas pelo Min. Luís Roberto Barroso:

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científico e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

O Min. Gilmar Mendes acompanhou o Relator, enfatizando que as balizas da MP n.º 966/2020 não distanciam do regime de responsabilidade dos agentes públicos mesmo em tempos de normalidade. Fazendo alusão à tese da dupla garantia, adotada no Supremo para interpretar o §6º do art. 37 da Constituição, expôs que o dever de reparar do gestor público se sujeita à configuração do dolo ou culpa. Também firmou o entendimento de que a lei pode prever “*elementares culposas qualificadas*”, já que o texto constitucional é aberto quanto à delimitação da

25 Nos termos do voto do Min. Rel. Luís Roberto Barroso, o art. 28 da Lei n.º 13.655/2018 não foi objeto de análise na cautelar tendo em vista já estar em vigor há mais de dois anos, não se mostrando, portanto, adequada a análise da lei em sede cautelar.

noção de culpa e se esta, por sua vez, deve se moldar à gestão pública. Por isso afirmar a constitucionalidade da MP n.º 966/2020, que apenas qualifica a modalidade culposa, sem afastar ou atenuar a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos.

O Min. Marco Aurélio, vencido, entendeu que o art. 1º da MP n.º 966/2020 termina por restringir a responsabilização do gestor público pela modalidade culposa. O Min. Alexandre de Moraes, também vencido, identificou no preceito uma excludente de ilicitude, devendo a responsabilização pela modalidade culposa se sujeitar aos seguintes vetores constitucionais: (i) fiscalização pelos Tribunais de Contas; (ii) possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa; (iii) garantia de direito de regresso no caso de dolo ou culpa; e (iv) observância de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente. A Min. Cármen Lúcia acompanhou o voto do Min. Alexandre de Moraes.

Desse modo, a MP n.º 966/2020 foi declarada cautelarmente constitucional, tendo sido atribuída interpretação conforme à constituição para que os gestores públicos demandem que a opinião técnica seja proferida com embasamento científico e técnico, bem como sejam observados os princípios da precaução e da prevenção. O *erro grosseiro* passa a ser compreendido como qualquer ação ou omissão do agente público *contrária a consenso científico*. Esse é um ponto extremamente importante na compreensão do alcance da decisão do Supremo, sendo leitura equivocada a definição do erro grosseiro como deixar de decidir com base em consenso científico. Na prática, esta interpretação, errada, engessaria a gestão pública de combate à pandemia, pois demandaria consensos científicos para cada medida sanitária, econômica ou social, contrariando, inclusive, a ordem de preocupações que os Ministros expuseram em seus votos. O consenso científico configura parâmetro para caracterizar o erro grosseiro, se a decisão ou omissão lhe for contrária, mas não como condição necessária da ação administrativa²⁶.

Sobre o alcance da MP n.º 966/2020, nos termos do voto do Min. Relator, ela não abarca a responsabilidade penal ou a por improbidade administrativa. Interessante verificar que que praticamente todos os Ministros reconheceram o medo de os gestores públicos tomarem decisões frente à amplitude do controle. Nessa linha, o Min. Luís Roberto Barroso assim dispôs:

“No outro extremo, existe o risco de o ad-

ministrador correto ter medo de decidir o que precisa ser decidido por temor de retaliações duras, por temor de que, ao sistema de videotape, percebam-se coisas que, no calor da decisão, no meio da fumaça e da espuma, não era possível de se ver com clareza”.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes contextualizou o “apagão das canetas”:

“Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui ‘Apagão das Canetas’, situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização”.

O julgamento cautelar da MP n.º 966/2020 representa a chancela das preocupações com relação à segurança jurídica na tomada de decisão pública e das soluções que as endereçam. O STF referendou a constitucionalidade do art. 28 da LINDB e a consolidou como uma lei geral de hermenêutica²⁷. Outro significado igualmente relevante do julgamento refere-se ao entendimento de que a LINDB se aplica em todas as relações envolvendo o Poder Público, inclusive no controle: os órgãos de controle devem observar as regras da LINDB e não podem construir interpretações jurídicas criativas que mitiguem o alcance de seus preceitos.

Questões políticas levaram a MP n.º 966/2020 a caducar. Sua vigência encerrou no dia 10 de setembro de 2020.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, a mensagem mais relevante desse artigo está na compreensão de que o art. 28 da LINDB *não estabelece um salvo-conduto geral para os gestores públicos*. Qualquer preconceito ou desconfiança que exista na cultura jurídica brasileira nesse sentido precisa ser prontamente limada para evitar distorções na aplicação do Direito Público. Como analisado, são várias as categorias (jurídicas, em sua maioria) que recebem tutela jurídica ao erro, ressalvados os casos de dolo ou fraude. O art.

27 Cf. Carlos Ari Sundfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos de Mendonça, Marçal Justen Filho e Vera Monteiro, Surpresa Positiva do STF no Julgamento da MP 966, Jota, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.

26 Cf. Eduardo Jordão, Sem Precedentes, episódio 20, maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=u-n5uOnwct8k&t=2881s>.

28 da LINDB é ainda mais rigoroso. Quando agirem com má-fé (dolo) ou culpa grave (erro grosseiro), a responsabilização dos agentes públicos plenamente se aperfeiçoa na esfera administrativa, de improbidade, penal, patrimonial e política.

A Lei n.º 13.655/2018, que atualizou a LINDB, visou a superar histórica distorção e não tutelar o gestor público honesto, cujo regime de responsabilização é o mesmo do gestor corrupto ou que incorra em grave imprudência, negligência ou imperícia no trato da coisa pública. O erro do gestor público é inerente à atividade administrativa, já que a Administração Pública se vale de humanos – por definição, falíveis – para executar suas competências. Tutelar o direito ao erro na gestão pública é imprescindível para o aprendizado institucional que trabalha para a eficiência administrativa, bem como atrair bons quadros para atuação profissional na Administração Pública. Nessa linha, minimiza os efeitos práticos do medo do gestor público em tomar decisões públicas inovadoras ou controversas (“*apagão das canetas*”) por receio da responsabilização pessoal por entendimento diverso dos órgãos de controle externo (“*crime de hermenêutica*”).

O art. 28 da LINDB alcança as esferas de responsabilização civil e administrativa do gestor público, inclusive na ação de regresso, em perfeita sintonia com o art. 37, §6º, da Constituição. Nessa linha, a res-

ponsabilização dos gestores públicos é sempre subjetiva, como já consolidado na legislação e na jurisprudência. Nessa linha, o art. 28 da LINDB encontra-se em plena convergência com o art. 37, §4º, da Constituição, pois nada mais fez que graduar as sanções.

Para todos os efeitos de aplicação do art. 28 da LINDB, a expressão “*erro grosseiro*” deve ser compreendida como culpa grave, como já convencionado na cultura jurídica brasileira. Ademais, esse sentido foi tomado no processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 13.655/2018, com base na jurisprudência judicial e de órgãos de controle, com destaque para a jurisprudência do STF em matéria de responsabilização do parecerista público (MS 24.631).

A responsabilidade do gestor público deve ser sempre analisada no caso concreto, apurada a partir do exame fático-probatório no âmbito do processo, considerando todos os meios de garantia e os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Assim, a LINDB, com as alterações promovidas pela Lei n.º 13.655/2018, orienta a aplicação de todas as normas de direito público. Salvo disposição legal expressa em sentido contrário, a hermenêutica jurídica deve trabalhar sempre para harmonização das normas de direito público com a LINDB.

BIBLIOGRAFIA

GABRIEL, Yasser. *Pragmatismo no TCU?* JOTA, 11 dezembro 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/pragmatismo-no-tcu-11122019>.

IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, vol. 221., jul. 2019.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o Romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*, Rio de Janeiro, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Sem Precedentes*, episódio 20, maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=un5uOnwct8k&t=2881s>.

SUNDFELD, Carlos Ari e outros. Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966. JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>.

MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU. *O Estado de SP*, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-TCU,70003302838>.

Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB. *Consultor Jurídico*, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-TCU-pedem-temer-vete-lindb>.

Presidentes da ENAP e da ANESP defendem sanção ao PL 7448 em audiência pública no TCU. *ANESP*, 24 abril de 2018. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/2018/4/24/presidentes-da-enap-e-da-anesp-defendem-sanco-do-pl-7448-em-audiencia-publica-no-TCU>.



Juliana Bonacorsi de Palma

<https://orcid.org/0000-0003-1199-7056>

FGV Direito SP, Brasil

juliana.palma@fgv.br

Professora da FGV Direito SP, Brasil. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.



André Rosilho

<https://orcid.org/0000-0001-7762-4223>

FGV Direito SP, Brasil

andre@sundfeld.adv.br

Professor da FGV Direito SP, Brasil. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos¹

LINDB, Covid-19 and Administrative Sanctions Applicable to Public Agents

LINDB, Covid-19 y Sanciones Administrativas Aplicables a Agentes Públicos

Rafael Maffini²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.369>

Resumo: O trabalho procura analisar os critérios de responsabilização dos agentes públicos previstos na LINDB. Neste sentido, destaca-se o “dever de empatia” imposto aos órgãos de controle pelo art. 22 da LINDB. Destaca-se, também, “direito ao erro não sancionável” de que são titulares os agentes públicos, tal como previsto no art. 28 da LINDB. Tais critérios de responsabilização são especialmente relevantes diante da complexidade das tomadas de decisão em razão da pandemia de Covid-19.

Palavras-chave: LINDB; Covid-19; Sanções Administrativas; Agentes Públicos

Abstract: The work seeks to analyze the accountability criteria of public agents provided for by LINDB. In this way, the text highlights the “duty of empathy” imposed on controllers by art. 22 from LINDB. Also noteworthy is the “right to non-sanctionable error” held by public agents, as provided by art. 28 from LINDB. Such accountability criteria are especially relevant in view of the complexity of decision making due to the Covid-19 pandemic.

Keywords: LINDB; Covid-19; Administrative Sanctions; Public Agents

Resumen: El trabajo busca analizar los criterios de responsabilidad de los agentes públicos previstos en la LINDB. En este sentido, el “deber de empatía” impuesto a los órganos de control por el art. 22 de LINDB. También es destacable el “derecho al error no sancionable” de los funcionarios públicos, previsto en el art. 28 de LINDB. Dichos criterios de responsabilidad son especialmente relevantes en vista de la complejidad de la toma de decisiones debido a la pandemia de Covid-19.

Palabras clave: LINDB; Covid-19; Sanciones Administrativas; Agentes Públicos

1 Artigo recebido em 23/09/2020 e aprovado em 23/04/2021.

2 Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

1. INTRODUÇÃO

O cenário proporcionado pelo surto de coronavírus (Covid-19 ou SARS-COV-2) mostra-se deveras grave, qualquer que seja a perspectiva pela qual se o analise. Nada pode ser adequadamente compreendido, em matéria de pandemia, através das lentes da normalidade. A vida em sociedade dificilmente será a mesma, tampouco as relações jurídicas e os efeitos delas emergentes poderão ser tratados como o eram antes de tal doença assolar o planeta.

No já longínquo 30 de janeiro de 2020³, a Organização Mundial da Saúde – OMS reconheceu o coronavírus como *emergência de saúde pública de importância internacional – ESPII*, categoria mais elevada de alerta contemplada no Regulamento Sanitário Internacional – RSI⁴. Dimensionando-se a gravidade de tal situação, destaca-se que, antes da Covid-19, somente cinco outros surtos tiveram aquele status reconhecido⁵ e, das três situações ainda em curso, “apenas a relacionada ao novo coronavírus alcança repercussão expressiva no plano global”⁶, razão pela qual a OMS declarou o coronavírus uma pandemia, em 11 de março de 2020. No Brasil, em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188/GM/SMS, pela qual se reconheceu o surto, nos termos do Decreto 7.616/2011, como *emergência de saúde pública de importância nacional – ESPIN*. Em 06 de fevereiro de 2020, surge a Lei 13.979, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento à Covid-19.

Evidentemente, o Direito Público, em geral, e o Direito Administrativo, em especial, não restaram indiferentes ao coronavírus, sobretudo em razão da necessidade de que fossem bem compreendidas e adequadamente aplicadas as medidas administrativas de enfrentamento à pandemia⁷, tarefa esta que

não é propriamente singela, em razão do complexo arranjo de competências legislativas e materiais (ou administrativas) previstas na Constituição Federal em matéria de saúde⁸.

Entre os tantos temas do Direito Administrativo que devem ser adequadamente compreendidos, a partir de uma percepção própria do momento excepcional ora vivenciado, um merecerá destaque neste trabalho, qual seja, a questão da responsabilização dos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisões, em meio à crise da Covid-19. As dificuldades por eles experimentadas são obviamente ampliadas, em razão dos impactos, inclusive orçamentários, causados pela pandemia. Aliás, tal gravidade, incontroversa no plano fático, é também materializada por meio de uma séria de instrumentos normativos, como é o caso, por exemplo, do Decreto-Legislativo 6/20⁹ e da Emenda Constitucional 106/20¹⁰. A possibilidade de decisões administrativas equivocadas é ampliada quando do enfrentamento da Covid-19, porquanto se trata de uma situação sobre a qual mesmo a ciência da saúde tem rarefeitas certezas e incontáveis e ilimitadas dúvidas¹¹. De outro lado, experimenta-se um momento em que a inação da Administração Pública se mostra certamente mais grave do que seriam algumas das suas ações equivocadas, tomadas em meio às incertezas ensejadas pela Covid-19. Ou seja, ainda

trativo da crise: medidas administrativas de enfrentamento à Covid-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio. As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2020. p. 759-780 e CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. Lei do Coronavírus – Lei nº 13.979/2020: Comentada Artigo por Artigo. Brasília: CP Iuris, 2020.

8 Sobre o tema, vide MAFFINI, Rafael. “Covid-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>. Acesso em 06/04/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49702.

9 Tal Decreto-Legislativo, segundo sua própria ementa, “reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”.

10 Que, também segundo sua ementa, “institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”.

11 Com efeito, ainda é desconhecida vacina contra o coronavírus, bem assim a efetividade de tratamentos que podem ser contra ele ministrados, de modo que a estratégia adotada consiste na imposição de medidas de enfrentamento voltadas ao retardamento da proliferação do vírus e a consequente diminuição da necessidade de atendimentos hospitalares. É preocupante, pois, que a principal estratégia empregada não seja propriamente o combate ao coronavírus, mas um atraso em sua proliferação, para que se racionalize a ocupação da rede hospitalar. Neste sentido, o art. 4º, da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020, por exemplo, estabelece que “a medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”.

3 O tempo parece transcorrer de modo diferente em meio a uma pandemia.

4 O texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, foi promulgado através do Decreto 10.212, também de 30 de janeiro de 2020.

5 Os outros casos de ESPII registrados anteriormente à Covid-19 foram: a) gripe A (H1N1), declarada em abril de 2009 e extinta em agosto de 2020; b) poliomielite, declarada em maio de 2014 e ainda em curso; c) ebola, declarada em agosto de 2014 e extinta em março de 2016; d) associação entre zika vírus e malformações, declara em fevereiro de 2016 e extinta em novembro também de 2016; e) ebola, declarada em outubro de 2019 e ainda em curso.

6 VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em 19/03/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.

7 Sobre o tema, vide MAFFINI, Rafael. Direito Adminis-

que se deva manter a máxima atenção para que se evite a malversação de recursos públicos e o oportunismo de gestores e agentes econômicos desonestos, não se mostra adequado inibir a necessidade de decisões administrativas que, em alguns casos, somente serão possíveis através do método da tentativa e erro (*trial and error*).

Daí porque o tema reclama, estreme de dúvidas, uma análise da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB¹², bem como da Medida Provisória 966/20, esta de curta duração¹³. Para se alcançar os propósitos do trabalho em relação tema proposto, o seu desenvolvimento será dividido em três compartimentos. Num primeiro momento, será analisado o surgimento da Lei 13.655/18, seus impactos na LINDB quanto à responsabilização dos agentes públicos, bem como a efêmera MP 966/20. Após, serão analisados o dever de empatia (art. 22 da LINDB) e a vedação de “criminalização” ou sancionamento do erro (art. 28 da LINDB).

2. O SURGIMENTO DA LINDB E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

A Lei 13.655/18 surge como instrumento de solução ou, ao menos, minimização dos efeitos colaterais de duas importantes conquistas provocadas pela Constituição Federal de 1988 no Direito Público – em especial, no Direito Administrativo – brasileiro.

De um lado, o parâmetro de aferição da validade das condutas estatais passou de uma noção legalidade estrita para uma compreensão de que a higidez dos comportamentos estatais resta condicionada à atuação conforme a lei e o Direito. Trata-se do que vem sendo denominado “juridicidade administrativa”, no sentido de que tenha a Administração Pública de agir em conformidade com as regras aplicáveis, bem como de modo compatível com os princípios norteadores do Direito Administrativo¹⁴. A juridicidade administrativa vê-se corroborada, em sede de legislação infraconstitucional, pela Lei n° 9.784/99¹⁵, em

cujo artigo 2º, parágrafo único, I, impõe-se à Administração Pública uma “atuação conforme a lei e o Direito”, norma esta inspirada no art. 20, III da Lei Fundamental da Alemanha¹⁶. Com efeito, concebendo-se o Direito como uma ciência que transcende as regras positivadas em textos legais, impõe-se a utilização da noção da juridicidade administrativa para a aferição da higidez jurídica das condutas administrativas, no sentido de que estas somente serão consideradas consentâneas com a ordem jurídico-constitucional se observarem, a um só tempo, a lei e o Direito¹⁷. Consoante Carlos Ari Sunfeld, a “Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de bloco de legalidade. Não basta a autorização legal: necessário atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade – enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais”¹⁸. Igualmente, pondera Vladimir da Rocha França que “a juridicidade cuida da compatibilidade formal e substancial da atividade administrativa com o ordenamento jurídico instituído pela lei, que concede o ponto de partida do processo de concretização da função administrativa”¹⁹.

norma local e específica que regule a matéria”.

16 ROGÉRIO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 147.

17 Questão interessante diz com a incidência da noção de juridicidade administrativa nos dois significados básicos do princípio da legalidade (primazia da lei e reserva legal). Quanto ao ponto, parece ser mais adequado restringi-la ao ambiente da primazia da lei e do direito, justamente porquanto sua incidência no âmbito da reserva legal ensejaria um desarranjo na sistemática constitucional e infraconstitucional de competência. Neste sentido, já se afirmou que “não se mostra adequada a aplicação da noção de juridicidade no tocante à reserva legal, sobretudo para os fins de outorga de competências administrativas. Desta forma, assim que não se mostra adequado invocar o interesse público (ou sua suposta supremacia) para os fins de se criar regras de competências ou prerrogativas em favor da Administração Pública, igualmente não se poderia invocar tal noção ampla de legalidade administrativa, para os fins de se atribuir competências à Administração Pública. Dito de outro modo, a juridicidade administrativa, a priori, é noção que há de estar confinada na faceta da primazia da lei e do Direito, justamente porquanto relacionada com a validade da ação administrativa, sendo indevido estendê-la para a seara da reserva legal” (MAFFINI, Rafael. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, Benoni (org.). Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019. p. 114).

18 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 32.

19 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83.

12 Com especial destaque às alterações introduzidas pela Lei 13.655/18.

13 Como será melhor desenvolvido no item 3, a MP 966/20 vigorou desde sua publicação, em 14/05/2020, até a perda de sua eficácia, em decorrência do decurso do prazo referido no art. 62, §§ 3º, 4º e 7º, da CF.

14 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

15 Denotando a relevância da Lei 9.784/99, a Súmula n° 633 do STJ enuncia que a “Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente

Ocorre que a noção de juridicidade administrativa, a despeito de trazer consigo uma virtuosa maximização dos parâmetros de validade da função estatal de administração pública (que culminou por reduzir, cada vez mais, os espaços de arbítrio estatal), inevitavelmente produz um indesejável subproduto, que, em linhas gerais, consiste no uso irresponsável das normas jurídicas de índole principiológica²⁰, proliferando-se o risco de que voluntarismos e subjetivismos culminem por transmutar este evoluído estágio hermenêutico num ambiente hostil ao clamor por segurança jurídica, que é próprio da sociedade atual²¹. Com efeito, Carlos Ari Sunfeld adverte que se vivencia “um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”²². Com isso, corre-se o risco de surgir um ambiente inegavelmente inseguro que, em tom jocoso, consiste em fenômeno que já vem sendo batizado de “principiachismo”. Concorde-se, quanto ao ponto, com Marçal Justen Filho, para quem “a generalidade e a abstração das normas de hierarquia superior implica grandes dificuldades para a atividade de aplicação do direito. A autoridade investida de competência para aplicar as normas abstratas e para produzir uma decisão para o caso concreto deve escolher entre soluções diversas e contraditórias. A experiência brasileira evidencia que essa situação conduziu a soluções simplistas, que produzem grande insegurança jurídica”²³. Este é, pois, um efeito colateral produzido pela conquista consistente na substituição de uma noção de estrita legalidade pela juridicidade administrativa, como novo paradigma de validade.

De outro lado, tem-se como outra importante evolução do Direito Público brasileiro operada a partir da Constituição Federal, a ampliação do prestígio institucional atribuído aos órgãos de controle. Alguns foram criados pela CF/88 ou por força do poder constituinte derivado²⁴, outros tiveram suas competências ampliadas, mas, em termos gerais, é

inegável que os órgãos de controle ganharam relevância institucional com a Constituição Federal.

Não obstante, o efeito colateral produzido pela ampliação da estatura institucional dos órgãos de controle decorre do fato de que estes se legitimam justamente pelo controle que realizam. Assim, embora o controle sobre a Administração Pública seja uma função extrema e inegavelmente importante à noção de Estado de Direito²⁵, os órgãos de controle veem-se incentivados a realizar controle de modo mais intenso ou detalhista do que deveriam realizar. Neste sentido, já se afirmou que “os órgãos de controle, sobretudo aqueles que surgiram ou ao menos foram mais prestigiados pela Constituição Federal de 1988, acabam por ser legitimados justamente pelo controle que fazem; e isso, por vias oblíquas, acaba por incentivar que o controle seja, por vezes, mais intenso ou detalhista do que devia”²⁶. Aliás, quanto ao ponto, Edilson Pereira Nobre Júnior assevera que “o excessivo culto formalista aliado a uma doentia presunção de desonestidade – que, algumas vezes, raia aos lindes do doentio – vem propiciando o surgimento de um quadro que, no dizer de Hélio Beltrão, representa uma ‘asfixia burocrática’”²⁷.

Neste sentido, a conjugação de tais efeitos colaterais – insegurança jurídica causada pela noção de juridicidade administrativa e exageros perpetrados pelos órgãos de controle – culmina num fenômeno que vem sendo batizado de “apagão das canetas”, decorrente de um “Direito Administrativo do medo” (ou “Direito Administrativo do terror”). Trata-se de um estado de coisas em que a gana por se responsabilizar ou punir os maus e desonestos gestores propicia a inibição de que pessoas qualificadas como bons e honestos administradores almejem o desempenho de relevantes funções públicas.

Como uma espécie de reação a tal fenômeno, surgiu, no ambiente acadêmico, sobretudo pelas mãos de Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto²⁸, um projeto de lei apresentado ao

20 MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 31.

21 BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A Administração Pública na Constituição de 1988 – 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018.

22 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para cééticos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 23.

24 Veja-se, por exemplo, o caso do CNJ e do CNMP, criados pela EC 45/04.

25 Concorde-se, quanto ao ponto, com a relevância e a autonomia conceitual da função estatal de controle, a que se refere SCAPIN, Romano. A expedição de providimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das ‘medidas cautelares’ à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 23-116.

26 MAFFINI, Rafael. Comentários ao art. 24 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 114.

27 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 33.

28 SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de

Congresso Nacional pelo Senador Antonio Anastasia, que tramitou no Senado como o PLS 349/15 e na Câmara dos Deputados como o PL 7.448/17, sofrendo algumas importantes alterações, no curso do processo legislativo, até sua aprovação. Quando enviado à sanção presidencial, tal projeto enfrentou severas resistências, especialmente oriundas dos órgãos de controle, bem assim mereceu algumas defesas efusivas, numa polarização indesejável ao trato científico do Direito²⁹. Sancionado o referido projeto, com alguns vetos presidenciais, surge no Direito Brasileiro a Lei 13.655/2018, que, segundo sua própria ementa, introduz “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Trata-se de inovação legislativa digna de muita atenção, porquanto traz consigo a institucionalização de técnicas de controle – algumas das quais já empregadas de forma não sistemática – necessárias à implementação da segurança jurídica no Direito Público brasileiro, tendo como objetivo explícito “reforçar a segurança jurídica num quadro de incerteza e de mudança permanente”³⁰.

3. A UTILIDADE DA EFÊMERA MEDIDA PROVISÓRIA 966/20

Embora já existentes normas pertinentes à responsabilização dos agentes públicos na LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/18, especialmente os seus artigos 22 (que será tratado no item 4) e 28 (que será objeto do item 5), restou editada, em 13 de maio de 2020, a Medida Provisória 966, a qual dispôs, em poucos artigos³¹, “sobre a responsabilização de agentes

públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19”. Seu surgimento, cumpre salientar, gerou intensos debates³², especialmente se se trataria algo desnecessário, justamente porquanto já existentes normas equivalentes na LINDB, ou se se trataria de uma necessária customização de tais preceitos ao grave momento de pandemia ora vivenciado³³.

o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou II - se houver conluio entre os agentes. § 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público. Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas”.

32 Tal debate já foi retratado e analisado em MAFFINI, Rafael; CARVALHO, Guilherme; MP 966: Vacina indevida ou precaução normativa? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/mp-966-vacina-indevida-ou-precaucao-normativa>. Acesso em maio 2020.

33 Quanto ao ponto, a Mensagem 265, enviada por representante do Governo Federal ao Congresso Nacional, possui os seguintes argumentos de defesa da necessidade da MP 966: “5. Note-se que, apesar das recentes alterações, em 2018, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) e da sua pronta regulamentação (Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019) representarem importantes aparatos de proteção para uma atuação responsável e independente do agente público, o estado de calamidade que se vive no momento e condições nas quais o processo decisório se desenvolve demonstram que as regras referidas são insuficientes. Em apertada síntese, as razões que justificam a urgência e a relevância da medida são apresentadas a seguir. 6. O agente público, hoje, para salvaguardar vidas e combater os efeitos econômicos e fiscais da população brasileira se vê diante de medidas que terão impactos fiscais extraordinários para as futuras gerações, de compra de equipamentos por preços que, em situação normal, não se julgaria ideal, de flexibilizações na interpretação de regras orçamentárias que antes pareciam indiscutíveis, dentre outras. Em suma, hoje, o gestor se vê diante de vários choques negativos estruturais simultâneos, da dificuldade de previsibilidade de cenários e de situações que lhe demandam decisões contrárias a parâmetros antes conhecidos. 7. Dessa forma, não é possível que a mesma legislação – pensada e desenvolvida para situações ordinárias de épocas regulares – seja suficiente para atender às inúmeras peculiaridades de uma crise com a proporção da atual. 8. Portanto, para que os gestores possam continuar guiados apenas por dois objetivos – salvar vidas e evitar um colapso econômico do País –, é necessário que tenham um altíssimo grau de segurança jurídica. É preciso que suas decisões mais impactantes, tomadas de boa-fé e voltadas para esses objetivos, sejam livres das amarras futuras de processos de responsabilização. É preciso que o gestor saiba que, especialmente nessa situação, não deve temer que suas ações sejam confundidas com as práticas ilegais daqueles que eventualmente se aproveitarem do momento para corromper. 9. Essa proteção

Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285

29 Sobre tais antecedentes históricos ao surgimento da Lei 13.655/18, vide ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários à Lei 13.655/2018 – proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9-106.

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17.

31 Destacam-se os artigos 1º a 3º, da MP 966/20, aqui reproduzidos: “Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19. § 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará: I - se estiverem presentes elementos suficientes para

De qualquer sorte, a MP 966/20 perdeu sua eficácia em razão de não ter sido convertida em lei, no prazo a que se refere o art. 62, §§ 3º, 4º e 7º, da Constituição Federal. Diante disso, o Congresso Nacional haverá de disciplinar as relações jurídicas dela emergentes, por meio de decreto legislativo a ser editado em até sessenta dias da perda de eficácia da referida medida provisória. Caso não seja editado tal decreto legislativo, restarão conservadas as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. Embora seja prudente aguardarmos eventual pronunciamento do Congresso Nacional quanto ao tema, parece que a melhor interpretação sobre tal inusitada situação é a de que os fatos ocorridos durante a sua vigência haverão de ser tratados e, eventualmente, sancionados, a partir das normas contidas na MP 966/20, ainda que a apuração destes ocorra já quando não mais vigente a referida medida provisória.

Todavia, ainda que tenha perdido vigência em razão do decurso de prazo sem aprovação congressual, a MP 966/20 deixou um legado inegavelmente positivo. Trata-se do fato de que, provocado por uma séria de ações diretas de inconstitucionalidade³⁴, o STF pronunciou-se sobre a sua constitucionalidade, no tocante à apreciação das normas jurídicas que efetivamente tratam da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia, em

especial que se busca, portanto, também robustecer o combate às ilegalidades e improbidades, já que ajuda a esclarecer em qual terreno cada decisão se encontra: caso eventual conduta tomada pelo gestor, em instante de premente urgência, não atinja os objetivos pretendidos, a eventual punição só correrá caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia. 10. Destacar essa proteção em lei específica vai permitir que o julgamento posterior de responsabilizações seja especialmente orientado pelo contexto atual. Não haverá margem de dúvidas, do ponto de vista legal, sobre os limites que ora se estabelecem. Não haverá ação do tempo que permita a supressão das particularidades da crise que se vive. A imposição normativa será um esquadro permanente a guiar os julgadores dos atos que se praticarem no combate aos efeitos econômicos, sociais e de saúde pública decorrentes da pandemia da Covid-19. 11. Por fim, a urgência para edição da anexa proposta de Medida Provisória decorre do momento pelo qual passa o País, em que a situação de risco à saúde pública decorrente do novo Coronavírus (Covid-19), classificado como pandemia, tem gerado medidas extremas de controle sanitário e provocado impactos severos na economia nacional. Tal cenário exige intervenções imediatas nos mais diversos campos de atuação estatal, cabendo, assim, salvaguardar a necessária autonomia decisória dos agentes públicos. 12. Portanto, Senhor Presidente, faz-se necessária a edição da anexa proposta de Medida Provisória, que liberará os bons gestores de amarras – ainda que simbólicas ou imaginadas – e permitirá que o País caminhe mais rápido, e com menos vidas perdidas, para longe dessa crise”.

34 Foram propostas as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade, todas sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso: ADI 6421, ADI 6422, ADI 6424, ADI 6425, ADI 6427, ADI 6428 e ADI 6431.

debate que, apesar de veiculado em sede de medida cautelar, se mostrou deveras denso. A partir do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, o STF conferiu “*interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*” e, ainda, conferiu “*interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*”³⁵. Tal decisão, cumpre salientar, ainda que endereçada a normas que agora não mais vigem, contempla relevantes diretrizes interpretativas aos preceitos também contidos na LINDB, notadamente aqueles que se fazem objeto do presente estudo (artigo 22 e, em especial, o artigo 28).

Aliás, somente pelo fato de que se encontra em vigor há mais de 2 anos, o STF não analisou os pedidos cautelares formulados em desfavor da LINDB (e, por arrastamento, de seu decreto regulamentador). Quanto a ela, a principal controvérsia consistia na compatibilidade com a Constituição Federal da limitação da responsabilidade dos agentes públicos aos casos de dolo e de erro grosseiro, afastando-a, portanto, nas hipóteses de culpa simples ou de erro escusável.

Assim, além de analisar e reafirmar a constitucionalidade da MP 966/20, conferindo interpretação conforme a Constituição para excluir, da sua interpretação, sentidos que poderiam ser violadores dos deveres de proteção à vida e à saúde, de tal importante decisão do STF também pode ser extraída interpretação que gravita ao redor da constitucionalidade, do ponto de vista material, dos artigos 22 e 28 da LINDB. Neste aspecto, como já referido, alvissareiro o surgimento da MP 966/20, por ter, ainda que de modo indireto, contribuído para a compreensão da constitucionalidade material de dois dos artigos introduzidos pela Lei 13.655/18 na LINDB.

Feitas tais considerações, passa-se justamente à análise dos artigos 22 e 28 da LINDB.

35 Acórdão ainda não publicado, porém o voto do Relator está disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 12/09/2020.

4. ART. 22 DA LINDB E O DEVER DE EMPATIA IMPOSTO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

O clamor por segurança jurídica consiste num dos desideratos das modificações introduzidas pela Lei 13.655/18 na LINDB. E, evidentemente, este propósito repercute em todas as suas normas, como é o caso daquela contida no seu art. 22³⁶, preceito legal este que busca ensejar, tanto quanto o art. 28, menor imprevisibilidade aos efeitos dos comportamentos perpetrados por agentes públicos, bem como determinar parâmetros necessários à separação dos casos dignos de reprimenda sancionatória administrativa daqueles em que não há razões para se cogitar de punições.

Inegável, pois, tal preceito endereçar um certo nível de proteção aos bons agentes públicos, ou seja, aqueles que exerçam funções estatais por meio de vínculos jurídicos regulares, porquanto estabelece que a atividade de gestão pública deva ser interpretada a partir das circunstâncias fáticas que lhe são inerentes. Daí porque a necessidade de se considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, no sentido de se “mitigar os efeitos da lei de acordo com a realidade, temperar a generalidade (abstração ínsita à atividade legislativa) com a especificidade (fatos concretos), colmatar lacunas, notadamente aquelas decorrentes da complexidade, todas estas tarefas são, dentre outras, tarefas naturais do intérprete contemporâneo”³⁷. Tem-se, pois, que no caso do art. 22 da LINDB é particularmente relevante a contextualização dos fatos relacionados com a atividade de gestão pública eventualmente controlada. Parte-se, pois, da premissa, ainda surpreendente a alguns, de que as prescrições legais e mesmo os parâmetros principiológicos aplicáveis ao Direito Público são concebidos a partir de uma lógica de normalidade que nem sempre se materializa no cotidiano da Administração Pública. Ora, as normas constitucionais

e legais incidentes sobre a gestão pública orçamentária são concebidas a partir de uma realidade jurídica, orçamentária e financeira que o Poder Público raramente consegue materializar. As dificuldades e restrições suportadas pelos gestores públicos não podem ser, portanto, desconsideradas na fiscalização sobre a gestão pública relacionada com a noção de responsabilidade fiscal.

Ou seja, o art. 22 da LINDB, nas precisas palavras de Eduardo Jordão, “consagra o ‘primado da realidade’. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com as suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta”³⁸.

Daí porque o referido clamor à empatia contido no art. 22 da LINDB implica o dever de que as formas de controle sobre gestão pública não sejam aplicadas ou mesmo interpretadas de modo desatrelado à re-

36 LINDB, Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

37 HAERBERLIN, Martín. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 90.

38 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 60-70. Sobre o tema, já se afirmou que “o art. 22, “caput”, endereça sua prescritividade à interpretação do direito público, que sempre deverá ponderar: as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, em relação ao prejuízo que os direitos dos administrados possam sofrer. Esse “diálogo” é notoriamente bastante complexo. Contudo, releva notar a determinação, até mesmo repetitiva, de que a realidade, ou melhor, os fatos reais e pragmáticos existentes devam ser levados em conta. Nesse plano, volta à tona com muita ênfase as teses de limitação orçamentária (calcada na velha máxima da ‘reserva do possível’), em relação à manutenção do “mínimo existencial”, dicotomia tantas vezes tratada quando se falou da judicialização de políticas públicas. E, atrelado a essa dicotomia, o debate acerca da vinculação às leis orçamentárias volta à cena. Afinal, tanto a “reserva do possível” quanto aos obstáculos orçamentários são ‘obstáculos reais’ a serem considerados nas decisões judiciais, administrativas ou controladoras. Ao que parece, todos esses argumentos que não vinham surtindo efeito especialmente nas cortes de justiça ganham força normativa a partir da vigência da Lei nº 13.655/2018. Assim, as ‘escolhas valorativas’, porque é difícil imaginar que bens como liberdade e propriedade possam ser vislumbrados em um plano abstrato, mas sim, por meio de escolhas. São essas ‘escolhas valorativas’ que impulsionam quem decide acerca da aplicação do direito público, porque, antes de tudo, opta-se por uma ou por outra política pública protetora ou promotora desses mesmos bens. Contudo, a partir da edição da legislação mencionada, essas ‘escolhas’ possuem parâmetros, que deverão ser expressados motivadamente, ou seja, as razões de decidir deverão ser claras no sentido de dar ênfase às consequências de optar por uma e não por outra via, bem como no que isso impacta na realidade do poder público e do cidadão” (MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set-dez. 2018, p. 255).

alidade sobre a qual incidentes as condutas controladas. A gestão, desta forma, haverá de ser controlada não somente a partir de conteúdo semântico atribuível de modo neutro às normas de conduta, mas em razão da realidade sobre a qual tais normas de conduta restaram aplicada concretamente³⁹, concordando-se com Irene Patrícia Nohara⁴⁰, para quem o art. 22 da LINDB

“preza pelo chamado primado da realidade, para que o intérprete pondere fatores complexos subjacentes a cada contexto no qual se aplica as regras e os princípios administrativos”, de modo que “a aplicação do primado da realidade não implica desconsiderar o direito e sua cogência, mas de procurar realizar um sopesamento de critérios para que haja a enunciação de uma decisão mais equilibrada e cujos efeitos sejam individualizados em função das particularidades do caso concreto, suas vicissitudes e os impactos tanto no tocante aos

39 Daí a razão pela qual se concorda com a afirmação de que o art. 22 da LINDB “impõe um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deontológicos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária)”. Assim, pode-se afirmar que “a regra do caput do artigo 22 da LINDB, e seu parágrafo primeiro instaura outra questão polêmica, ao dizer que se há de ter em conta, na interpretação de normas de gestão pública, as dificuldades práticas enfrentadas pelo gestor (por força das quais o administrador vê-se na contingência de limitar ou condicionar a função de direitos previstas na norma geral e abstrata). McCormick, longe de confundir a racionalidade moral com a racionalidade jurídica, diz que o raciocínio jurídico é um caso especial, altamente institucionalizado e formalizado, e raciocínio moral. Nesta medida, o que a regra do artigo 22 parágrafo 1º da LINDB está a dizer é o seguinte: “ponha-se no meu lugar”. Ocorre lembrar apenas que cada um se coloca na situação do outro de acordo com a sua própria perspectiva, o que reinstaura o problema da segurança jurídica na prática dos atos administrativos. Poder-se-ia afirmar – e favor das alterações promovidas pela LF nº 13.655/2018 – que a norma do art. 22, caput e parágrafo único, inspirou-se na máxima ad impossibilia nemo tenetur. Sucede que dificuldades reais na prática do gestor ou circunstâncias quaisquer “que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” não se confundem com a impossibilidade de gestão responsável. Tal discussão encontra terreno fértil, por exemplo, no campo da implementação das políticas públicas de saúde, muitas vezes negligenciada na elaboração do orçamento público” (SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Ano 7, v. 14, n. 2, jul-dez. 2018).

40 NOHARA, Irene Patrícia. Comentário ao art. 22, § 1º, da LINDB. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019, p. 199 e 203.

direitos dos indivíduos afetados, como na realização dos interesses públicos”.

Quanto ao ponto, lembre-se do enunciado 11 emanado do encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou, realizado no dia 14 de junho de 2019, em seminário docente intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, pelo qual “na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”. Claro que tal avaliação haverá de levar em contato critérios jurídicos, os quais deverão de ser pautados pela motivação, controlabilidade e racionalidade, conforme o enunciado 12, do mesmo encontro acima referido⁴¹.

Norma jurídica assemelhada à contida no art. 22, *caput*, da LINDB encontrava-se presente no art. 3º da MP 966/20⁴², com os acréscimos específicos das questões sanitárias próprias da pandemia. Contudo, ainda que tenha perdido a vigência, a principal utilidade da referida medida provisória foi justamente o fato de que o STF sobre ela se debruçou, exarando decisão que, em grande medida, se aproveita à análise higidez constitucional da LINDB. Contudo, mesmo que sem o art. 3º da MP 966/20, o ordenamento jurídico pátrio encontra no art. 22 da LINDB – e também no seu art. 28 – instrumentos jurídicos aptos à racionalização dos instrumentos de racionalização dos agentes públicos.

Questão interessante diz com os sujeitos referidos nas prescrições normativas contida no art. 22 da LINDB. Tem-se, de um lado, a referência ao fato de que tal preceito se endereça à “interpretação de normas sobre gestão pública” (art. 22, *caput*). De outro, o art. 22, § 1º determina sejam consideradas as circunstâncias práticas pertinentes “à ação do agente”. Ou seja, tais normas são evidentemente voltadas à normatização do modo de interpretação das condutas administrativas, ou seja, condutas perpetradas por administradores ou autoridades administrativas (servidores ou agentes dotados de poder de decisão, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99). Por tal razão, defende-se a opinião pela qual o art. 22 da LINDB seria aplicável à interpretação

41 Enunciado 12: “no exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade”.

42 Vide, sobre a MP 966/20, o item 3, *supra*.

de todo e qualquer modo de exercício da função estatal de administração pública. Compreendido, pois, qual – e de quem deve ser – a atividade controlada deve ser para fins de aplicação do art. 22 da LINDB, remanesce a questão de quais controladores encontram-se sujeitos às normas contidas no referido preceito legal. Quanto ao ponto, entende-se que os controladores referidos no art. 22 da LINDB sejam tanto aqueles que desempenham algum mecanismo de controle externo, quanto aqueles outros que, em razão da noção de autotutela administrativa culminam por serem controladores de sua própria atuação, ou seja, as próprias autoridades administrativas que levam a efeito as condutas controladas⁴³. Por fim, deve-se atentar à referência, contida no art. 22, caput, da LINDB, no sentido de que a interpretação sobre gestão pública haverá de considerar os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências decorrentes das políticas públicas inerentes à sua função pública “sem prejuízo dos administrados”. Percebe-se, pois que as normas jurídicas ora analisadas não se olvidam dos destinatários da função administrativa, como obviamente não poderiam se olvidar em face do princípio do interesse público. Assim, evidentemente, a adequada interpretação do art. 22, caput e § 1º, impõe sejam também considerados os direitos dos administrados (cidadãos ou particulares). Trata-se, pois, de um comando normativo segundo o qual a interpretação sobre gestão pública haverá de cotejar, evidentemente com a necessária motivação⁴⁴, uma série de aspectos, tais como os obstáculos e as dificuldades do gestor, as políticas públicas a que estes se vinculam, mas também os direitos dos destinatários da função administrativa.

43 Concorde-se uma vez mais com Eduardo Jordão, para quem “à primeira vista, o parágrafo primeiro parece ser destinado às instâncias controladora e judicial, na medida em que fazem referência a ‘decisão sobre regularidade de conduta ou validade’ de uma série de ações administrativas – manifestação típica dos controladores. Mas também os gestores lhe devem atenção, tanto porque exercem a autotutela de atos administrativos anteriormente adotados, como porque necessariamente realizam uma análise prospectiva relativa à regularidade dos atos que irão adotar. Também o caput do art. 22 é universalmente aplicável às instâncias administrativas, controladora e judicial. Este dispositivo requer a consideração dos ‘obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo’ para qualquer intérprete das normas sobre gestão pública. Isso significa que a determinação se aplica também para os gestores públicos, a quem fica vedada uma interpretação descontextualizada das leis que regem sua atuação” (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 71).

44 Neste sentido, tem-se o art. 8º, § 2º, do Decreto 9.830/2019.

O art. 22 da LINDB, em seus §§ 2º e 3º, endereça atenção às normas próprias do Direito Administrativo Sancionador, o que se mostra elogiável dada a relevância cada vez maior de tal compartimento do Direito Público. Aliás, tais preceitos não constavam da redação originariamente proposta, tendo sido incluídos no curso da tramitação congressual, por conta de emenda apresentada pela Senadora Simone Tebet. Com efeito, como ensina Mártin Haerberlin, “o art. 22, §§ 2º e 3º, estabelece ainda determinações específicas sobre a consideração da realidade no momento da aplicação das sanções aos agentes, determinando que sejam consideradas, nessa aplicação, diversos critérios objetivos, quais sejam: natureza e gravidade da infração, danos dela provenientes, circunstâncias agravantes e atenuantes e antecedentes do agente. Com isso, impede-se a aplicação do direito administrativo sancionador formado por critérios vagos, subjetivos e, aqui também, descolados da realidade”⁴⁵. Daí porque Eduardo Jordão⁴⁶ assevera que

“no caso específico das sanções, a preocupação é relevante porque se trata de grave interferência na esfera pessoal dos cidadãos que se dá de forma retrospectiva e temporalmente distante das circunstâncias práticas que determinam a sua adequação e proporcionalidade. Como no caso dos dois primeiros dispositivos do art. 22, os últimos também devem ser lidos conjuntamente Somadas as suas determinações, eles exigem que, na aplicação das sanções, sejam considerados: (i) danos para a administração, (ii) agravantes, (iii) atenuantes, (iv) antecedentes do agente e (v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo que lhe tenham sido aplicadas”.

Por fim, merece atenção a polêmica surgida a propósito do art. 22, § 3º, da LINDB, o qual, segundo seus críticos, teria legitimado o *bis in idem* em solo pátrio. Ora, a vedação à aplicação de penas de mesma natureza em razão de um mesmo fato possui estatura constitucional (seja em razão do devido processo legal insculpido no art. 5º, LIV, seja em razão de vários tratados internacionais ratificados pelo Brasil,

45 HAERBERLIN, Mártin. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91

46 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 85.

atraindo a incidência do art. 5º, § 2º) e, portanto, prescindiria de normas infralegais, bem como por elas não poderiam ser excepcionadas. Diante disso, não parece ser adequado que o art. 22, § 3º, da LINDB seja compreendido como preceito legitimador do bis in idem, tampouco seja ele considerado um paliativo à eventual ocorrência de bis in idem. Opta-se por uma leitura um pouco diversa, segundo a qual tal preceito seja compreendido a partir da vedação de bis in idem. Assim, propõe-se a seguinte interpretação: a) não é constitucionalmente viável a aplicação de penas de mesma natureza em decorrência de um mesmo fato; b) a referência à expressão ‘demais sanções de mesma natureza’ contida no art. 22, § 3º, deve ser interpretada conforme a constituição, no sentido de que sempre que um mesmo fato ensejar mais de um modo de sancionamento (ex. fato sancionável em decorrência da Lei de Improbidade, da Lei Anticorrupção e Lei do CADE), a aplicação das sanções anteriormente levadas a efeitos haverá de ser considerada quando da aplicação das sanções supervenientes, de modo que tal regra somente terá incidência quando uma “sanção de mesma natureza (multa, por exemplo) em face da reponsabilidade imposta pela infração a regimes jurídicos distintos, tais como o criminal, o administrativo e o civil”⁴⁷. De qualquer sorte, o “comando normativo inserido no § 3º, do artigo 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, impõe às instâncias decisórias, em procedimentos sancionadores ou penais, o dever de considerar, para fins de dosimetria, das demais sanções da mesma natureza, relativas ao mesmo fato”⁴⁸.

Analisado, ainda que sumariamente, os principais aspectos dos comandos normativos contidos no art. 22 da LINDB, afigura-se evidente, de um lado, que sua aplicação é especialmente relevante num momento em que sobejam dificuldades materiais, orçamentárias e mesmo sanitárias, tornando ainda mais complexas as já difíceis tomadas de decisão pelo Poder Público. De outro lado, mostra-se igualmente evidente que tal preceito legal não imuniza de responsabilização – severa, em alguns casos – os gestores desonestos e absolutamente inábeis, bem assim aqueles que veiculam em suas decisões fundamentos

diversos dos fundamentos científicos e racionais que hão de presidir a atuação pública de enfrentamento da Covid-19.

5. ART. 28 DA LINDB E O DIREITO AO ERRO NÃO SANCIONÁVEL

Na mesma toada, tem-se o art. 28 da LINDB⁴⁹, pelo qual a responsabilização dos agentes públicos resta condicionada a uma culpabilidade qualificada. Com efeito, a lógica intrínseca a tal preceito legal diz com a vedação de responsabilização que não reste embasada nas situações em reste demonstrada a deliberada intenção do cometimento da infração e/ou dano (dolo) ou ao menos tais lesões à ordem jurídica decorrem de situação de erro grosseiro. Trata-se, por via indireta, de norma jurídica que veda a responsabilização nas situações carentes de dolo ou erro grosseiro⁵⁰. Igualmente, resta interditado o sancionamento no caso em que eventuais erros – muito comuns em crises como a causada pela Covid-19 – não possam ser caracterizados como suficientemente graves. Neste sentido, rogando-se licença para o exagero retórico, pode-se afirmar que o art. 28 da LINDB descriminaliza o simples erro. Pode-se afirmar, pois, que tal regra jurídica confere ao administrador público uma espécie de direito subjetivo ao cometimento de leves equívocos bem-intencionados, evidentemente sem ser estendida tal prerrogativa ao erro leve para os casos dotados de culpabilidade caracterizada como dolosa, grave ou desonesta.

49 LINDB, Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

50 No processo legislativo que culminou no art. 28 da LINDB houve tentativa de balizamento interpretativo do conceito de erro grosseiro. Tratava-se do vetado art. 28, § 1º, pelo qual não seria considerado erro grosseiro “a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”. Tal proposta legislativa restou vetada pelo Presidente da República pois “a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica”. Destaque-se que normas voltadas à definição de erro grosseiro também se encontravam previstas nos artigos 1º e 2º, da MP 966/20, sobre cuja natureza, efemeridade, e sujeição ao crivo do STF já se tratou no item 3, supra.

47 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 93.

48 RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Compensação de sanções de mesma natureza pelo mesmo fato e “ne bis in idem”. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019, p. 211.

Com efeito, coexistem, no Direito Público brasileiro, várias categorias diversas de responsabilização dos agentes públicos (v.g. responsabilidade administrativa, responsabilidade civil, responsabilidade penal, responsabilidade político-administrativa por improbidade administrativa, responsabilidade fiscal, responsabilidade eleitoral)⁵¹, sendo que a indevida utilização de tais instrumentos de responsabilização dos agentes públicos pode ensejar um fenômeno indesejável de inibição dos bons gestores, os quais se afastarão da Administração Pública, deixando cada vez mais espaço para os maus administradores públicos, ou seja, uma verdadeira “seleção natural” perversa. Assim, tem-se que interpretações demasiadamente rigorosas dos conceitos inerentes às mais diversas categorias de responsabilização a que os agentes públicos se encontram sujeitos, no afã de se punir os maus agentes públicos, podem expulsar da Administração Pública os bons gestores ou, ao menos, reduzir sua criatividade quase a zero, no já referido fenômeno do “apagão das canetas”⁵². Dois subprodutos de tal forma exacerbada de interpretação e aplicação das normas de responsabilização dos agentes públicos mostram-se especialmente graves. Primeiramente, há uma certa promiscuidade interpretativa quanto à ocorrência de infrações de maior gravidade. Com efeito, ora por desconhecimento ora por deliberada intenção de agravamento dos modos de responsabilização dos agentes públicos, não é raro que órgãos de controle e mesmo certos setores da Administração Pública interpretem todo e qualquer comportamento como improbidade administrativa, crime contra a Administração Pública, ou outras espécies graves de infração. De outro lado, o descuido na aplicação responsável de tais conceitos culmina por “criminalizar o erro”, sem que se perceba o mal que isso provoca no desenvolvimento da gestão pública. Conforme já referido nas notas introdutórias deste trabalho, a técnica da tentativa e erro por vezes é recomendável e até mesmo neces-

51 Para uma visão geral de tal arcabouço jurídico de responsabilidades, veja-se SEVERO, Sérgio Viana. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

52 Como ensinam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, o desamparo normativo do administrador probo, honesto e responsável “produz externalidades negativas para além dos atos praticados pelos agentes corruptos. Causa a paralisia da Administração Pública. Não há incentivo para se decidir. A lógica de autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode se importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é nada fazer. O problema é que a legítima defesa do gestor público lega, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 129-130).

sária, mas sua aplicação obviamente seria incogitável se o agente público percebesse que seus erros seriam severamente punidos. Daí porque se mostra alvissareiro o surgimento, no Direito Público brasileiro, da norma contida no art. 28, da LINDB. Saliente-se uma vez mais que para os maus gestores, aqueles que atuam indevidamente e com gravidade ou desonestidade, continuam a merecer a severa aplicação das mais diversas categorias de responsabilização⁵³.

Desta forma, em face do art. 28 da LINDB, os agentes públicos somente são responsabilizáveis se suas condutas vierem devidamente acompanhadas do elemento subjetivo doloso ou por uma noção de culpa grave qualificada na norma pelo conceito de “erro grosseiro”. Lembre-se quanto a tais conceitos que

“a conduta dolosa é aquela na qual o agente tem o desiderato de violar a probidade administrativa, seja por ações (recebendo propinas, por exemplo), seja por omissões (por exemplo, prevaricando em suas funções). O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu contro-

53 Com razão, portanto, Gustavo Binenbojm e André Cyrino, para quem “o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge neste cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir das abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena. O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública. (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018, p. 206). Do mesmo modo, o referido preceito legal visa a evitar a “responsabilização injusta de autoridades em caso de revisão de suas decisões” (SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Segurança Jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord). *Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 7).

lador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública”⁵⁴

Parece, pois, ser possível afirmar que a norma contida no art. 28 da LINDB traz como decorrência lógica a impossibilidade de responsabilidade por presunções. Justamente por tal motivo, não se concorda com posição interpretativa do TCU⁵⁵, no sentido de que a incidência do conceito de erro grosseiro decorreria de uma regra-matriz de responsabilização oriunda da noção de “administrador médio”. Com efeito, o que se depreende do art. 28 da LINDB é justamente a proibição de culpa presumida, eis que impôs o ônus argumentativo da constatação do dolo ou do erro grosseiro⁵⁶.

Aliás, o Decreto 9.830/2019⁵⁷ possui várias normas jurídicas no sentido de evitar presunções no

tocante ao aspecto subjetivo da responsabilidade dos agentes públicos. Primeiramente, o art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019 define erro grosseiro como sendo “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Ainda que se trate de definição dotada de elevada abstração, certamente servirá para auxiliar na compreensão de tal conceito. Demais disso, o Decreto 9.830/2019 possui várias outras normas que impõem seja a responsabilidade dos agentes públicos condicionada à efetiva demonstração de dolo ou erro grosseiro, sem que se cogite de mecanismos de responsabilização por culpabilidade presumida ou *in re ipsa*, ao estabelecer que: a) “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público (art. 12, § 3º); b) “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público (art. 12, § 4º); c) “o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo” (art. 12, § 5º); d) “a responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes” (art. 12, § 6º); e) “no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo” (art. 12, § 7º). Por fim, a demonstrar a necessidade de efetiva comprovação da ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o art. 12, § 2º, do Decreto 9.830/19 preceitua que “não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos

54 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 137.

55 TCU, Acórdão 1.628/2018, Pleno.

56 Daí porque se mostram adequadas as conclusões Juliana Heinen, para quem “a rigor, o controle dos atos administrativos não pode ser ancorar em uma ‘culpa presumida’, sendo que justamente é isto que o art. 28 da LINDB pretende combater. Em outras palavras, a previsão do termo ‘erro grosseiro’ no citado dispositivo quer impedir, teleologicamente, que se fixe a culpa do gestor de modo abstrato ou *in re ipsa*, por exemplo, derivada de um sincretismo principiológico (bastante perigoso, para dizer o mínimo)... Em outras palavras, pensa-se que a atividade controladora deve deixar de lado a tendência de identificar o ‘erro grosseiro’ como qualquer atividade que não corresponda ao ‘administrador médio’. Aliás, o art. 28 é justamente editado desta forma para que se afaste esta correlação, uma vez que reclama se conhecer as circunstâncias fáticas, o grau de responsabilidade com que o administrador decidiu, a realidade que estava diante quando da decisão etc. (v.g. arts. 20 e 22 inseridos pela Lei nº 13.655/2018). E isto induz a uma motivação que não pode se pautar em uma ‘culpa presumida’, mais ‘grave’ e, claro, ‘provada’. É bastante evidente que a Lei nº 13.655/18 exige maior motivação nas decisões que venham a sancionar o gestor público, justamente para se proteger o ‘administrador honesto’. Assim, o critério para a responsabilização do gestor deveria ser a culpabilidade, e não o prejuízo ao erário” (HEINEN, Juliana. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 165-166).

57 O Decreto 9.830/2019 restou editado, consoante dispõe seu art. 1º, para regulamentar “o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro”. Seu surgimento gerou evidente perplexidade. Primeiro porque as regras introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018 não parecem clamar ou carecer de uma interpositio normativa infralegal para que sua operatividade venha a ser assegurada. Dito de outro modo: a LINDB não demanda regulamentação, mesmo no seu compartimento voltado a assegurar segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público. A regulamentação de tais normas, ao menos como se extrai do Decreto 9.830/2019, parece algo tão inusitado quanto seria a regulamentação, por exemplo, do Código Civil ou do Código de Processo Civil. Até haveria algum sentido em tal regulamentação se houvesse a edição de decreto federal voltado à adaptação das normas introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018 às particularidades próprias da estrutura e da funcionalidade da União, o que até ocorre em alguns dos preceitos contidos no De-

creto 9.830/2019 (v.g. art. 10, §§ 5º e 6º, art. 14, art. 15 e arts. 20 a 24). Mas, na maior parte de seus preceitos, o Decreto 9.830/2019 propõe-se como instrumento de regulamentação universal dos artigos 20 a 30 da LINDB. Além disso, também gera perplexidade o fato de que o referido Decreto 9.830/2019 parece pretender imiscuir-se em searas além daquelas para as quais o art. 84, IV, da CF atribui competências regulamentares ao Chefe do Poder Executivo Federal. Neste sentido, é de se indagar, por exemplo, se as normas contidas no Decreto 9.830/2019 vinculam a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública. Do mesmo modo, é de se perguntar se o Decreto 9.830/2019 se impõe à atividade de controle que eventualmente venha a ser realizada pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Ministério Público. Daí a razão pela qual, embora até possua normas dignas de encômios, como as aqui destacadas, o Decreto 9.830/2019 há de ser interpretado – e, por conseguinte, aplicado – com a devida parcimônia e observados os restritos limites normativos contidos na noção de regulamentação que se extrai da Constituição Federal.

do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro”. Um primeiro olhar sobre tal norma poderia levar à conclusão de que se trata de norma em grande medida tautológica. Contudo, dela deve se extrair a conclusão de que o elemento subjetivo das condutas dos agentes públicos deve ser devidamente comprovado nos respectivos processos de responsabilização, endereçando-se o ônus da prova também quanto à culpabilidade aos proponentes da acusação imputada aos agentes públicos processados.

Conveniente atentar para a repercussão do art. 28 da LINDB nas mais diversas formas de responsabilização a que os agentes públicos se encontram sujeitos. Inicialmente, quanto à responsabilidade administrativa propriamente dita, como é o caso da responsabilidade funcional dos agentes públicas, normalmente instituída pelos respectivos estatutos e regimes jurídicos, somente se poderá responsabilizar agentes públicos caso se demonstre cabalmente a ocorrência de dolo ou erro grosseiro. Ou seja, de um lado, é incogitável qualquer caso de responsabilidade objetiva funcional dos agentes públicos e, de outro, não mais persiste a possibilidade de responsabilização de agentes públicos por categoria culposa que não se manifeste como caso de erro grosseiro⁵⁸.

Quanto à responsabilidade fiscal dos agentes, assim considerada aquela oriunda das competências constitucionais dos Tribunais de Contas, igualmente, somente poderá ser caracterizada situação ensejadora de responsabilidade, conduta que contemple hipótese de dolo ou erro grosseiro. Trata-se de novidade especialmente alvissareira quanto à competência dos Tribunais de Contas, os quais possuíam um certo descuido decisório quanto à culpabilidade dos seus jurisdicionados. Com efeito, antes do art. 28 da LINDB, ainda que não se falasse em responsabilidade objetiva propriamente dita, as decisões impositivas de responsabilidade pelos Tribunais de Contas simplesmente olvidavam de tratar da culpabilidade. Com o advento de tal normal legal, também a responsabilização impositiva pelos Tribunais de Contas restará condicionada a situações de dolo ou erro grosseiro.

58 Diante disso, exorbita do poder regulamentar, por extrapolar os limites normativos contidos no art. 28 da LINDB, a norma contida no art. 17 do Decreto 9.830/2019, segundo o qual “o disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve”. Ora, mesmo em relação ao regime disciplinar, somente se poderá responsabilizar os agentes públicos caso caracterizada situação de dolo ou erro grosseiro, no qual não se enquadram as condutas culposas de natureza leve, inclusive em face do disposto no art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019.

No tocante à responsabilidade por improbidade administrativa, parece que o art. 28 da LINDB é menos novidadeiro, porquanto os tipos de improbidade contemplados nos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10-A (concessão indevida de benefícios fiscais em matéria de ISS) e 11 (violação aos princípios da administração pública) da Lei 8.429/92 somente serão caracterizados se houver dolo, ainda que genérico, ao passo que o tipo de improbidade contido no art. 10 da Lei 8.429/92 (lesão ao erário) poderá ser caracterizado tanto no caso de dolo, quanto na hipótese de culpa grave, a qual, desde há muito, vem sendo interpretada como aquela dotada de gravidade suficiente para a caracterização de comportamento desonesto que é próprio da noção de improbidade administrativa⁵⁹. Defende-se, pois, que a noção de erro grosseiro contida no art. 28 da LINDB seja assimilável ao que a jurisprudência já vinha considerando como culpa grave, necessária à categorização da improbidade administrativa prevista no art. 10, da Lei 8.429/92. Discorda-se, pois, de Guilherme Pellegrini, para quem “a norma do art. 28 da Lei n. 13.655/18, com relação aos casos por ela especificados, ao estabelecer um âmbito de responsabilização administrativa mais restrito do que a lei anterior (Art. 10 da Lei 8.429/92) é com ela incompatível, determinando-lhe, pois, a insubsistência parcial”⁶⁰, porquanto se entende que em matéria de improbidade administrativa, notadamente quanto ao art. 10 da Lei 8.429/92, erro grosseiro e culpa grave são noções identificáveis. Por outro lado, não se cogita que o art. 28 da LINDB possa ser utilizado para a caracterização dos demais tipos de improbidade (enriquecimento ilícito, concessão indevida de benefícios fiscais de ISS e violação aos princípios), no tocante a casos de erro grosseiros, eis que se tratam de categorias normativas que exigem dolo.

Finaliza-se a presente análise com o destaque necessário à compreensão da incidência do art. 28 da LINDB sobre os casos de responsabilidade civil dos agentes públicos. Quanto ao tema, há polêmicas que devem ser compreendidas e, se possível, solucionadas. Ocorre que o art. 37, § 6º, da Constituição

59 Sobre o tema vide MAFFINI, Rafael. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). Teses jurídicas dos tribunais superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t.2 p. 29-50.

60 PELLEGRINI, Guilherme M. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coords). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 423.

Federal estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Assim, tal norma constitucional estabelece que a responsabilidade civil dos agentes públicos, caso responsáveis por danos causados em desfavor de terceiros, ocorra por dolo ou culpa. Já o art. 28 da LINDB estabelece que a responsabilidade dos agentes públicas ocorra nos casos de dolo ou erro grosseiro. Do cotejo de tais normas, resta a dúvida acerca de como se interpretar o conceito de erro grosseiro. Com efeito, caso se interprete que o conceito de erro grosseiro contido no art. 28 da LINDB restringe o conteúdo da norma constitucional, evidentemente se estará diante de uma flagrante inconstitucionalidade. Todavia, caso se interprete que a Constituição Federal deixou em aberto o conceito de culpa permitindo ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de gradação da culpa indutora de responsabilidade, tem-se aí uma função normativa absolutamente legítima e constitucional. Parece que o art. 28 se enquadra nesta segunda situação, razão pela qual não parece tratar-se de norma violadora do texto constitucional. Assim, concorda-se com a conclusão de Gustavo Binbenojm e André Cyrino, para quem “a adoção da categoria de erro grosseiro nos parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte”⁶¹. Aliás, lembre-se que algumas categorias funcionais são sujeitas a regras legais que, sem qualquer violação ao art. 37, § 6º, da CF/88, preveem responsabilidade civil condicionada a certas categorias específicos de culpabilidade (ex. art. 143, I, do CPC).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, procurou-se abordar uma das tantas importantes questões que o Direito Administrativo brasileiro há e haverá de enfrentar em razão dos nefastos efeitos da pandemia do coronavírus, qual seja a responsabilização dos agentes públicos por suas condutas e decisões perpetradas em meio a um momento tão crítico como o que está assolando o planeta. As restrições materiais e orçamentárias e as incertezas experimentadas pela própria medicina causam um cenário em que as tomadas

decisão são ainda mais difíceis do que normalmente já ocorre no exercício da função estatal de administração pública.

Se, de um lado, a legislação e sua interpretação devem se mostrar impiedosas com situações caracterizadas pela malversação intencional ou desonesta, de outro, não se pode aplicar os mesmos rigores aos casos em que os agentes públicos tomam decisões influenciadas pelos limites e restrições próprios de um momento tão grave como o que a sociedade está passando.

Daí porque se analisou a responsabilização dos agentes públicos pela perspectiva da LINDB, com as alterações introduzidas pela Lei 13.655/18. Passados já mais de dois anos de sua vigência, parece tratar-se de diploma legal já amadurecido o suficiente, ao menos no plano doutrinário, para servir de um adequado instrumento de racionalização do sistema de sancionamento aplicável a agentes públicos.

Neste diapasão, restaram destacados especialmente duas normas jurídicas contidas na LINDB. Tratou-se, inicialmente, do seu art. 22 que contempla um verdadeiro clamor por empatia aos órgãos de controle no exercício da fiscalização incidente sobre agentes públicos, na medida em que determina que o fiscal analise as condutas fiscalizadas a partir das dificuldades e limitações que lhe eram pertinentes. Tratou-se, também, do art. 28 da LINDB, segundo o qual a responsabilização dos agentes públicos resta condicionada a uma forma qualificada de culpabilidade, que culmina por interditar que recaiam sanções em face de comportamentos que não sejam intencionalmente ilícitos, desonestos, ou ao menos qualificados como grosseiros.

O fio condutor do trabalho buscou demonstrar que um sistema de responsabilização somente poderá ser considerado efetivo se possuir mecanismos aptos à separação dos casos graves que reclamam reprimendas severas, daqueles casos em que eventuais deslizes formais ou mesmo eventuais ilegalidades tenham sido perpetrada por meio erro. Tal diretriz, por seu turno, visa assegurar um ambiente confortável aos bons gestores que, por melhores que sejam e por mais cuidados que tenham, cometerão erros em suas decisões, num momento histórico em que rarefeitas são as certezas e, por conseguinte, frequentemente os acertos somente ocorrem por sorte.

Porto Alegre, RS, 20 de setembro de 2020.

61 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018, p. 206.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários à Lei 13.655/2018 – proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A Administração Pública na Constituição de 1988 – 30 anos depois: disputas, derrotas e conquistas. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.
- CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. Lei do Coronavírus – Lei nº 13.979/2020: Comentada Artigo por Artigo. Brasília: CP Iuris, 2020.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HAERBERLIN, Mártin. Comentário ao art. 22 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael, coord. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 79-98.
- HEINEN, Juliano. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 161-176.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), 2018, p. 60-70.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.
- MAFFINI, Rafael. “Covid-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>. Acesso em 06/04/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49702.
- _____. Comentários ao art. 24 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 113-128.
- _____. Direito Administrativo da crise: medidas administrativas de enfrentamento à Covid-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio. As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2020. p. 759-780.
- _____. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). Teses jurídicas dos tribunais superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t.2 p. 29-50.
- _____. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.
- _____; CARVALHO, Guilherme; MP 966: Vacina indevida ou precaução normativa? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/mp-966-vacina-indevida-ou-precaucao-normativa>. Acesso em maio 2020.
- _____; HEINEN, Juliano. Análise acerca da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set-dez. 2018.
- _____. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, Benoni (org.). Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Comentário ao art. 22, § 1º, da LINDB. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PELLEGRINI, Guilherme M. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coords). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Compensação de sanções de mesma natureza pelo mesmo fato e “ne bis in idem”. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Vol. II. Quartier latin: São Paulo, 2019.

ROGÉRIO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra, 1996.

SCAPIN, Romano. A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das ‘medidas cautelares’ à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SEVERO, Sérgio Viana. Tratado da Responsabilidade Pública. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Ano 7, v. 14, n. 2, jul-dez. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Direito Administrativo para céticos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança Jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord). Segurança Jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em 19/03/2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.



Rafael Maffini

<https://orcid.org/0000-0001-7349-2411>

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

rafael.maffini@rmmgadogados.com.br

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados para os biênios 2016/2018 e 2018/2020; Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados, <http://lattes.cnpq.br/5560738819747602>

Participación Ciudadana Colaborativa, Rendición de Cuentas y Fiscalización. El caso de México¹

Participação cidadã colaborativa, accountability e fiscalização. O caso do México
Public participation, accountability and oversight, The case of Mexico

Freddy Mariñez Navarro²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.384>

Resumen: Partimos del concepto de rendición de cuentas como un proceso en el que los actores gubernamentales se encargan de presentar sus acciones ante los ciudadanos y estos con su compromiso cívico se encargan de revisarlas con el objeto de construir un espacio de diálogo para determinar hasta qué medida estas acciones fueron llevadas a cabo en el marco de sus atribuciones. En consecuencia, el artículo desarrolla tres líneas que da como resultado la explicación de la participación ciudadana participativa, la rendición de cuentas y la fiscalización en México. La primera línea se orienta a explicar la participación ciudadana en el marco de la colaboración, dejando claro que han venido dándose cambios en las características de las organizaciones ciudadanas. En la segunda línea analizamos en términos generales la rendición de cuentas tanto horizontal como vertical. Y por último, analizamos la participación colaborativa ciudadana en la rendición de cuentas y fiscalización en México mediante una descripción legal-institucional.

Palabras clave: Rendición de cuentas, participación colaborativa, fiscalización, compromiso cívico

Resumo: Partimos do conceito de *accountability* como um processo em que os atores governamentais se encarregam de apresentar suas ações aos cidadãos e estes, com seu compromisso cívico, se encarregam de revisá-las a fim de construir um espaço de diálogo para determinar em que medida as ações foram realizadas no âmbito de suas atribuições. Conseqüentemente, o artigo desenvolve três linhas que resultam na explicação da participação cidadã, *accountability* e fiscalização no México. A primeira linha visa explicar a participação do cidadão no âmbito da colaboração, deixando claro que estão ocorrendo mudanças nas características das organizações de cidadãos. Na segunda linha, analisamos em termos gerais a *accountability* horizontal e vertical. E, finalmente, analisamos a participação cidadã colaborativa na prestação de contas e supervisão no México por meio de uma descrição jurídico-institucional.

Palavras-chave: *Accountability*, participação colaborativa, fiscalização, engajamento cívico

Abstract: We start from the concept of *accountability* as a process in which government actors are in charge of presenting their actions to citizens and these, with their civic commitment, are in charge of reviewing them in order to build a space for dialogue to determine to what extent they are actions were carried out within the framework of its powers. Consequently, the article develops three lines that result in the explanation of participatory citizen participation, *accountability* and oversight in Mexico. The first line is aimed at explaining citizen participation in the framework of collaboration, making it clear that changes have been taking place in the characteristics of citizen organizations. In the second line, we analyze in general terms both horizontal and vertical *accountability*. And finally, we analyze collaborative citizen participation in *accountability* and oversight in Mexico through a legal-institutional description.

Keywords: *Accountability*, collaborative participation, audit, civic engagement

1 Artigo recebido em 06/10/2020 e aprovado em 01/04/2021.

2 Colegio de Jalisco, Coljal.

INTRODUCCIÓN

El concepto de rendición de cuentas se ha convertido en un recurso retórico que sirve como sinónimo para muchos de los comportamientos políticos deseados como la transparencia, la equidad, la democracia, el Estado de Derecho, la eficiencia y la integridad de transmitir una imagen de buen gobierno. Por ello consideramos que el compromiso cívico se convierte en un aspecto vital para la definición de la rendición de cuentas, ya que le da soporte efectivo al funcionamiento de la democracia, del gobierno y de la administración pública, generando contextos para la legitimidad gubernamental, el éxito de la implementación de la política pública, y el logro de resultados administrativos y sociales: valor social y valor público (Smyth, 2007; Mariñez Navarro, 2015).

Se ha venido evidenciando que hay una perspectiva que viene desde afuera sobre el futuro del sector público y sus responsabilizaciones. Los efectos de la economía mundial iniciada en los años 70s y los amplios cambios en la organización de las agencias públicas, producido por la progresiva digitalización, han generado acontecimientos políticos, tecnológicos y culturales, que obligan a funcionarios públicos a cambiar sus habilidades, sus aptitudes, sus prácticas y su organización. Si a esto le adicionamos el acelerado proceso de la digitalización producto de la crisis de la pandemia del Covid-19, los gobiernos necesitarían considerar las herramientas digitales como un camino para llegar a ser relevante en la información (cuentas) que deben rendir. Es una oportunidad, afirmamos, para que los gobiernos se provean de estas nuevas herramientas para informar, justificar, argumentar.

Metodológicamente este artículo se desarrolla en la perspectiva teórica conectando con la descripción legal-institucional como referencia para explicar el marco normativo en México en materia de rendición de cuentas y participación colaborativa ciudadana. En tres puntos el artículo da como resultado esta explicación teórica, tomando como eje transversal el compromiso cívico, entendido éste como una forma en que los ciudadanos, a partir de una obligación o promesa, logran impulsar el asociacionismo con la idea central de llevar a cabo el debate, la deliberación y la solución de problemas públicos. El primer punto se orienta a explicar la participación ciudadana en el marco de la colaboración, dejando claro que han venido dándose cambios en las características de las organizaciones ciudadanas. En el segundo punto analizamos en términos generales la rendición de cuentas tanto horizontal como vertical. Y por último,

analizamos la participación colaborativa ciudadana en la rendición de cuentas y fiscalización en México mediante la descripción legal-institucional.

1. LA PARTICIPACIÓN COLABORATIVA EN JUEGO

Partimos que la política democrática es parte del poder de los ciudadanos en su relación con el Poder Delegado del Estado. Por esta razón, concebimos primeramente esta política a partir del reconocimiento de la creatividad y el resultado que imprimen los ciudadanos y actores no gubernamentales en su relación con los funcionarios públicos electos y no electos. Es decir, la participación de los ciudadanos es fundamental ya que tiene como base a las instituciones participativas creadas en el proceso de democratización. En esta dirección, presentamos también a la innovación pública como un proceso institucional democrático, atendiendo a una premisa y a dos direcciones. La premisa es que no puede haber innovación institucional democrática sin un sector público, unas instituciones políticas y una ciudadanía innovadores. En cuanto a las dos direcciones, la primera de ellas no es más que los arreglos de los ciudadanos, actores gubernamentales y no gubernamentales que permiten identificar problemáticas públicas, así como herramientas y dispositivos novedosos para el logro de respuestas y soluciones nuevas en el espacio de lo público presencial y digital. Y la segunda dirección, consecuencia de la anterior, se refiere a las modalidades democráticas de articulación de estos actores en la organización pública, produciendo esto una nueva configuración entre el Estado y la sociedad que asegura el aprendizaje colectivo necesario para la defensa de lo público.

Cuando hablamos de participación colaborativa, tenemos que diferenciar los efectos tanto en los ciudadanos individuales, expresados en las funciones educativas como el crecimiento de sus habilidades cívicas; como en la política y la toma de decisiones que se refiere a la calidad y legitimidad de las mismas y por supuesto, a los diferentes intereses y voces; así como el efecto en el fortalecimiento democrático de las instituciones públicas. La participación colaborativa, por lo tanto, primeramente puede hacer que los ciudadanos se sientan más eficientes y más seguros de su capacidad para incidir en la formulación de políticas, así como en el control de lo público. En segundo lugar, tal como lo refiere Michels (2019), tiene una función integradora ya que contribuye al desarrollo de las virtudes cívicas, así como al sentimiento de ser ciudadanos con vida pública, sintiéndose con más responsabilidad personal en su vinculación con

las decisiones públicas. Para llevar a cabo este potencial de la participación colaborativa, es importante comprender las motivaciones de los ciudadanos para participar en las diferentes variantes del compromiso colaborativo y que estos difieren dependiendo del objetivo de los próximos proyectos gubernamentales y su tarea respectiva³.

De esta manera, el mismo Michels (2011) distingue cuatro tipos de *innovaciones* democráticas que pueden mejorar la participación colaborativa: a) el *referéndum*, que da a los ciudadanos un voto directo en las decisiones políticas; b) la *hechura de la política pública participativa*, que se caracteriza porque hay una clara relación con la toma de decisiones en el sentido de que se les pide a los ciudadanos y a las partes interesadas a asesorar el gobierno; c) las *encuestas deliberativas*, que son las opiniones individuales en el que se le pregunta al ciudadano acerca de un tema en particular, y d) los *foros deliberativos*, entendidos como foros dialógicos diseñados con el objetivo de ser deliberativo, lo que significa que la atención se centra en el seguimiento de los procedimientos deliberativos ideales, la formación de la opinión y el intercambio de argumentos tan importantes en la toma de decisiones.

Este tipo de participación también activa a las instituciones de rendición de cuentas horizontal en el momento en que abre una posibilidad de diálogo, comunicación, legitimidad y confianza, convocando a los diferentes actores de la sociedad a trabajar juntos, reconociendo que los ciudadanos poseen información propuesta por diversos actores que puede ser usada para resolver los problemas públicos.

Podríamos hablar así de la era de la colaboración impulsada por la aparición de nuevos talentos digitales, creación de nuevas estructuras sociales que superan en complejidad de las anteriores, y por nuevos modos de creación de valor tanto público como social. El auge de las tecnologías modernas de información y comunicación (TIC) ha sentado las bases para una nueva era de democracia que es capaz de nivelar la transparencia de la acción gubernamental, la participación cívica de los ciudadanos y la colaboración entre gobiernos y ciudadanos. Esto hace que los ciudadanos requieren hoy de nuevas habilidades para participar, colaborar y comprender la calidad de la transparencia para vincularla con la rendición de cuentas. Meijer et al. (2012) explican esta vinculación cuando analizan el gobierno abierto de esta manera: “El ideal de gobierno abierto postula una relación sinérgica entre transparencia y participación

según la cual la transparencia garantiza el acceso público a la información gubernamental y la participación proporciona acceso público al gobierno mismo” (Meijer et al., 2012:14). Por ello, si utilizamos una definición centrada en la visión y la voz, es difícil separar el gobierno abierto de la democracia, ya que la “visión” y la “voz” son al mismo tiempo principios democráticos fundamentales. La democracia es, por definición, el sistema político donde la “voz” de los ciudadanos influye en la toma de decisiones a través de canales organizados de representación y participación. Y la “visión” (transparencia) implica gobiernos de acuerdo con reglas fijas y publicadas sobre la base de información y procedimientos que son accesibles al público y (en algunos usos) dentro de campos de actividad claramente delimitados. Ambos elementos de apertura presuponen un conjunto de derechos que gozan los ciudadanos, como el derecho a la libre asociación, libre expresión, representación, acceso a la información y participación en la vida cívica y política, que son difíciles de conceptualizar fuera de los sistemas democráticos (Dahl, 1993; Schnell, 2020).

De esta manera entonces está demostrado que hoy al participar, los ciudadanos requieren de nuevas habilidades para alcanzar los objetivos tanto de innovación abierta (Open Innovation), como gerenciales y que el rol de los funcionarios públicos, para esta tarea, es clave. Esta afirmación nos deja claro que la colaboración es una forma de participación democrática que es igualitaria pero diferente a la concepción tradicional del término (Noveck, 2010). Esta visión de Noveck la podemos corroborar al ver hoy las siguientes características de las organizaciones ciudadanas en el marco de la digitalización de los procesos democráticos:

- a) *Organizaciones abiertas y flexibles* que permita potenciar la Inteligencia Cívica que no es más que tener información y comprenderla para compartirla a quienes necesitan respuestas. En otras palabras, implica conocer, responder y proveer, por lo que se podría entender como la capacidad de las organizaciones ciudadanas y comunitarias de adquirir y aplicar conocimientos.
- b) *El trabajo en red*. Éste es una forma distinta de hacer las cosas, que supone ir construyendo relaciones, aprendizajes, complicidades con la idea de co-crear y/o co-producir las informaciones, las ideas, las estrategias y las formas de hacer las cosas.
- c) *Liderazgo relacional*. Todos son líderes porque todos aportan información para la participa-

3 Wijnhoven et al. (2015) hace este estudio referido a las motivaciones ciudadanas en los proyectos de Gobierno Abierto.

ción colaborativa. Es un liderazgo horizontal y colaborativo.

- d) *Innovador por el uso de las TICs* y también por generar nuevos procesos y organización para un nuevo servicio público. Debemos centrarnos en la transformación de los modelos organizativos y en su forma de gestionarlos, de forma que generen nuevo valor para la sociedad. La innovación por la vía de modelos organizativos y formas de gestionarlos para un servicio generador de valor público. (Mariñez Navarro, 2021)

Los nuevos desarrollos tecnológicos que marcan la cuarta revolución tecnológica (web 4.0) en los últimos diez años como la robótica, el Internet de Las Cosas (IoT), la Inteligencia artificial (Big Data) y la Nanotecnología, se han convertido en una gran promesa de empoderamiento de los ciudadanos para que identifiquen actividades sospechosas y brinden a los actores gubernamentales las herramientas para prevenir, investigar y sancionar acciones corruptas, así como para participar en la fiscalización de los recursos y decisiones públicos.

Con la digitalización encontramos cambios en la naturaleza misma de la política, desde “protestas sociales a gran escala” hasta “twitters en línea, mensajes en las redes sociales, YouTube o Facebook”. Millones de personas ahora usan WhatsApp para los mensajes del día a día. No es de extrañar, un mensaje o comentario adverso se vuelve viral muy pronto, lo que lleva a protestas en todo el mundo. Como tal, la política se ha vuelto prominente en cualquier momento y en cualquier lugar. Además, el “discurso social de la política” se ha vuelto más abierto, difuso y descentralizado. Sorprendentemente, la tecnología digital ha ayudado a mejorar la fe del ciudadano común en la información publicada en Internet (Gupta, 2019:900).

2. UNA VISIÓN GENERAL DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

La rendición de cuentas es un concepto que ha tomado cuerpo en los últimos 40 años con la discusión sobre la democracia y la corrupción. Ello ha planteado en el seno del debate la necesidad de un entorno institucional capaz de hacer valer la legalidad y las garantías ciudadanas. Como podemos ver, la rendición de cuentas es un concepto fundamental a tomar en consideración cuando asumimos la democracia, ya que nos plantea el alcance y los diversos sistemas de control del poder. Viéndolo de esta ma-

nera, la noción de rendición de cuentas, según Andreas Schedler,

“incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público (*answerability*). Por otro lado, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos (*enforcement*)” (Schedler, 2004:12).

Cabe destacar, según el mismo Schedler (2004), que la rendición de cuentas o *accountability*⁴ del poder público puede verse desde lo legal y desde lo político. Desde lo legal, la entendemos como aquella *accountability* orientada a garantizar que las acciones de los funcionarios públicos estén enmarcadas legal y constitucionalmente. Y desde lo político, la podemos identificar como la capacidad del electorado para hacer que las políticas públicas respondan o se adecuen a sus preferencias. Es importante destacar que estas dos visiones son las que dan explicaciones a los tres pilares de la *accountability* (información, argumentación-justificación y sanción). También en el debate sobre la rendición de cuentas y la democracia se han visualizado dos tipos de mecanismos. Por un lado, los mecanismos retrospectivos de la rendición de cuentas entre el electorado y los gobernantes, típico de las democracias representativas en las que, a través de elecciones competitivas, igualitarias, libres, decisivas e inclusivas, los ciudadanos pueden premiar o castigar el desempeño de sus representantes. El otro mecanismo es el prospectivo, en el que los gobernantes mediante sus propuestas políticas logran comprometer al electorado y estos, libres para discutir, criticar y demandar en cualquier circunstancia, no están capacitados para ordenar qué hacer al gobierno ni a obligarlo a que haga lo que ofreció.

Estos dos mecanismos nos llevan a definir lo que Guillermo O’Donnell ha denominado *accountability* horizontal y vertical (O’Donnell, 2002). Con la horizontal se refiere este autor a las relaciones de control entre agencias del Estado que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control ruti-

4 Aunque se ha venido discutiendo sobre si el concepto *accountability* y *rendición de cuentas* equivale lo mismo, hemos identificado coincidencias en autores en la definición de estos términos, visualizados como la obligación que tienen los funcionarios públicos y los políticos a abrirse a la inspección pública con argumentación y justificación de los actos informados por aquellos a las instituciones públicas y sobre todo a los ciudadanos, que es el último depositario de la soberanía en una democracia. Para los efectos de este trabajo utilizaremos indistintamente estos dos conceptos.

nario hasta sanciones legales, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden ser calificadas como ilícitas. En otras palabras, nos referimos a un sistema intraestatal de controles. “En la teoría democrática, la expresión paradigmática de una relación horizontal de este tipo es la clásica división de poderes. En teoría los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial se limitan y controlan mutuamente en un sistema balanceado de pesos y contrapesos” (Schedler, 2004:15). En otro sentido, la rendición vertical de cuentas se refiere a las relaciones de control de la sociedad hacia el Estado lo que implica la existencia de controles externos sobre el Poder Público y que describe una relación entre desiguales, entre superiores y subordinados. Este tipo de rendición de cuentas logra expresarse en las democracias representativas por dos vías: la rendición de cuentas electoral y la rendición de cuentas societal o *accountability* social⁵.

Estos dos tipos de *accountability* o rendición de cuentas vertical tienen un sentido complementario. Mientras que el instrumento fundamental de la *accountability* electoral –representación–, que son los partidos políticos, ya no cumple cabalmente la función de control en el sistema político, la rendición de cuentas social o societal incorpora la esfera pública y la sociedad civil “para completar y complementar, más que reemplazar, la *accountability* de la representación” (Arato, 2001: 65). O como lo dice Peruzzotti (2010), la presencia de movimientos ciudadanos, de diverso tipo de reclamos de transparencia -- especialmente si se encuentran bien organizados y logran establecer una presencia continua y visible en el escenario nacional-- agrega un complemento vital al sistema ya establecido de controles institucionalizados. El mismo Arato parte de que es a través de la sociedad civil y la esfera pública que la democracia recobra algo de su carácter participativo perdido. Es esta la razón por la cual sin *accountability* o rendición de cuentas, la gobernabilidad, entendida como el nervio de la democracia, sería casi imposible. López Ayllón y Merino (2009) van más allá cuando incorporan al concepto de rendición de cuentas la *subsidiaridad* y la *transitividad* para explicarla como sistema –para el caso mexicano-. La primera quiere decir que es subsidiaria la rendición de cuentas en el sentido

de que una acción o responsabilidad robustece a la otra, ya que las cuentas se rinden sobre una acción, una decisión e incluso una omisión previas, esto para ser consecuente con el contenido sustantivo de esas acciones o decisiones. Y también es una relación transitiva en cuanto que hay al menos dos sujetos que participan en el proceso de rendición de cuentas con roles distintos y que se perdería todo sentido si los que rinden cuentas no lo hacen con obligatoriedad, si sus juicios no son sometidos a debate y si no acatan los resultados de las sanciones (López, 2011; López y Merino, 2009).

Hoy en México han aparecido mecanismos de contrapeso al Poder Público que complementan las instituciones de fiscalización y rendición de cuentas. Nos referimos a los Órganos Autónomos, así como los Órganos Internos de Control tanto en la administración pública Federal, Estatal y Municipal, como en el Poder legislativo y el Poder Judicial.

La rendición de cuentas como compromiso cívico

Si hemos partido que la rendición de cuentas implica la obligatoriedad de los actores políticos y gubernamentales de informar sobre sus decisiones públicas y de justificarlas en público, entonces podemos argumentar que aquella está sujeta no sólo por la responsabilidad legal, sino también por el compromiso cívico de ellos. Mulgan desglosa la palabra ‘*accountability*’ en dos partes: *account* que significa *dar cuenta*, y *ability* que quiere decir *capacidad, habilidad, competencias*, en este caso del funcionario público, que es el que se hace responsable de las consecuencias (Mulgan, 2000, citado por Tennaas Holmen, 2011). En este sentido, podríamos partir que la rendición de cuentas es una acción cívico-legal. Mark Bovens ofrece un concepto de *accountability* o rendición de cuentas en esta dirección, “la relación entre un actor y un foro en el que el actor tiene la obligación de explicar y justificar su conducta, el foro puede plantear preguntas y emitir un juicio, y el actor podría enfrentar consecuencias” (Bovens, 2006, citado por Sorensen, 2012: 3). Así, el mismo Bovens identifica dos aspectos de lo público de la *accountability*: primeramente que la *account* (que significa dar cuenta de las responsabilidades) es dada en público –por lo que es un deseo de la transparencia-, y en segundo término que la relación de la *accountability* está situada en el seno del sector público (Bovens, 2005). De este modo, el mismo autor afirma que la característica esencial clave de la rendición de cuentas es la relación binaria, normativa y jerárquica entre Agente/Actor o entre Director/Foro. Esta relación se

5 “La *accountability* social es un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, así como también en acciones mediáticas. Las iniciativas de estos actores tienen por objeto monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de estos y activar la operación de agencias horizontales de control”. (Peruzzotti y Smulovitz; 2002:32).

caracteriza por ser prácticas institucionalizadas con el siguiente contenido:

- Acceso del público a la entrega de las cuentas, y no secreta o información discreta.
- No convertirse en un acto de propaganda política. Debe explicarse o justificar la conducta, las decisiones y las acciones.
- La explicación debe estar dirigida a un foro específico y no a un grupo indefinido.
- El actor que rinde cuentas debe sentirse obligado a presentarse en el proceso.
- Tiene que haber una posibilidad de debate y fallo, incluyendo la imposición de sanciones formales o informales, si es el caso (Bovens, 2005).

Los foros deben ser de diferentes tipos, ya que responden a maneras diversas de relaciones de la rendición de cuentas, por lo que los actores obligados y los que exigen información son diferentes. Según Bovens hay por lo menos 5 tipos diferentes de actores y foros:

- La rendición de cuentas de la organización (Superiores de la organización pública - cuando los mandos medios o subalternos rinden cuentas a sus superiores en la organización-).
- La rendición de cuentas política (Representantes electos -cuando los administradores públicos son convocados por el Congreso o Senado-).
- Rendición de cuentas legal (Tribunales - cuando los funcionarios públicos dan cuenta de sus propios actos o en nombre de la agencia en su conjunto-).
- La rendición de cuentas administrativa (La rendición de cuentas casi legal pero sostenida por las propias instituciones del Estado - Auditores, inspectores, controladores, fiscalizadores-).
- La rendición de cuentas profesional (Es un tipo de rendición de cuentas técnico realizada por pares profesionales o expertos) (Bovens, 2005).

Vemos entonces que el concepto de rendición de cuentas se ha venido convirtiendo en un recurso retórico que sirve como sinónimo para muchos de los comportamientos políticos deseados como la transparencia, la equidad, la democracia, la eficiencia y la integridad de transmitir una imagen de buen gobierno. Por ello consideramos que el compromiso cívico se convierte en un aspecto vital para la definición de la rendición de cuentas, ya que le da so-

porte efectivo al funcionamiento de la democracia, del gobierno y de la administración pública, generando contextos para la legitimidad gubernamental, el éxito de la implementación de la política pública, la rendición de cuentas y el logro de resultados administrativos y sociales: valor social y valor público (Smyth, 2007; Mariñez Navarro, 2015).

Rendición de cuentas y compromiso cívico lo percibimos entonces como un proceso íntimamente ligado en el que lo legal, la defensa de lo cívico, el debate público y la participación juegan un papel clave en la responsabilización de los funcionarios públicos y políticos, expresándose como un proceso de comunicación directa, tanto presencial como a través de las tecnologías de la información disponibles, y mediante el cual la gente discute de manera abierta sus razones, intereses, habilidades y valores con la intención de llegar a un acuerdo para la toma de decisión (Mariñez Navarro, 2015). “Este punto de vista es compatible con nuestra idea democrática de que el gobierno es responsable ante todos sus ciudadanos, y no sólo ante aquellos que tienen por lujo el poder, el dinero y las conexiones” (Parlow, 2008: 156). De esta manera, Mulgan afirma que el núcleo de la noción de la rendición de cuentas es que enfatiza en el control democrático, y éste refiere a la capacidad del gobernado para afectar decisiones públicas, así como para sancionar decisiones y acciones hechas por los portadores de la rendición de cuentas (Mulgan, 2000, citado por Tennaas Holmen, 2011).

Podemos explicar entonces que los actores gubernamentales y políticos actúan como agentes creativos mediante la puesta al escrutinio público de la información, así como su debate y justificación con la gente, la apertura de datos y el acceso a la información gubernamental con el objetivo de facilitar oportunidades para nuevas iniciativas que impulsen ciudadanía y que crean nuevos servicios y relaciones con actores no gubernamentales.

“La participación ciudadana se ha relacionado directamente con la integridad del administrador público, así como con el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. A medida que se implementan las acciones políticas, los resultados en la comunidad atendida (positivos o negativos) se consideran responsabilidad directa del servidor público, lo que puede persuadir aún más sus esfuerzos proactivos de participación ciudadana” (Wang y Van Wart, 2007, citado por Henson, 2019: 330)

Pollit (2016, 2011), lo ha venido evidenciando que hay una perspectiva que viene desde afuera sobre el futuro del sector público y sus responsabilizaciones. Los efectos de la economía mundial iniciada en los años 70s y los amplios cambios en la organización de las agencias públicas, producido por la progresiva digitalización, han generado acontecimientos políticos, tecnológicos y culturales, que obligan a funcionarios públicos a cambiar sus habilidades, sus aptitudes, sus prácticas y su organización. Por esta razón, vemos entonces que hoy los gobiernos necesitan considerar las TICs digitales como un camino para llegar a ser relevante en la información (cuentas) que deben rendir. Es pertinente reconocer que las democracias liberales están viviendo un déficit democrático expresado en la crisis de representación, falta de confianza en los gobiernos acompañado de la ausencia del compromiso cívico ya que los ciudadanos no encuentran canalizar sus voces para influir en la toma de decisiones (Mariñez Navarro, 2015) Es una oportunidad para que los gobiernos se provean de nuevas herramientas para informar, justificar, argumentar y escuchar.

3. LA PARTICIPACIÓN COLABORATIVA CIUDADANA EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y FISCALIZACIÓN EN MÉXICO. UNA DESCRIPCIÓN LEGAL-INSTITUCIONAL

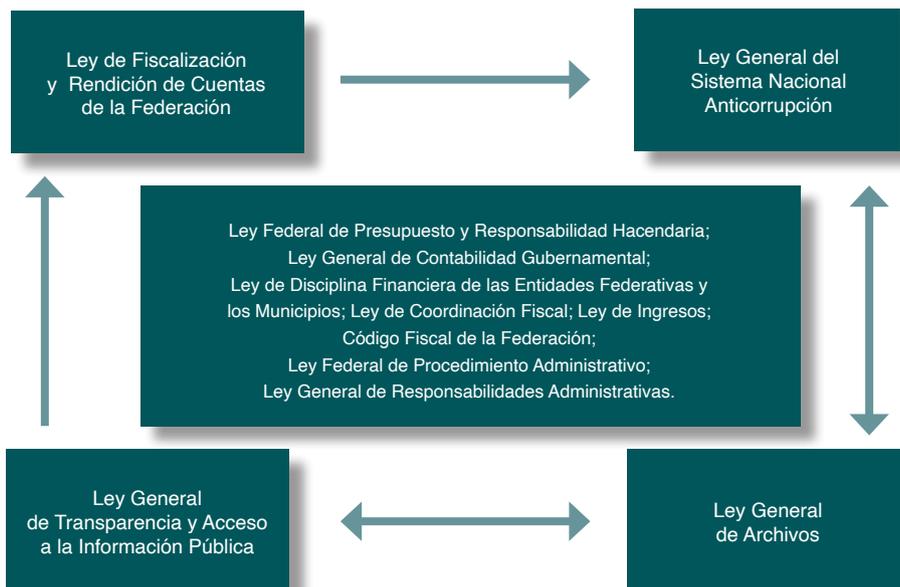
En México, el proceso y los componentes de la rendición de cuentas desde el punto de vista institucional, lo podemos describir a partir de las leyes siguientes (véase Gráfica No. 1). La diversidad y complejidad de instituciones que se articulan para que el gobierno sea el centro que justifica las actividades que componen la rendición de cuentas como la auditoría, control, fiscalización y prevención, contribuyen a la consolidación de la vida democrática del país. Como ya lo hemos explicado al inicio de este capítulo, la rendición de cuentas es la forma de ejercer un control por parte de la sociedad ya que implica el conocimiento del ejercicio del poder público, con el propósito de ejecutar tareas de monitoreo y

vigilancia. Así, todas las instituciones, organismos y entidades que hagan uso de recursos públicos, son responsable de llevar el proceso de la rendición de cuentas, presentando resultados, apegados a sus atribuciones. Consideramos que la participación ciudadana en la rendición de cuentas y fiscalización, para el caso de México, se abordaría a través de la articulación normativa de la Ley de Fiscalización y rendición de cuentas de la Federación (2016); la Ley General del Sistema Anticorrupción (2016), la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2015) y, la Ley General de Archivos (2018). Cada uno de estos marcos normativos se articula con las siguientes leyes: Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (2006); Ley General de Contabilidad Gubernamental (2008); Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios (2016); Ley de Coordinación Fiscal (1978); Ley de Ingresos de la Federación (varios años); Código Fiscal de la Federación (1981); Ley Federal de Procedimiento Administrativo (1994); Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016).

Tomando como referencia el alcance de la participación ciudadana en torno al ciclo de auditoría en Entidades Fiscalizadoras Superior (EFS) de América Latina, Mendiburu (2020) recurrió a la Encuesta Global de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de 2017 realizada por la Iniciativa de Desarrollo de la INTOSAI (IDI), cuya pregunta no. 100 interroga sobre en qué fase del ciclo de auditoría la EFS promueve la participación ciudadana en la fiscalización. Dicha pregunta comprende 5 opciones posibles como respuestas:

- 1) la participación ciudadana en el plan anual de auditorías;
- 2) la participación ciudadana en la realización de las auditorías;
- 3) la participación ciudadana en la difusión de los informes de auditoría;
- 4) la participación ciudadana en el seguimiento a los hallazgos y las recomendaciones a los entes auditados; y
- 5) otros.

GRÁFICA N.º 1 - MARCO NORMATIVO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y FISCALIZACIÓN EN MÉXICO



Fuente: Construcción propia

En cuanto a la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, el artículo 1 establece que es de orden público y tiene por objeto reglamentar los artículos 73 fracción XXIV, 74, fracciones II y VI, y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de revisión y fiscalización de:

- a) La Cuenta Pública;
- b) Las situaciones irregulares que se denuncien en términos de esta Ley, respecto al ejercicio fiscal en curso o a ejercicios anteriores distintos al de la Cuenta Pública en revisión;
- c) La aplicación de las fórmulas de distribución, ministración y ejercicio de las participaciones federales, y
- d) El destino y ejercicio de los recursos provenientes de financiamientos contratados por los estados y municipios, que cuenten con la garantía de la Federación. Para efectos de este artículo, la Auditoría Superior de la Federación podrá fiscalizar las operaciones que involucren recursos públicos federales o participaciones federales a través de contrataciones, subsidios, transferencias, donativos, fideicomisos, fondos, mandatos, asociaciones público privadas o cualquier otra figura jurídica y el otorgamiento de garantías

sobre empréstitos de Estados y Municipios, entre otras operaciones.

Según esta Ley, la Auditoría Superior de la Federación (ASF) es el órgano técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y es quien desarrolla en consecuencia las auditorías que no es más que el proceso en que de manera objetiva se obtiene y se evalúa evidencia para determinar si las acciones llevadas a cabo por los entes sujetos a revisión se realizaron de conformidad con la normatividad establecida o con base en principios que aseguren una gestión pública adecuada.

La ASF goza de Autonomía de gestión, dándole la facultad para decidir sobre su organización interna, estructura y funcionamiento, así como la administración de sus recursos humanos, materiales y financieros que utilice para la ejecución de sus atribuciones, en los términos contenidos en la Constitución y esta Ley. Y a su vez goza también de Autonomía técnica que no es más que la facultad para decidir sobre la planeación, programación, ejecución, informe y seguimiento en el proceso de la fiscalización superior.

La fiscalización de la Cuenta Pública que realiza la Auditoría Superior de la Federación se lleva a cabo de manera posterior al término de cada ejercicio fiscal, una vez que el programa anual de auditoría esté aprobado y publicado en su página de internet;

tiene carácter externo y por lo tanto se efectúa de manera independiente y autónoma de cualquier otra forma de control o fiscalización que realicen los órganos internos de control (art. 6). Esta fiscalización de la Cuenta Pública se llevará a cabo conforme a los principios de legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad. Esta Ley aplicará en forma supletoria, en caso que no esté expresa la disposición, las siguientes leyes:

- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria;
- Ley General de Contabilidad Gubernamental;
- Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios;
- Ley de Coordinación Fiscal;
- Ley de Ingresos;
- Código Fiscal de la Federación;
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo;
- Ley General de Responsabilidades Administrativas;
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción,
- Presupuesto de Egresos, y las disposiciones relativas del derecho común federal, sustantivo y procesal, en ese orden.

En cuanto a la participación ciudadana, esta ley, en el Título VIII, establece la Contraloría Social, en su artículo 110 y 111:

Artículo 110.- La Comisión recibirá peticiones, propuestas, solicitudes y denuncias fundadas y motivadas por la sociedad civil, las cuales podrán ser consideradas por la Auditoría Superior de la Federación en el programa anual de auditorías y cuyos resultados deberán ser considerados en los informes individuales y, en su caso, en el Informe General. Dichas propuestas también podrán ser presentadas por conducto del Comité de Participación Ciudadana a que se refiere la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, debiendo el Auditor Superior de la Federación informar a la Comisión, así como a dicho Comité sobre las determinaciones que se tomen en relación con las propuestas relacionadas con el programa anual de auditorías.

Artículo 111.- La Unidad recibirá de parte de la sociedad opiniones, solicitudes y denuncias sobre el funcionamiento de la fiscalización que ejerce la Auditoría Superior de la Federación a efecto de participar, aportar y contribuir a mejorar el funcionamiento de sus funciones de fiscalización. Dichas opiniones, solicitudes o denuncias podrán presentarse por medios electrónicos o por escrito libre dirigido ante la Unidad. La Unidad pondrá a disposición de los particulares los formatos correspondientes.

Las organizaciones de la sociedad civil y también el Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) pueden presentar peticiones, propuestas, solicitudes y denuncias. Sin embargo, podemos aseverar basado en estos artículos vinculados con la Contraloría Social, que la participación ciudadana sólo se detona en estos dos ámbitos: uno la participación ciudadana en el plan anual de auditorías en el seguimiento a los hallazgos y las recomendaciones a los entes auditados.

La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA) la consideramos fundamental cuando analizamos la participación ciudadana en la rendición de cuentas y fiscalización. Esta Ley entra en vigencia el 18 de julio de 2016 junto a la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa. Todo esto después de un conjunto de reformas a otras leyes secundarias y a la Constitución. El objeto del SNA está establecido en el artículo 6, y expresa lo siguiente:

El Sistema Nacional tiene por objeto establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Es una instancia cuya finalidad es establecer, articular y evaluar la política en la materia. Las políticas públicas que establezca el Comité Coordinador del Sistema Nacional deberán ser implementadas por todos los Entes públicos.

Un punto interesante del SNA es su conformación. Está integrado por el Comité Coordinador - que a su vez lo conforman la Auditoría Superior de la Federación, la Fiscalía especializada en Combate a la Corrupción⁶, la Secretaría de la Función Pública, el Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos personales, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el Comité de Participación Ciudadana, vía su Presidente-. Otros integrantes del SNA son: el Comité de Participación Ciudadana que tiene como objetivo coadyuvar, en términos de la LGSNA, al cumplimiento de los objetivos del Comité Coordinador, así como ser la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del Sistema Nacional; el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y; los Sistemas Locales quienes concurrirán a través de sus representantes.

Según el artículo 37 de esta Ley, el Sistema Nacional de Fiscalización tiene por objeto establecer acciones y mecanismos de coordinación entre los integrantes del mismo, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoviendo el intercambio de información, ideas y experiencias encaminadas a avanzar en el desarrollo de la fiscalización de los recursos públicos. Los integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización son: a. La Auditoría Superior de la Federación; b. La Secretaría de la Función Pública; c. Las entidades de fiscalización superiores locales, y d. Las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas. Para dar cumplimiento al objeto establecido en el artículo 37, los integrantes del SNF deberán: crear un sistema electrónico que permita ampliar la cobertura e impacto de la fiscalización de los recursos federales y locales, mediante la construcción de un modelo de coordinación, de las entidades federativas, municipios y alcaldías de la Ciudad de México, e informar al

Comité Coordinador sobre los avances en la fiscalización de recursos federales y locales.

Otro marco normativo clave en la fiscalización y rendición de cuentas donde la ciudadanía participa es la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Este Ley tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios. Sus objetivos están establecidos como sigue en el artículo 2. La Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública de México asume como derecho humano el acceso a la información que comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información.

Según el artículo 23 son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder: cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y Municipal.

El Título Segundo relativo a las responsabilidades en Materia de Transparencia y Acceso a la Información, Capítulo I, Del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en el Artículo 27, establece lo siguiente: el presente Capítulo tiene por objeto regular la integración, organización y función del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, así como establecer las bases de coordinación entre sus integrantes. Y así en el artículo 28. Establece que el Sistema Nacional de Transparencia se integra por el conjunto orgánico y articulado de sus miembros, procedimientos, instrumentos y políticas, con el objeto de fortalecer la rendición de cuentas del Estado mexicano. Tiene como finalidad coordinar y evaluar las acciones relativas a la política pública transversal de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, así como establecer e implementar los criterios y lineamientos, de conformidad con lo señalado en la presente Ley y demás normatividad aplicable. Son parte

6 La nueva Fiscalía General de la República sustituye a la Procuraduría General de la República, reforzando el Ministerio Público y a su vez eliminando su dependencia de otros poderes. La Ley Orgánica de la FGR fue publicada en el DOF el 14 de diciembre de 2018. El artículo 29 de esta ley establece las funciones de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción que tendrá bajo su cargo la investigación, prevención y persecución de los delitos contenidos en el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal Federal. La persona titular de la Fiscalía participará como integrante en el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, atendiendo las bases establecidas en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley correspondiente.

integrante del Sistema Nacional de Transparencia el INAI; los Organismos garantes de las Entidades Federativas; la Auditoría Superior de la Federación; el Archivo General de la Nación, y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

La Ley General de Archivos, prácticamente de reciente vigencia en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de junio de 2018, y que entró en vigencia el 15 de junio de 2019 con el objetivo de darle a las entidades federativas tiempo para que armonizaron sus leyes secundarias y publicaran sus respectivas leyes estatales de archivos. En el artículo 2 esta Ley establece un objetivo fundamental, que es:

“promover el uso de métodos y técnicas archivísticas encaminadas al desarrollo de sistemas de archivos que garanticen la organización, conservación, disponibilidad, integridad y localización expedita, de los documentos de archivo que poseen los sujetos obligados, contribuyendo a la eficiencia y eficacia de la administración pública, la correcta gestión gubernamental y el avance institucional.”

Según el artículo 10, cada sujeto obligado es responsable de organizar y conservar sus archivos; de la operación de su sistema institucional; del cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Archivos; las correspondientes de las entidades federativas y las determinaciones que emita el Consejo Nacional o el Consejo Local, según corresponda; y deberán garantizar que no se sustraigan, dañen o eliminen documentos de archivo y la información a su cargo. El servidor público que concluya su empleo, cargo o comisión, deberá garantizar la entrega de los archivos a quien lo sustituya, debiendo estar organizados y descritos de conformidad con los instrumentos de control y consulta archivísticos que identifiquen la función que les dio origen en los términos de esta Ley.

El Sistema Institucional de Archivos de los Sujetos Obligados es un aspecto de mucho interés en la Ley. Este Sistema se define según el artículo 20 de la siguiente manera:

“El Sistema Institucional es el conjunto de registros, procesos, procedimientos, criterios, estructuras, herramientas y funciones que desarrolla cada sujeto obligado y sustenta la actividad archivística, de acuerdo con los procesos de gestión documental. Todos los documentos de archivo en posesión de los sujetos obligados formarán parte del sistema institucional; deberán

agruparse en expedientes de manera lógica y cronológica, y relacionarse con un mismo asunto, reflejando con exactitud la información contenida en ellos, en los términos que establezca el Consejo Nacional y las disposiciones jurídicas aplicables”.

Y en el artículo 21 se establece el cómo deberá integrarse el sistema. “El Sistema Institucional de cada sujeto obligado deberá integrarse por: a. Un área coordinadora de archivos, y b. Las áreas operativas siguientes: b.1) De correspondencia; b.2) Archivo de trámite, por área o unidad; b.3) Archivo de concentración, y b.4) Archivo histórico, en su caso, sujeto a la capacidad presupuestal y técnica del sujeto obligado.

En este mismo sentido, los sujetos obligados deberán conservar y preservar los archivos relativos a violaciones graves de derechos humanos, así como respetar y garantizar el derecho de acceso a los mismos, de conformidad con las disposiciones legales en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales, siempre que no hayan sido declarados como históricos, en cuyo caso, su consulta será irrestricta. De esta manera, el artículo 12 establece que:

“los sujetos obligados deberán mantener los documentos contenidos en sus archivos en el orden original en que fueron producidos, conforme a los procesos de gestión documental que incluyen la producción, organización, acceso, consulta, valoración documental, disposición documental y conservación, en los términos que establezcan el Consejo Nacional y las disposiciones jurídicas aplicables. Los órganos internos de control y sus homólogos en la federación y las entidades federativas, vigilarán el estricto cumplimiento de la presente Ley, de acuerdo con sus competencias e integrarán auditorías archivísticas en sus programas anuales de trabajo”.

De esta manera entonces los sujetos obligados deberán contar con los instrumentos de control y de consulta archivísticos conforme a sus atribuciones y funciones, manteniéndolos actualizados y disponibles; y contarán al menos con los siguientes: a. Cuadro general de clasificación archivística; b. Catálogo de disposición documental, y c. Inventarios documentales.

El Título Cuarto del Sistema Nacional de Archivos, Capítulo I De la Organización y Funcionamiento, establecen en los artículos 64 y 65 que el Sis-

tema Nacional es un conjunto orgánico y articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos, normas, instancias, instrumentos, procedimientos y servicios tendientes a cumplir con los fines de la organización y administración homogénea de los archivos de los sujetos obligados. Las instancias del Sistema Nacional observarán lo dispuesto en las resoluciones y acuerdos generales que emita el Consejo Nacional. El Sistema Nacional y los sistemas locales se coordinarán en un marco de respeto de las atribuciones de la federación, las entidades federativas, los municipios, así como las alcaldías de la Ciudad de México. Y Capítulo II del Consejo Nacional de Archivos (Artículo 65), establece que:

el Consejo Nacional es el órgano de coordinación del Sistema Nacional, que estará integrado por: el titular del Archivo General, quien lo presidirá; el titular de la Secretaría de Gobernación; el titular de la Secretaría de la Función Pública; un representante de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; un representante de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión; un representante del Poder Judicial de la Federación; un comisionado del Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública; un integrante de la junta de gobierno del Instituto Nacional de Estadística y Geografía; el titular de la Auditoría Superior de la Federación; el titular del Banco de México; el Presidente de cada uno de los consejos locales; un representante de los archivos privados, y un representante del Consejo Técnico y Científico Archivístico.

Según el artículo 70:

“Cada entidad federativa contará con un Sistema Local, el cual será el conjunto orgánico y articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos, normas, instancias, instrumentos, procedimientos y servicios tendientes a cumplir con los fines de la organización y conservación homogénea de los archivos de los sujetos obligados dentro de su jurisdicción”.

En cuanto a la Coordinación del Sistema Nacional de Archivos con el Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional Anticorrupción, el artículo 74 establece que el Sistema Nacional estará coordinado con el Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional Anticorrupción y deberá:

1. Fomentar en los sistemas, la capacitación y la profesionalización del personal encargado de la organización y coordinación de los sistemas de archivo con una visión integral;
2. Celebrar acuerdos interinstitucionales para el intercambio de conocimientos técnicos en materia archivística, transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas;
3. Promover acciones coordinadas de protección del patrimonio documental y del derecho de acceso a los archivos, y
4. Promover la digitalización de la información generada con motivo del ejercicio de las funciones y atribuciones de los sujetos obligados, que se encuentre previamente organizada, así como garantizar el cumplimiento de los lineamientos que para el efecto se emitan.

Las auditorías archivísticas establecidas en el artículo 12 de la Ley General de Archivos da cuenta que son fundamentales para la fiscalización y rendición de cuentas⁷ ya que son herramienta de control y supervisión que permite consolidar los Sistemas Institucionales de Archivos, verificar la eficiencia de sus operaciones, así como verificar y evaluar el cumplimiento normativo y los procesos de gestión documental. Sus objetivos son: a) valorar las acciones y eficiencia del Sistema Institucional de Archivos; b) evaluar y verificar el cumplimiento normativo; y c) verificar y evaluar los procesos de gestión documental.

CONCLUSIÓN

Afirmamos que una política democrática para que sea efectiva y coadyuve al combate de la corrupción, se establece tres eslabones que la definen como un círculo virtuoso. El primer eslabón de este círculo virtuoso es la *transparencia clara* ya que es un recurso importante porque se trata de cualquier intento (por el gobierno o ciudadanos) de colocar información o proceso que antes eran opacos, en el dominio público para el uso de grupos ciudadanos,

7 El artículo 12 de la LGA establece que los sujetos obligados deberán mantener los documentos contenidos en sus archivos en el orden original en que fueron producidos, conforme a los procesos de gestión documental que incluyen la producción, organización, acceso, consulta, valoración documental, disposición documental y conservación, en los términos que establezcan el Consejo Nacional y las disposiciones jurídicas aplicables. Los órganos internos de control y sus homólogos en la federación y las entidades federativas, vigilarán el estricto cumplimiento de la presente Ley, de acuerdo con sus competencias e integrarán auditorías archivísticas en sus programas anuales de trabajo.

proveedores o hacedores de política, minimizando los actos de corrupción para la captura patrimonial. El segundo eslabón que impulsaría a la política democrática es la *rendición de cuentas (accountability) vertical* v entendida como la relación entre el poder titular (proveedor titular) y el Poder no Delegado (los demandantes). Para ello se requiere, no sólo normas establecidas para adquirir información sobre acciones y su pertinencia, hechura de las decisiones, la identificación y sanción de resultados insatisfechos, y el compromiso cívico de funcionarios públicos y ciudadanos. Se necesita también, en el caso de México, activar la rendición de cuentas horizontal, ello implica darle más “dientes” y autonomía de acción práctica a las instituciones de la fiscalización y, los sistemas anticorrupción (tanto nacional como locales) dotarlos de más sentido de pertenencia, pertinencia y empoderamiento ciudadano. Ello debido a que la institucionalidad de la Rendición de Cuentas y de los sistemas anticorrupción están establecidas en el marco normativo que le da diversidad y complejidad organizacional y que se articulan para que el gobierno y la sociedad sean el centro de las actividades que la componen: auditoría, control, fiscalización y prevención (Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Transparencia y Acceso a la información pública y la Ley General de Archivos).

Y el último eslabón virtuoso es la *participación cívica*, ya que les hace elevar a los ciudadanos sus requerimientos y voces (con la idea de que sean escuchados), permitiendo activar la rendición de cuentas societal o social, cuyo objetivo fundamental es poner en transparencia clara la rendición de cuentas horizontal. Esta participación se canaliza a través de instituciones participativas democráticas no clásicas que abre una posibilidad de dialogo, comunicación, legitimidad y confianza, convocando a los diferentes actores de la sociedad a trabajar colaborativamente para la cocreación y defensa de lo público. Ello ha hecho aparecer nuevos talentos digitales, nuevas estructuras sociales y nuevos modos de creación de valor (es) público (s). El auge de las TICs, le han dado rasgos diferentes a las organizaciones ciudadanas. Hoy son más abiertas, trabajan en redes, poseen un liderazgo relacional y cada vez más están innovando dado al buen uso que hacen de las tecnologías digitales.

La Auditoría Superior de la Federación (ASF) en México, es la encargada de desarrollar las auditorías que no es más que el proceso en que de manera objetiva se obtiene y se evalúa evidencia para deter-

minar si las acciones llevadas a cabo por los entes sujetos a revisión se realizaron de conformidad con la normatividad establecida, con sus atribuciones o con base en principios que aseguren una gestión pública adecuada. Con su autonomía de gestión ASF tiene la facultad para decidir sobre su organización interna, estructura y funcionamiento, así como la administración de sus recursos humanos, materiales y financieros que utilice para la ejecución de sus atribuciones, en los términos contenidos en la Constitución y esta de Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

Por otro lado, es importante destacar que mediante la suma de esfuerzos con la sociedad civil, academia, sector privado y legisladores, México cuenta, por primera vez en su historia, con un Sistema Nacional Anticorrupción. Éste puede considerarse como un diseño innovador para la rendición de cuentas, tal como lo señala Alejandro Monsivais Carrillo (2019). Con respecto a la idea de que los esfuerzos anticorrupción ayudan a los gobiernos a recuperar el apoyo público, algunos estudios han presumido que los esfuerzos anticorrupción podrían considerarse una estrategia para que el gobierno y el partido gobernante obtengan dicho apoyo. A la larga, los esfuerzos efectivos anticorrupción podrían reducir los casos de corrupción pública y eventualmente mitigar el nivel de percepción de corrupción de los ciudadanos, aumentando así la confianza pública en el gobierno (Monsivais Carrillo, 2019; Zhang y Kim, 2018). El hecho de coordinar a actores sociales y autoridades con distintas atribuciones de gobierno a fin de prevenir, investigar y sancionar la corrupción, es recomendable la articulación de los mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización a nivel de la representación bien federal, como de los gobiernos de las entidades federativas. Además de la coordinación entre los órganos de fiscalización y transparencia. Las políticas de archivos, establecidas en la Ley General de Archivos, permiten las auditorías archivísticas que serán realizadas anualmente por los órganos internos de control de las distintas agencias públicas. Ello contribuiría a la fiscalización y rendición de cuentas. Le correspondería al Contralor Ciudadano llevar a cabo esta herramienta de control y supervisión de los sistemas institucionales de archivos de cada sujeto obligado, a fin de verificar el cumplimiento de las normas que establece la ley, así como los lineamientos que emita el Consejo Nacional de Archivos dentro del sujeto obligado y descubrir las fallas en sus estructuras y sus vulnerabilidades.

El rol clave de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales,

es que asume como derecho humano el acceso a la información y que comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información.

En México están dadas las condiciones institucionales y legales para que la fiscalización sea un rol fundamental de los organismos de rendición de

cuentas, auditoría, fiscalización y control, así como los contrapesos vinculados con los sistemas anticorrupción, la transparencia proactiva y la participación de los ciudadanos. Para ello la voluntad política y el esfuerzo de gobernanza pública es fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Arato, Andrew (2001). "Surgimiento, ocaso y reconstrucción del concepto de sociedad civil y lineamientos para la investigación futura" en Alberto Olvera, *La Sociedad Civil. De la teoría a la realidad*, México: Colegio de México.
- Bovens, M. (2005). 'Public Accountability' en Ewan Ferlie, E., Laurence E. Lynn Jr., L. E. Jr. and Christopher Pollit, C. (eds), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford: Oxford University Press.
- Dahl, Robert (1993). *La democracia y sus críticos*. Paidós Editores, España.
- Gupta, Asha (2019) "Towards Participatory Democracy: Can Digitalisation Help Women in India?" *Indian Journal of Public Administration* 65(4) 897–915. DOI: 10.1177/0019556119881842 journals.sagepub.com/home/ipa
- Henson, Cassandra R. (2019) "Public value co-creation: A pedagogical approach to preparing future public administrators for collaboration" *Teaching Public Administration*, Vol. 37(3) 327–340. Sagepub.com/journals-permissions DOI: 10.1177/0144739419851154
- López Ayllón, Sergio y Mauricio Merino (2009). "La rendición de cuentas en México. Perspectivas y retos" en *Cuadernos sobre rendición de cuentas*, México: Secretaría de la Función Pública.
- López Ayllón, Sergio, et al. (2011). *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, México: CIDE, Red para la Rendición de Cuentas, ASF.
- Mandiburu, Marcos (2020) *La participación ciudadana en las Entidades Fiscalizadoras Superiores en América latina: ¿avances o impasse? Accountability Research Center, Controla tu Gobierno y Hewlett Foundation.*
- Mariñez Navarro, Freddy (2021) *Instituciones democráticas participativas frente a la corrupción. Los desafíos de los sistemas anticorrupción en México*. El Colegio de Jalisco, México.
- Mariñez Navarro, Freddy (2015). *Innovación Pública. Para que funcionarios y ciudadanos actúen con saberes cívicos*. FONTRAMA editores. México.
- Meijer, Albert J, Deirdre Curtin y Maarten Hillebrandt (2012). "Open government: connecting vision and voice" *International Review of Administrative Sciences* March 78 (1):10-29
- Michels, Ank (2019) "Participation in citizens' summits and public engagement". *International Review of Administrative Sciences* 2019, Vol. 85(2), pp. 211–227
- Michels, Ank (2011). "Innovations in democratic governance: how does citizen Participation contribute to a better democracy?" en *International Review of Administrative Sciences* June, 77:2, 275-293.
- Monsivais Carrillo, Alejandro (2019) "Innovación institucional para la rendición de cuentas: el Sistema Nacional Anticorrupción en México. *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, No. 65, Vol. XXIII. (www.revistaiconos.ec)
- Tenaass Holmen, Ann Karin (2011). "Governance networks in City-regions: In the spirit of Democratic Accountability?", *Public Policy and Administration*, Vol. 26, No. 4. Sage Journals.
- O'Donnell, Guillermo (2002) "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones", en Enrique Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Argentina, Tema Grupo Editorial SRL.
- Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (2002), "Accountability social: la otra cara del control", en Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Argentina, Tema Grupo Editorial SRL.
- Pollitt, Christopher (2016) "Be prepared? An outside-in perspective on the future public sector in Europe". *Public Policy and Administration*, 31 (1). Pp. 3-28. Sagepub.co.uk

- Pollitt, Christopher (2011). "Mainstreaming Technological Change in The Study of Public Management". *Public Policy and Administration* Vol. 26 Number 4. Pp. 377-397.
- Schnell, Sabina (2020) "Vision, Voice, and Technology. Is there Global "Open Government" Trend?". *Administration & Society*. Sage Publications
- Schedler, Andreas (2004) *¿Qué es la rendición de cuentas?*, 1ra ed., México, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).
- Smyth, Stewart (2007) "Public Accountability: A Critical Approach". *Journal of Finance and Management in Public Service*. Vol 6, Number 2. Pp. 27-45
- Wijnhoven F, Ehrenhard M and Kuhn J (2015) "Open government objectives and participation motivations". *Government Information Quarterly* 32(1): 30-42.
- Zhang, Yohong and Min-Hyu Kim (2018) "Do Public Corruption Convictions Influence Citizens' Trust in Government? The Answer Might Not Be a Simple Yes or No". *American Review of Public Administration*, Vol. 48(7) 685 -698. Article reuse guidelines: sagepub.com/journals-permissions DOI: 10.1177/0275074017728792

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf> (Consultado el 16 de enero 2020)
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (Consultado el 14 de enero 2020)
- Ley General de Archivos
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Archivos.pdf (Consultado el 15 de febrero 2021)
- Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRCF.pdf> (Consultado el 4 de marzo 2020)
- Ley de Archivos del Estado de Jalisco y sus Municipios
https://info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/leyes/ley_de_archivos_del_estado_de_jalisco_y_sus_municipios.pdf
(Consultado el 4 de febrero 2020)
- Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFGR_201218.pdf (Consultado el 4 de agosto 2020)
- Ley General de Responsabilidades Administrativas
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_191119.pdf (Consultado el 12 de agosto 2020)
- Plataforma Digital Nacional / Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (SESNA)
<https://sna.org.mx/category/plataforma-digital-nacional/> (Consultado el 4 de septiembre 2020)
- Sistema Nacional de Fiscalización /SNA/
<https://sna.org.mx/category/sistema-nacional-de-fiscalizacion/> (Consultado el 15 de septiembre 2020)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf
(Consultado el 18 de septiembre 2020)



Freddy Mariñez Navarro

<https://orcid.org/0000-0001-7217-6249>

El Colegio de Jalisco, México
freddy.marinez@coljal.edu.mx

Professor Pesquisador do Colégio de Jalisco. Especialista em Políticas Públicas, Inovação Pública e Democracia. Conferencista Internacional. Pesquisador do Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia do México.

Artigos

Emergência no Acesso à Informação: O Uso da Lei de Acesso à Informação no Governo Federal Durante a Pandemia de Covid-19¹

Emergency in Access to Information: The Use of the Access to Information Law in the Federal Government During the Covid-19 Pandemic

Emergencia en el Acceso a la Información: El Uso de la Ley de Acceso a la Información en el Gobierno Federal Durante la Pandemia del Covid-19

Ana Maria Barcellos Malin², Diogo Luiz De Jesus Moreira³, Livia Neto Machado⁴, Marcia Maria Melo Quintsler⁵ e Thiara Dos Santos Alves⁶

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.334>

Resumo: A pesquisa, realizada no âmbito do projeto “Covid-19: acesso à informação pública”, monitora e analisa os textos dos pedidos de informação dirigidos ao governo federal relacionados à Covid-19 e as respectivas respostas, via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, criado para atender a Lei de Acesso à Informação (LAI Lei nº 12.527/2011). Os resultados parciais da pesquisa apontam três fortes tópicos quanto às finalidades dos pedidos: solicitar esclarecimentos, cobrar explicações e providências e pedir proteção econômica. Os estudos relativos ao primeiro semestre de 2020 mostraram que os pedidos de informação majoritariamente tratavam do auxílio emergencial. Pelo lado das respostas destaca-se que a esmagadora maioria foi oficialmente informada como sendo “reencaminhamento para a e-Ouvidoria” ou “não serem consideradas solicitação de informação”. Conclui sobre a necessidade de uma ampla campanha de esclarecimento sobre a qual canal recorrer entre e-SIC e e-Ouv não só para o cidadão, mas também para a burocracia pública federal.

Palavras-chave: Lei de Acesso à Informação; Covid-19; Transparência.

Abstract: The research, carried out within the scope of the project “Covid-19: access to public information”, monitors and analyzes the texts of information requests addressed to the federal government related to Covid-19 and the respective responses, through the Electronic System of the Citizen Information Service, created to comply with the Access to Information Law (AIL). The partial results of the research point out three strong tones regarding the purposes of the requests: request clarifications, demand explanations and measures and ask for economic protection. The studies about the first half of 2020 showed that the majority of requests for information dealt with emergency aid. On the side of the answers, it is noteworthy that the overwhelming majority was officially reported as “forwarding to the e-Ombudsman” or “not being considered a request for information”. Concludes on the need for a broad campaign of clarification on which channel to turn between e-SIC and e-Ouv, not only for the citizen, but also for the federal public bureaucracy.

Keywords: Access to Information Law; Covid-19; Transparency.

1 Artigo submetido em 27/08/2020 e aprovado em 18/05/2021.

2 Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

3 Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

4 Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro).

5 Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

6 Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumen: La investigación, realizada en el marco del proyecto “Covid-19: acceso a la información pública”, monitorea y analiza los textos de las solicitudes de información dirigidas al gobierno federal relacionadas con Covid-19 y las respectivas respuestas, a través del Sistema Electrónico del Servicio de Información al Ciudadano, sistema creado para cumplir con la Ley de Acceso a la Información (LAI). Los resultados parciales de la investigación señalan tres tonos fuertes con respecto a los propósitos de las solicitudes: solicitar aclaraciones, exigir explicaciones y medidas y pedir protección económica. Los estudios del primer semestre de 2020 mostraron que la mayoría de las solicitudes de información se referían a ayudas de emergencia. Por el lado de las respuestas, cabe destacar que la inmensa mayoría fue informada oficialmente como “remitiendo al Defensor del Pueblo” o “no siendo considerada una solicitud de información”. Concluye sobre la necesidad de una amplia campaña para aclarar qué canal usar entre e-SIC y e-Ouv, no solo para el ciudadano, sino también para la burocracia pública federal.

Palabras clave: Ley de Acceso a la Información; Covid-19; Transparencia.

1. INTRODUÇÃO

O projeto de pesquisa “Covid-19: acesso à informação pública”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da Universidade Federal do Rio de Janeiro e o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, é uma iniciativa que visa contribuir para a formação de pesquisadores sobre transparência e acesso à informação para o controle social das ações governamentais no país.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa é monitorar e analisar os pedidos de informação dirigidos ao governo federal via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), criado para atender a Lei de Acesso à Informação (LAI) (Lei nº 12.527/2011), relacionados à Covid-19 e respectivas respostas. Aqui é apresentada a síntese dos resultados referentes ao 1º semestre de 2020.

Para além do olhar quantitativo, os pesquisadores analisam os textos dos pedidos de informação e das respostas recebidas, o que permite perceber as dimensões humana e política durante esta fase de crise. Os comunicados parciais da pesquisa (MALIN *et al.*, 2020a, 2020b, 2020c, 2020d) trazem variados exemplos de pedidos e respostas.

A análise dos textos das respostas, por outro lado, permite uma visão do funcionamento da burocracia pública e representa um esforço de tornar mais inteligível a complexidade dos múltiplos canais digitais de interação entre cidadão e governo. Este olhar é especialmente importante quando se considera que a transparência depende não apenas da aprovação de leis, mas envolve um repensar completo de como as agências governamentais compilam, administram, organizam, usam, preservam ou destroem informações (AYLLÓN, 2015, p. 21, tradução nossa).

2. METODOLOGIA

A pesquisa utiliza a base de dados em formato aberto dos pedidos e respostas realizados no Poder Executivo Federal por meio do e-SIC, disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/layouts/15/DownloadPedidos/DownloadDados.aspx>. A extração dos dados acontece, regularmente, no dia 1º do mês subsequente. Nesta base, estão registrados e detalhados os pedidos atendidos e sem restrição de sigilo. Nela foram selecionados os pedidos que continham os descritores corona e/ou covid na pergunta e aqueles que a administração pública classificou como Coronavirus (Covid-19).

Neste subconjunto, foi aplicada a metodologia de análise de conteúdo (MORAES, 1999) visando identificar as motivações dos pedidos. Foram identificadas três fortes tônicas categorizadas pelos pesquisadores quanto às finalidades de “Solicitar esclarecimentos”, de “Cobrar explicações e providências” e de “Pedir proteção econômica”. Foi ainda estabelecido um grupo complementar, com assuntos diversos (“Outros pedidos”).

- “Solicitar esclarecimentos”: inclui pedidos de informação sobre combate e prevenção à Covid-19; viagens no período da pandemia; funcionamento dos serviços públicos pré-existentes à pandemia;
- “Cobrar explicações e providências”: tanto inclui pedidos de informação relativos à prestação de contas, *accountability* e transparência por parte do Estado, como cobranças de explicações diante da negativa de concessão do auxílio emergencial (motivos da negativa e como contestá-la) e dos equívocos nas bases de dados do governo;
- “Pedir proteção econômica”: inclui pedidos de informação relativos à proteção econômica,

com apelos pessoais por sobrevivência e para o recebimento do auxílio emergencial, assim como demandas de empresas e prefeituras;

- “Outros pedidos”: pedidos com assuntos diversos e díspares.
- Para análise das respostas aos pedidos foram usadas as classificações oficialmente informadas como “Tipo de resposta” na base de dados.

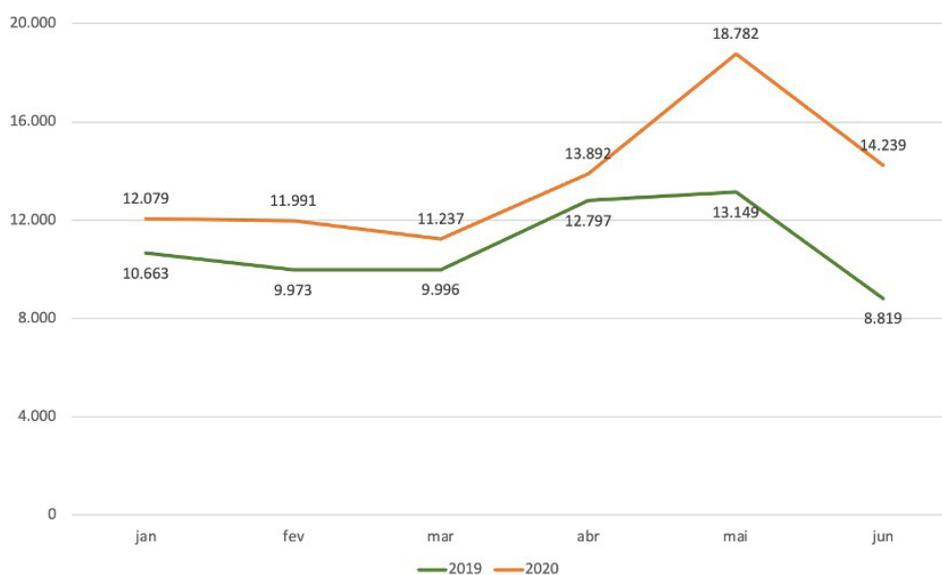
Para viabilizar este estudo procedeu-se ao método de seleção de amostragem estratificada proporcional aos tamanhos dos estratos. Foram definidas como estratos as quatro semanas do mês. A seleção dos pedidos foi feita de maneira sistemática, ou seja, dentro de cada semana, foi selecionado um pedido,

com o início aleatório e, a partir dele, foi selecionado outro pedido a partir de uma sequência preestabelecida, com repetição desse procedimento até o retorno ao primeiro pedido selecionado.

3. RESULTADOS

Como pano de fundo destaca-se que o número total de pedidos de informação feitos pela sociedade brasileira vem aumentando ano a ano, desde que a lei entrou em vigor, com incremento anual mínimo de 4% e máximo de 14% (MALIN *et. al.*, 2020a). Para o período aqui estudado, em todos os meses do 1º semestre de 2020, o número total de pedidos de acesso à informação foi superior ao de 2019, conforme pode ser visto no gráfico 1.

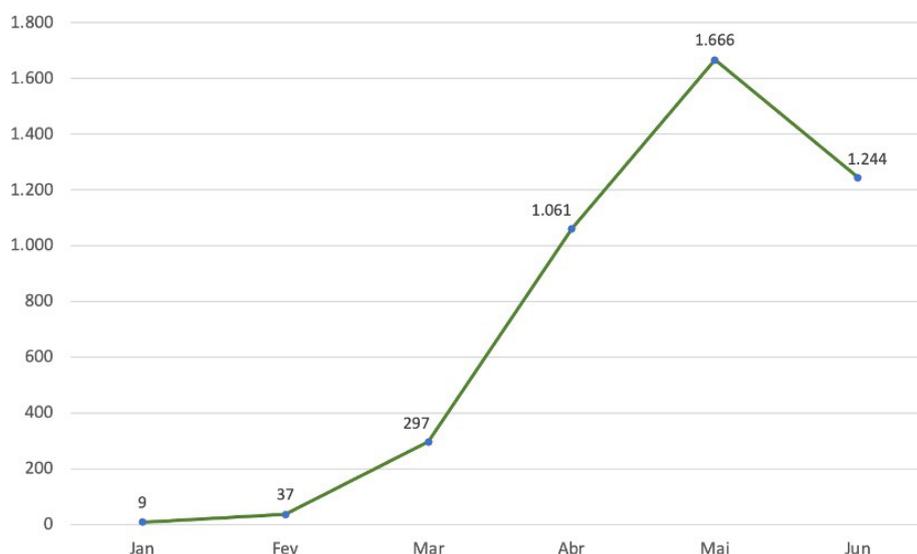
GRÁFICO 1 - COMPARAÇÃO DO NÚMERO TOTAL DE PEDIDOS DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO 1º SEMESTRE DE 2019 E 2020



Fonte: Autoria própria a partir de <http://esic.cgu.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>.

O primeiro pedido de informação sobre a Covid-19 foi recebido em 27 de janeiro de 2020, relativo a procedimentos de saúde em hospitais universitários. As solicitações relativas ao tema cresceram e chegaram ao pico em maio, quando foram localizados 1.666 pedidos, representando 8,9% do total, o maior percentual do semestre. A evolução do número de pedidos de acesso à informação relacionados à Covid-19 no 1º semestre de 2020 consta no gráfico 2.

GRÁFICO 2 - NÚMERO TOTAL DE PEDIDOS DE ACESSO À INFORMAÇÃO RELACIONADOS À COVID-19 NO 1º SEMESTRE DE 2020



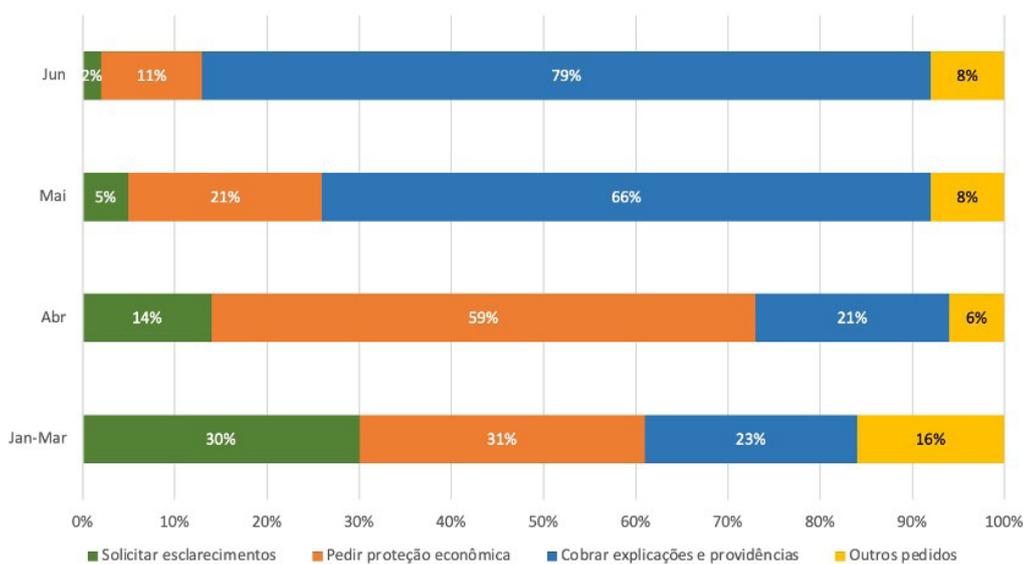
Fonte: Autoria própria.

A análise dos textos destes pedidos apontou que no 1º trimestre do ano as categorias “Solicitar esclarecimentos” e “Cobrar explicações e providências” concentraram 61% das motivações dos pedidos de informação. No primeiro caso, a incidência diminuiu durante os meses seguintes, indicando, possivelmente, maior convivência da população com a nova situação. No segundo caso, houve uma pequena

queda em abril, com um movimento crescente nos últimos meses, conforme o gráfico 3.

Em abril, à medida que a emergência de saúde pública e a crise econômica se acentuaram, o e-SIC se tornou um canal utilizado pela população carente para solicitar informações sobre o auxílio emergencial. O resultado foi que 59% dos pedidos de informação foram relativos a Pedir proteção econômica.

GRÁFICO 3 - DISTRIBUIÇÃO DE CADA CATEGORIA AO LONGO DO 1º SEMESTRE DE 2020



Fonte: Autoria própria.

No mês seguinte, maio, a quantidade de pedidos relacionados a Cobrar explicações e providências cresceu significativamente. Se no trimestre inicial a categoria abarcava pedidos relativos a *accountability* e transparência das ações de governo, no 2º trimestre houve uma mudança de tônica na cobrança de explicações: foram questionados os motivos das negativas individuais de concessão do auxílio emergencial e denunciados erros nos cadastros e nas bases de dados do governo em que se baseia sua concessão.

Em junho, a categoria “Cobrar explicações e providências” quase atingiu 80% dos pedidos de informação, abarcando, também, cobranças relativas a denúncias de irregularidades no recebimento do auxílio emergencial.

As nuvens de palavras ilustram os termos mais usuais nos pedidos relacionados à Covid-19 no 1º trimestre de 2020 e no 2º trimestre, quando havia, de fato, um quadro estabelecido de emergência de saúde pública e paralisação econômica no país.

FIGURA 1 - NUVEM DE PALAVRAS DOS PEDIDOS DO 1º TRIMESTRE DE 2020



Fonte: MALIN et al., 2020d.

FIGURA 2 - NUVEM DE PALAVRAS DOS PEDIDOS DO 2º TRIMESTRE DE 2020.



Fonte: MALIN et al., 2020d.

Ao analisar os tipos de resposta aos pedidos relacionados à Covid-19, registrou-se percentual de acesso negado baixo em todos os meses, além de decrescente. Também se pode observar que o acesso concedido caiu de 44% para 16% do total, sendo que o 1º trimestre, quando predominaram os pedidos categorizados como “Solicitar esclarecimentos”, concentrou a maior incidência de acesso concedido.

QUADRO 1 - CONSOLIDAÇÃO DAS RESPOSTAS DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS

DESCRIÇÃO	2020			
	JANEIRO A MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO
Acesso concedido	44%	26%	18%	16%
Acesso negado	4%	6%	3%	2%
Encaminhado para o e-OuV	34%	23%	59%	58%
Não se trata de solicitação de informação	8%	41%	17%	21%
Outros tipos	10%	4%	3%	3%

Fonte: Autoria própria.

A explicação reside na alta incidência de encaminhamentos para o Sistemas de Ouvidoria do Poder Executivo Federal (e-Ouv) e de pedidos que foram considerados como Não se trata de solicitação de informação. A pesquisa registrou embora não tenha feito uma análise quantitativa a este respeito a ausência de critério na administração federal para a tomada de uma ou outra decisão. Um mesmo tipo de pedido, como informações sobre a devolução do auxílio emergencial, ora é tratado de uma forma, ora de outra, ora como acesso concedido. Além disto, como apontam alguns pedidos e suas respectivas respostas analisadas, o cidadão foi colocado em uma situação de *loop*, orientado a ir de um canal a outro sem obter respostas ou esclarecimento.

É importante assinalar que a maior parte dos pedidos relacionados à Covid-19 ficou no âmbito do Ministério da Cidadania, responsável por conceder o auxílio emergencial: em maio foram 77%, em junho 87% dos pedidos. Assim, o tipo de resposta dada por este órgão acabou prevalecendo como representação das diferentes formas como o governo federal lidou com os pedidos de acesso à informação relativos à pandemia.

4. CONCLUSÕES

Destaca-se que, no 1º semestre de 2020, quando se instalou a pandemia, as solicitações recebidas via LAI relacionados à Covid-19, majoritariamente, tratavam do auxílio emergencial, refletindo a relevância da situação dramática de sobrevivência econômica.

A leitura dos textos dos pedidos indicou a popularização do uso do e-SIC durante a pandemia,

diferente do padrão dos demandantes letrados na vocação da LAI, mostrando a visibilidade alcançada pelo sistema como canal de comunicação para uma população com, aparentemente, baixo grau de instrução, mas que a utilizou ativamente para denunciar erros em bases de dados cadastrais do governo, apresentar denúncias, solicitar a concessão de auxílio e diversas outras providências. A explicação para este comportamento pode estar associada ao marketing desenvolvido para os e-SIC incluindo logomarca e posicionamento nos sites governamentais.

Observa-se também que, embora os pedidos analisados tenham sido encaminhados pelos cidadãos por meio do e-SIC, o conteúdo de inúmeros pedidos revelou demandas que não se enquadram no escopo da LAI, mas que são manifestações que deveriam ter sido encaminhadas às Ouvidorias. Mesmo existindo comunicação entre os sistemas e-OUV e e-SIC, de modo que uma demanda apresentada em um sistema possa ser encaminhada para o outro, ficou evidente a necessidade de articulação entre os diferentes canais de comunicação do governo federal com a sociedade. Assim como de uma ampla campanha de esclarecimento, não só para o cidadão, mas também para a burocracia pública federal, sobre a qual canal recorrer entre e-SIC e e-Ouv.

O cumprimento dos preceitos de transparência, *accountability* e direito à informação não depende apenas da aprovação de leis, mas envolve repensar atribuições das agências governamentais relativamente à gestão, organização, uso e preservação das informações.

REFERÊNCIAS

- AYLLÓN, S. L. *El acceso a la información como um derecho fundamental: la reforma al artículo 6° de la Constitución mexicana*. Ciudad de México: INAI, 2017 (Cuadernos de Transparencia, 17)
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: edição extra 221-A, seção 1, Brasília, DF, p. 1-4, 18 nov. 2011.
- MALIN, A. M. B. *et al. Covid-19: acesso à informação pública. Informação em tempos de pandemia*. n. 1 abr. Rio de Janeiro: Observatório de Gestão Pública da Informação, 2020a.
- MALIN, A. M. B. *et al. Covid-19: acesso à informação pública. LAI na pandemia: o Ministério da Cidadania frente aos pedidos de proteção econômica*. n. 2 maio. Rio de Janeiro: Observatório de Gestão Pública da Informação, 2020b.
- MALIN, A. M. B. *et al. Covid-19: acesso à informação pública. LAI na pandemia: a desorganização das informações do governo como obstáculo ao recebimento do auxílio emergencial*. n. 3 jun. Rio de Janeiro: Observatório de Gestão Pública da Informação, 2020c.
- MALIN, A. M. B. *et al. Covid-19: acesso à informação pública. LAI na pandemia: somente 16% dos pedidos sobre o novo coronavírus com acesso concedido em junho*. n. 4 jul. Rio de Janeiro: Observatório de Gestão Pública da Informação, 2020d.
- MORAES, R. Análise de conteúdo. *Revista Educação*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.



Ana Maria Barcellos Malin

<https://orcid.org/0000-0001-5475-7963>

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Brasil
anamalin@terra.com.br

Professora Associada UFRJ, Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação UFRJ/IBICT, Membro da Associação Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação (ANCIB) e da Associação Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo das Públicas (ANEPCP), Coordenadora do Observatório de Gestão Pública da Informação (obgi.org).



Livia Neto Machado, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-7305-7820>

Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), Brasil
livianeto@gmail.com

Mestra em Ciência da Informação pelo PPGCI/UFRJ-IBICT. Graduada em Comunicação Social/ Jornalismo e Relações Públicas pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Analista Executiva no Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro).



Diogo Luiz De Jesus Moreira

<https://orcid.org/0000-0003-3945-3579>

Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Brasil
diogo.ljm@gmail.com

Mestre em Ciência da Informação pelo PPGCI/UFRJ-IBICT. Graduado em Sistemas de Informação pela Universidade de Vassouras. Tecnologista em Saúde Pública na Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).



Marcia Maria Melo Quintslr

<https://orcid.org/0000-0003-1737-4124>

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Brasil
marciameloq@gmail.com

Doutoranda e mestra em Ciência da Informação pelo PPGCI/UFRJ-IBICT. Graduada em Matemática pela UFRJ. Tecnologista do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), onde atuou como Diretora de Pesquisas e coordenou estatísticas sobre condições de vida, consumo, trabalho e preços. Preside o Comitê Executivo do Instituto Interamericano de Estatística (IASI).



Thiara Dos Santos Alves

<https://orcid.org/0000-0001-5168-6530>

Arquivo Nacional, Brasil
thialves@yahoo.com.br

Doutoranda pelo PPGCI/UFRJIBICT. Mestra em Ciência da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em História e em Arquivologia pela UFMG. Arquivista no Arquivo Nacional.

Auditoria Just-in-Time e Gestão de Riscos no Contexto da Covid-19: A Experiência do ICMBio¹

Just in Time Auditing and Risk Management in the Context of Covid-19: The ICMBio experience

Auditoria Just-in-Time y Gestión de Riesgos en el contexto de Covid-19: La experiencia ICMBio

Patricia Alvares de Azevedo Oliveira² e Fernanda Guedes Araujo³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.356>

Resumo: Por força da Instrução Normativa da Secretaria Federal de Controle Interno nº 9/2018, as unidades de auditoria interna singulares (Audin) devem elaborar seus Planos Anuais de Auditoria Interna (PAINT) considerando os riscos significativos a que a unidade auditada está exposta. O normativo regulamenta, ainda, que o encaminhamento do PAINT à Controladoria-Geral da União deverá ser realizado até o último dia útil do mês de outubro do exercício anterior ao da sua execução. Dessa forma, as Audin definem quais trabalhos serão realizados considerando a realidade de suas organizações no exercício anterior ao da sua execução. A declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS), em março de 2020, do surto de coronavírus como pandemia global, transformou radicalmente a realidade das organizações. Diante desse cenário particular e desafiador, gestores públicos passaram a ter que tomar decisões rápidas e urgentes para lidar com novos riscos e impactos nos objetivos estratégicos que haviam sido estabelecidos previamente. As Audin também foram desafiadas a mudar seu planejamento, para continuar exercendo sua missão de auxiliar a organização a realizar seus objetivos. Este trabalho relata o esforço da Audin do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) em avaliar as ações de enfrentamento ao coronavírus desenvolvidas pelo Instituto, de forma quase concomitante à definição pela gestão de medidas mitigadoras, possibilitando a correção de rumos sobre ações consideradas inadequadas antes que causassem impactos negativos nos objetivos organizacionais. Como principal resultado deste estudo tem-se que a decisão da Alta Administração do ICMBio de adotar as recomendações derivadas do trabalho da Audin só foi possível dado à realização de uma avaliação denominada internamente como just in time, que proporcionou à gestão a oportunidade de incorporar as contribuições da Audin às ações que estavam sendo desenvolvidas para mitigar os riscos decorrentes da pandemia nos seus objetivos institucionais.

Palavras-chave: auditoria just in time. avaliação de riscos. Covid-19.

Abstract: Pursuant to the Normative Instruction of the Federal Secretariat for Internal Control nº 9/2018, internal auditing units (Audin) must prepare their Annual Internal Auditing Plan (PAINT) considering the significant risks to which the audited unit is exposed. The Normative also regulates that the submission of PAINT, to the Controladoria-Geral da União, must occur until the last workday of October of the preceding exercise of its execution. Thereby, the Audin define which tasks will be realized considering the reality of their organization in the preceding exercise of their execution. The World Health Organization declaration, in March of 2020, of the coronavirus outbreak as a global pandemic, radically transformed the reality of organizations. Given this particular and challenging scenario, public managers were forced to make quick and urgent decisions to deal with new risks and impacts on the organizational strategic objectives that were previously established.

1 Artigo recebido em 13/09/2020 e aprovado em 16/04/2021.

2 Escola Nacional de Administração Pública (Enap).

3 Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

The Audin were also challenged to change their planning to continue practicing their mission to assist the organization to accomplish their objectives. This study relates the effort of the Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) Audin in evaluating the actions developed by this Institution to cope with coronavirus, almost concurrently to the definition of the mitigating measures by the management, enabling the course corrections on actions considered inadequate before causing negative impacts on organizational objectives.

Resumen: De acuerdo com la Instrucción Normativa de la Secretaría de Control Interno Federal N° 9/2018, las unidades de auditoria interna individuales (Audin) deben elaborar sus Planes Anuales de Auditoría Interna (PAINT) considerando los riesgos significativos a los que se encuentra expuesta la unidad auditada. El reglamento también regula que la remisión del PAINT a la Controladoría General de la Unión debe realizarse hasta el último día hábil de octubre del año anterior de su ejecución. De esta forma, las Audin definen qué trabajos se llevarán a cabo considerando la realidad de sus organizaciones en el año anterior a su ejecución. La declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en marzo de 2020, del brote de coronavirus como pandemia global, transformo radicalmente la realidad de las organizaciones. Ante este escenario particular y desafiante, los gestores públicos ahora deben tomar decisiones rápidas y urgentes para enfrentar nuevos riesgos e impactos en los objetivos estratégicos previamente establecidos. Las Audin también tuvieron que cambiar su planificación, para continuar ejerciendo su misión de ayudar a la organización a lograr sus objetivos. Este trabajo informa sobre el esfuerzo de Audin del Instituto Chico Mendes para la Conservación de la Biodiversidad (ICMBio) para evaluar las acciones tomadas para combatir el coronavirus desarrolladas por el Instituto, de manera casi concomitante a la definición por parte de la gestión de medidas mitigadoras, permitiendo la corrección de instrucciones sobre acciones consideradas inadecuadas antes de que impacten negativamente en los objetivos organizacionales. El principal resultado de este estudio es que la decisión de la Alta Dirección del ICMBio de adoptar las recomendaciones derivadas del trabajo de Audin solo fue posible gracias a la realización de una evaluación denominada internamente como just in time, que brindó a la dirección la oportunidad de incorporar los aportes de Audin a las acciones que se venían desarrollando para mitigar los riesgos de la pandemia en sus objetivos institucionales.

Palabras clave: auditoría just in time. Evaluación de riesgos. Covid-19.

1. INTRODUÇÃO

A atividade de auditoria interna governamental é supervisionada diretamente pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), órgão pertencente à estrutura da Controladoria-Geral da União (CGU), que, por meio da Instrução Normativa da Secretaria Federal de Controle Interno n° 03, de 09/06/2017 (IN SFC n° 3/17) instituiu as bases para sua atuação, posicionando-se como instrumento de convergência das práticas de auditoria interna governamental com normas, modelos e boas práticas internacionais (BRASIL, 2017).

Denominando de auditorias internas singulares (Audin) aquelas unidades responsáveis pela prestação de serviços independentes e objetivos de avaliação e de consultoria no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, a IN SFC n° 03/17 classificou os serviços de avaliação como aqueles realizados para fornecer opiniões ou conclusões, dentre outras, à regularidade, à economicidade, à eficiência e à eficácia da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos

e nas entidades da Administração Pública (BRASIL, 2017). Por outro lado, classificou os serviços de consultoria como atividades de assessoria e aconselhamento, realizados a partir de solicitação específica dos gestores, abordando assuntos estratégicos da gestão, tais como processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos, não devendo a Audin assumir qualquer responsabilidade que seja da Administração.

Distinções entre trabalhos de avaliação e consultoria se referem à origem da demanda, ao propósito do trabalho - fornecer avaliação independente x fornecer assessoramento, aconselhamento e serviços relacionados -, e à forma de monitoramento dos resultados, dentre outras questões (MOT, 2017).

Considerando que, segundo a Instrução Normativa SFC n° 9, de 9/10/2018 (IN SFC n° 9/2018), tanto os trabalhos de consultoria quanto os de avaliação devem ser previstos em um Plano de Auditoria Interna baseado em riscos, a ser apresentado à CGU até o último dia útil do mês de outubro do exercício anterior ao de sua execução, o planejamento das ati-

vidades das Audin reflete a avaliação de riscos realizada sob determinado cenário (BRASIL, 2018).

No entanto, a pandemia mundial originada pelo Covid-19, declarada pela OMS em março de 2020, veio trazer novos desafios não apenas para os gestores públicos, mas também para as Audin. Isso porque riscos relacionados ao enfrentamento do coronavírus não haviam sido previstos nos Planos de Auditoria. Ao buscar suporte metodológico para essa mudança na forma de atuação, as Audin se depararam com lacunas na literatura especializada de auditoria interna, governança e gestão de riscos, que não teve tempo hábil para produzir novos textos sobre qual papel as auditorias internas deveriam ocupar nesse cenário instável e imprevisível. Essas lacunas vêm sendo preenchidas por artigos produzidos pelos “*practitioners*” e agente ligados aos institutos de auditoria, nacionais e internacionais. Ainda em março de 2020, o Diretor Executivo do *The Institute of Internal Auditors* (IIA), fazia a seguinte provocação: “Diante do coronavírus, os auditores internos devem fazer mais do que usar máscaras” (CHAMBERS, 2020a).

É nesse contexto que a Audin do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) desenvolveu a avaliação do Plano de Enfrentamento ao Coronavírus do órgão, que tinha como objetivo consolidar as diversas ações promovidas pelo Instituto no âmbito do enfrentamento da pandemia. Utilizando como critérios recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), dos Ministérios da Economia e da Saúde, além de boas práticas, a Audin planejou uma avaliação em duas etapas: a primeira, para avaliar se as medidas previstas pela gestão abordaram os principais riscos aos quais o órgão se submetia e a adequação das medidas mitigatórias para lidar com a pandemia, tanto com relação aos servidores e colaboradores, quanto com relação às 334 Unidades de Conservação e 14 Centros de Pesquisa sob sua jurisdição; e a segunda, sobre a efetividade da implementação dessas medidas.

A exigência de tempestividade e os novos riscos derivados da pandemia foram os fatores que promoveram a mudança no Plano de Auditoria da Audin, de forma que ela pudesse continuar realizando seu propósito de aumentar e proteger o valor organizacional.

Este trabalho se propõe a explicar de que forma a Audin do ICMBio instituiu uma avaliação *just in time*, contribuindo para minimizar riscos operacionais e de conformidade, mas especialmente de reputação da gestão do Instituto.

Este artigo foi construído em quatro seções além desta introdução. A segunda seção trará um referencial teórico sobre as atividades de auditoria interna,

gestão de riscos e governança. A metodologia aplicada para analisar a atuação da Audin do ICMBio na avaliação das ações de enfrentamento da pandemia encontra-se descrita na terceira seção. Na quarta seção é relatado como foi realizado o processo de avaliação do Plano de Enfrentamento ao Coronavírus e a apresentação dos resultados à gestão, para ajustes das ações. A quinta seção apresenta alguns dos desafios encontrados pela equipe de auditoria na avaliação *just in time* e de que forma ela espera agregar valor à gestão por meio da avaliação realizada. O artigo é concluído com as referências bibliográficas.

2. AUDITORIA INTERNA - PAPÉIS E RESPONSABILIDADES

A origem da auditoria vincula-se à necessidade de se ratificar as atividades praticadas por outrem e relaciona-se com o início das atividades econômicas desenvolvidas pelo homem. Segundo Boyton et. al (2002, p. 58), “auditoria começa em época tão remota quanto a contabilidade. Sempre que o avanço da civilização tinha implicado que a propriedade de um homem fosse confiada, em maior ou menor extensão, a outra, a deseabilidade da necessidade de verificação da fidelidade do último, tornou-se clara”.

Tendo sido percebida inicialmente como atividade de asseguarção de que as transações contábeis estavam adequadas, de que o sistema de gestão tinha capacidade de salvaguardar os ativos e de que as políticas e procedimentos definidos estavam sendo seguidos, o conceito de auditoria interna foi radicalmente alterado com a mudança dos tempos (ASARE, 2009).

De verificação de registros contábeis e detecção de erros e irregularidades financeiras à avaliação dos processos de governança, gestão de riscos e controles, a mudança no foco e no escopo da atividade de auditoria interna pode ser verificada por meio da definição da atividade adotada atualmente pelo Instituto dos Auditores Internos (IIA):

A auditoria interna é uma atividade independente e objetiva de avaliação e consultoria, criada para agregar valor e melhorar as operações de uma organização. Ela auxilia a organização a atingir seus objetivos a partir da aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada à avaliação e melhoria da eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, controle e governança (IIA, 2021).

Ao redor do mundo, no setor público, a atividade de auditoria interna vem sendo exercida de modo centralizado, nos países em que está vinculada a determinado ministério normalmente responsável pelas finanças públicas; ou descentralizado, quando cada ministério tem a responsabilidade por assegurar os controles apropriados e as salvaguardas para os gastos (ASARE, 2009).

No caso brasileiro, em nível federal, a atividade de auditoria interna governamental é exercida pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e Controladorias Regionais da União nos estados; pelas Secretarias de Controle Interno (Ciset) da Presidência da República, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, e respectivas unidades setoriais; pelas auditorias internas singulares dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta; e pelo Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde (Denasus) do Ministério da Saúde.

Cabe à SFC, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, a responsabilidade por exercer a supervisão técnica das Audin, por meio da normatização, da orientação, da capacitação e da avaliação do seu desempenho. (BRASIL, 2017)

Nesse sentido, distintos regulamentos vêm sendo apresentados por aquele órgão, com o objetivo de harmonizar a atuação das Audin, de promover a aderência a padrões técnicos de referência nacional e internacional e de buscar a garantia da qualidade dos trabalhos realizados.

O documento que serve de base às atividades de auditoria interna governamental, a IN SFC nº 03/17, define a atividade de auditoria interna governamental como:

Atividade independente e objetiva de avaliação (assurance) e consultoria, desenhada para adicionar valor e melhorar as operações das organizações públicas. A atividade de auditoria interna governamental está situada na terceira linha de defesa da gestão pública e tem como objetivo auxiliar uma organização a realizar seus objetivos a partir da aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles (BRASIL, 2017).

Para orientar a aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada, a IN SFC nº 3/2017 registrou uma seção específica para tratar sobre a importância do planejamento para as unidades de auditoria in-

terna. A partir da identificação do universo auditável, considerando as expectativas da alta administração, as Audin devem desenvolver um plano de auditoria interna baseado em riscos, no qual devem ser registradas as atividades que pretende desenvolver em um determinado período de tempo, normalmente um ano (BRASIL, 2017).

A IN SFC nº 9/2018 estabelece que o Plano Anual de Auditoria Interna (PAINT) deverá conter, dentre outros requisitos: a) relação dos trabalhos a serem realizados pela Audin em função de obrigação normativa, por solicitação da alta administração ou por outros motivos que não a avaliação de riscos, devendo-se, nos dois últimos casos, ser apresentada justificativa razoável para a sua seleção; e, b) relação dos trabalhos selecionados com base na avaliação de riscos (BRASIL, 2018). O normativo regulamenta, ainda, o prazo de envio ao órgão central do Sistema de Controle Interno dos Planos de Auditoria das Audin, que deverão ser remetidos até o último dia útil do mês de outubro do exercício anterior ao de sua execução.

Para garantir que a alta administração esteja ciente do PAINT, a IN SFC nº 9/2018 prevê a obrigatoriedade de aprovação pelo conselho de administração ou órgão equivalente ou, na ausência deste, pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade. Alterações significativas que impactem o planejamento inicialmente aprovado também deverão passar pelo mesmo rito de aprovação (BRASIL, 2018).

Por sua vez, a temática de governança e gerenciamento de riscos foi inicialmente inserida no contexto de normativos federais a partir da publicação da Instrução Normativa Conjunta nº 01, de 10 de maio de 2016 (IN MPOG/CGU nº 01/16) (BRASIL, 2016).

Tendo explicitado conceitos de termos anteriormente utilizados apenas na iniciativa privada, a IN MPOG/CGU nº 01/16 se utilizou dos conceitos do modelo de gerenciamento de riscos corporativos (COSO, 2017) para orientar a implementação da gestão de riscos na Administração Pública Federal e conceitos do Referencial de Governança do Tribunal de Contas da União (TCU) para tratar da temática de governança pública (BRASIL, 2016).

Tais conceitos se relacionam com a atividade de auditoria interna governamental, na medida em que, segundo a IN SFC nº 03/17, as Audin devem:

[...] apoiar os órgãos e as entidades do Poder Executivo Federal na estruturação e efetivo funcionamento da primeira e da segunda linha de defesa da gestão, por meio da prestação de serviços de consultoria e avaliação dos processos de governança, ge-

renciamento de riscos e controles internos. (BRASIL, 2017)

O MOT (2017) aprofunda os conceitos inicialmente propostos pela IN SFC nº 03/17, esclarecendo a aplicação das atividades de avaliação e de consultoria pelas Audin e as principais distinções entre elas identificando que:

[...] enquanto a avaliação visa a fornecer opinião independente sobre governança, gerenciamento de riscos e estrutura de controles internos, a consultoria objetiva auxiliar as unidades auditadas nessas mesmas áreas, porém, por meio de assessoramento, aconselhamento, treinamento e facilitação. (MOT, 2017, p. 9)

O normativo orientador esclarece ainda que:

Os trabalhos de avaliação dos processos de gestão de riscos e controles pelas UAIG devem contemplar, em especial, os seguintes aspectos: adequação e suficiência dos mecanismos de gestão de riscos e de controles estabelecidos; eficácia da gestão dos principais riscos; e conformidade das atividades executadas em relação à política de gestão de riscos da organização. (BRASIL, 2017)

Ao estabelecer as etapas da avaliação, o MOT (2017) prevê as atividades de planejamento, execução, comunicação dos resultados e monitoramento, ressaltando que não há divisão rígida entre eles. O normativo cita como possibilidades de flexibilização a revisão do planejamento inicial, que pode ocorrer após a execução; e a comunicação dos fatos relevantes apurados ainda durante a execução da auditoria.

A convergência da auditoria interna governamental com normas, modelos e boas práticas internacionais aproximou a SFC do IIA, com definições muito similares quanto ao conceito da atividade.

Como autoridade mundialmente reconhecida, o IIA Global estruturou uma base conceitual de informações oficiais para o exercício da atividade de auditoria interna denominada *International Professional Practices Framework* (IPPF). Além do IPPF, o IIA divulga textos técnicos que objetivam orientar e promover a atividade de auditoria interna, uniformizando conceitos e fomentando debates acerca da atuação dos auditores internos (OLIVEIRA, 2019).

Nesse contexto, é de responsabilidade de Richard Chambers, presidente do IIA Global, a publicação de blog no site do IIA no qual ele vem argumentando

desde o início da pandemia que os auditores internos devem rever posicionamentos com o objetivo de auxiliar as organizações a enfrentar os riscos e os impactos decorrentes do coronavírus.

Em um artigo denominado “Diante do Coronavírus, os Auditores Internos devem fazer mais do que usar máscaras” (CHAMBERS, 2020a), ele argumenta, ainda em março de 2020, que os auditores internos devem iniciar o apoio às suas organizações.

Em dois outros artigos, “Voltar Para o Local de Trabalho Será Arriscado: Arregace as Mangas, Auditoria Interna (CHAMBERS, 2020b) e Riscos de Retorno ao Local de Trabalho: a Auditoria Interna Está Arregaçando as Mangas? (CHAMBERS, 2020c), o autor provoca os auditores internos para que ajudem suas organizações a enfrentar os riscos relacionados ao retorno da força de trabalho aos seus locais normais de negócios, considerando especialmente se: a) gestão identificou e avaliou adequadamente os riscos relacionados ao retorno ao local de trabalho; b) as políticas e controles propostos para o retorno ao local de trabalho abordam os principais riscos; c) as políticas/controles foram implantados com eficácia (incluindo a comunicação); e, d) o programa geral está funcionando conforme o esperado ou seria válido fazer melhorias.

Exposto o referencial teórico, segue-se para a metodologia de construção do artigo.

3. METODOLOGIA

Para explicar de que forma o que está sendo chamado neste artigo de avaliação *just in time*, realizada pela Audin do ICMBio, encontrou forte apoio na alta administração da autarquia, este estudo qualitativo adotou uma abordagem de estudo de caso, utilizando o método de *process tracing*. Esse método que, segundo Bennet e Checkel (2005), se originou na psicologia cognitiva, vem sendo utilizado por pesquisadores das ciências sociais. Segundo os autores (2005), no *process tracing* são desenhadas inferências causais, a partir de fatos históricos; assim, examina-se as etapas intermediárias de um processo para se realizar inferências sobre hipóteses relacionadas a como esse processo ocorreu e se e como gerou o resultado de interesse.

Os dados coletados neste estudo estão compreendidos no intervalo temporal de outubro de 2019 a julho de 2020. Para a coleta desses dados, foram acessados documentos diversos do órgão, como: processos administrativos; atas de reunião do Comitê Gestor do ICMBio (REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020a, 2020b, 2020c); documentos produ-

zidos pelo Grupo de Trabalho instituído para elaboração do Plano de Enfrentamento ao Coronavírus do Instituto; e documentos produzidos pela Audin do ICMBio. Além disso, também foram acessados normativos, portarias, ordens de serviço e demais documentos publicados pelo Instituto ou por outros órgãos públicos. Por meio de análises documentais, se rastreou uma sequência de fatos e atividades que se iniciaram com a definição do PAINT 2020 até a decisão da alta administração do ICMBio de adotar as recomendações da Audin para ações de enfrentamento ao coronavírus.

Os resultados dessas análises são apresentados na seção seguinte.

4. AUDITORIA JUST IN TIME: UMA FORMA DE AVALIAÇÃO TEMPESTIVA PARA CONTRIBUIR COM O ENFRENTAMENTO À COVID-19

Os resultados deste estudo serão apresentados seguindo uma sequência cronológica, de modo a explicar como foi desenvolvida uma avaliação *just in time* pela Audin do ICMBio.

O Plano Anual de Auditoria (PAINT) do ICMBio, aprovado pelo Presidente do órgão, foi encaminhado à CGU em outubro de 2019. Contemplou cinco atividades de avaliação e duas de consultoria, propostas com base no cenário e nas prioridades institucionais que se configuravam naquele período.

Ainda que aprovado pelo Presidente do ICMBio, o PAINT é discutido previamente em reunião do Comitê Gestor do Instituto, órgão colegiado composto pelos quatro diretores e pelo Presidente, conforme Decreto ICMBio nº 10.234/2020 (BRASIL, 2020b). Das reuniões ordinárias semanais do Comitê participam, ainda que sem direito a voto, o Procurador Federal Especializado e os titulares das unidades de Corregedoria e de Auditoria Interna (BRASIL, 2020b).

Em março de 2020, porém, em decorrência da pandemia mundial de Covid-19 (OMS, 2020), se iniciou uma série de mudanças não previstas no cenário institucional do ICMBio.

No dia 21 de março de 2020, a Portaria nº 139/20 do Ministério do Meio Ambiente (MMA) estabeleceu que todos os servidores, empregados públicos e estagiários desse Ministério e de suas entidades vinculadas, dentre as quais se encontra o ICMBio, deveriam “executar suas atividades remotamente, enquanto perdurasse o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19)” (BRASIL, 2020f).

Em decorrência desse regulamento, o Instituto passou a adotar o trabalho remoto para a maioria

de seus servidores, tendo permanecido em trabalho presencial essencialmente aqueles que atuam em atividades fiscalizatórias. Diversas medidas preventivas ao Covid-19 passaram a ser desenhadas (e até implementadas) na autarquia, apesar da insuficiência de conhecimentos sobre os impactos do vírus, dado o seu ineditismo. Assim, orientações e medidas preventivas ao Covid-19 passaram a ser propostas por diversas áreas do órgão, que as consolidaram em orientações específicas (como um destinado à atividade de fiscalização do Instituto), desencadeando em uma série de ações institucionais desintegradas para o combate ao coronavírus.

Por meio da Portaria nº 227, publicada em 22 de março de 2020, o ICMBio suspendeu a visitação pública nas unidades de conservação por tempo indeterminado, justificando a edição do normativo em função da Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, que “declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”, além de considerar a condição de transmissão comunitária do coronavírus, reconhecida por meio da Portaria nº 454 do Ministério da Saúde, de 20 de março de 2020; e considerar o teor do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública no Brasil (BRASIL, 2020a; BRASIL 2020c; BRASIL, 2020d; BRASIL, 2020e).

Dado esse novo cenário institucional, a Audin do ICMBio, em 15 junho de 2020, seguindo os preceitos da IN SFC nº 9/2018 (BRASIL, 2018), propôs na reunião ordinária do Comitê Gestor a alteração do PAINT, tendo justificado a proposta de alteração em função do surgimento de novos riscos não considerados no processo de construção daquele Plano, “a fim de incluir assuntos referentes aos Procedimentos que serão adotados no retorno das atividades Pós-Pandemia, aquisição de equipamentos de EPI’s e Edital para seleção de Brigadistas”, conforme registrado em memória de reunião publicada no site do ICMBio (REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020a, p.2).

No entanto, em 06 de julho de 2020, foi proposto ao Comitê Gestor por equipe técnica ligada ao Gabinete do ICMBio o desenho de um Plano de Retorno ao trabalho presencial no ICMBio, o qual apresentou potenciais fragilidades para a sua futura execução (REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020b).

Diante das supostas fragilidades identificadas, a Audin do ICMBio viu-se impelida a mudar a sua forma de atuação - de uma proposta de avaliação, a ser realizada sobre o Plano de Retorno já consolidado, para uma avaliação de forma concomitante,

que chamou de *just in time*, na medida em que recomendações para alteração do Plano de Retorno não teriam a mesma efetividade caso elaboradas quando esse já tivesse sido implementado, o que poderia permitir a materialização não apenas de riscos operacionais e de conformidade, mas especialmente de reputação do Instituto.

A partir dos argumentos apresentados pela Audin, os dirigentes do órgão optaram por constituir um Grupo de Trabalho, por meio da Ordem de Serviço n.º 36, publicada em 9 de julho de 2020, com a participação de servidores das quatro diretorias do órgão, incluindo também servidores que representassem as unidades de conservação e os centros de pesquisa, considerando que cada tipo de unidade poderia estar sujeita a riscos distintos. É importante ressaltar que o ICMBio ainda não tinha, à época, metodologia de gestão de riscos implementada. Em função disso, a Audin atuou como consultora na primeira etapa do GT, facilitando o processo de identificação dos riscos, para que o plano pudesse ser elaborado a partir de medidas que mitigassem os riscos identificados e não apenas repetissem medidas já adotadas de maneira formal por outros órgãos. Dada a participação de várias áreas da autarquia e a urgência da elaboração das medidas, não foram debatidas as outras etapas necessárias para a realização de um processo de gerenciamento de riscos mais robusto, com as etapas de avaliação de riscos em função do impacto e probabilidade, e de priorização dos riscos.

De uma proposta inicial de levantamento de riscos relacionados ao retorno dos servidores, o GT evoluiu para identificar riscos relacionados à atuação do órgão em contexto de pandemia, já que atividades de fiscalização, uso público, combate a incêndio e preservação da biodiversidade continuariam a ser exercidas de forma presencial, bem como setores de suporte a essas atividades. Considerando que algumas unidades de conservação voltaram a ser abertas, riscos relacionados à contaminação de visitantes também deveriam ser abordados, além de riscos relacionados ao reequilíbrio contratual das concessões.

Nas reuniões do GT, os participantes realizaram as seguintes atividades: identificação de riscos e fatores de risco relacionados ao Covid-19; identificação das diversas unidades do órgão que estariam sujeitas a esses fatores; proposição de medidas mitigadoras aos fatores de riscos identificados; identificação dos responsáveis por implementar tais medidas e prazo para implementação. Ao final dos trabalhos do GT, foi elaborada uma planilha Excel com a consolidação dessas atividades, assim como uma Minuta de Por-

taria, prevendo as medidas mitigadoras a serem adotadas para os fatores de riscos identificados.

Inicialmente atuando como consultoria, a Audin deixou de participar das reuniões finais do GT, quando foram concluídas as identificações de riscos e as proposições de medidas mitigadoras. Nessa nova etapa, atuando como avaliadora, ela teve acesso à planilha consolidada e às medidas mitigadoras propostas, antes mesmo de terem sido refletidas em normativos ou orientações.

A Audin utilizou como critérios orientações e diretrizes emitidas por órgãos públicos e pela OMS e princípios de controle interno, como custo-benefício, para avaliar se as medidas propostas pelo GT abordaram os principais riscos relacionados tanto ao retorno dos servidores quanto às atividades que continuaram sendo exercidas de forma presencial. Cabe mencionar que a inclusão de novos fatores de risco, tanto pelo GT como pela Audin, ocorreu ao longo dos trabalhos de avaliação. Este é um dos motivos pelos quais a avaliação realizada está sendo chamada como *just in time*, na medida em que o trabalho de avaliação não foi completado somente ao final da elaboração do Plano de Enfrentamento ao Coronavírus.

Um dos principais resultados da avaliação foi que, ainda que a maior parte dos fatores de risco tenha sido identificada, havendo a proposição, pelo GT, de medidas adequadas para a sua mitigação, ou mesmo para a sua eliminação, havia insuficiência no detalhamento dessas medidas quanto à sua operacionalização. Além disso, para algumas medidas, a Audin apresentou à gestão a necessidade de se avaliar a relação custo x benefício de sua implantação. Outro resultado foi que fatores de risco foram discutidos pelo GT, porém não foram considerados na Minuta de Portaria gerada por esse Grupo ou em normativos do ICMBio. Assim, a Audin concluiu pela necessidade de adequação dessa minuta, com a inserção de alguns tópicos referentes a medidas não abordadas, além de complementação de orientações, por meio de procedimentos operacionais.

Os principais achados da avaliação e suas recomendações foram apresentados pela Audin à alta administração do ICMBio, ou seja, ao seu Comitê Gestor, em 17/08/2020, que deliberou pela aprovação e pela inserção das ações propostas, assim que o Relatório Final fosse encaminhado ao Gabinete, coordenador do Plano de Retorno (REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020c).

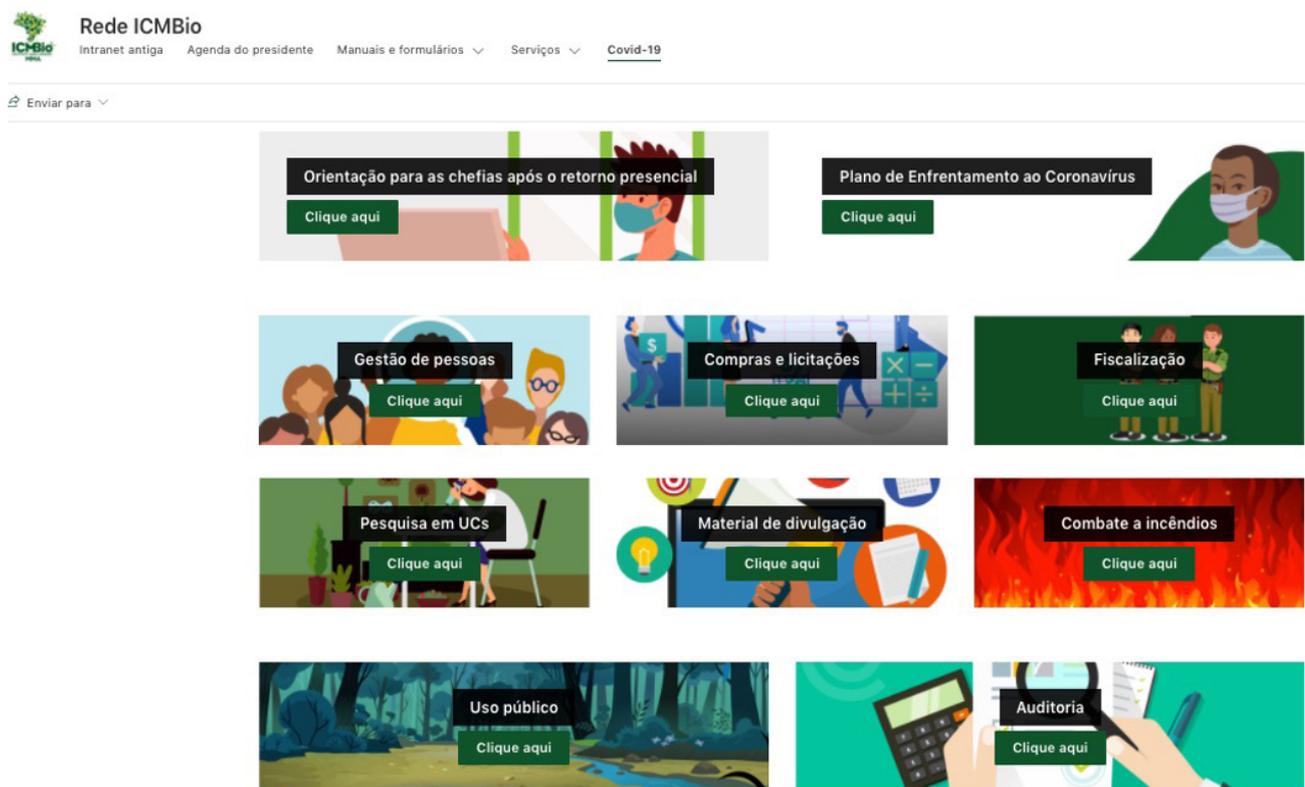
O Relatório de Avaliação do Gerenciamento dos Impactos e Riscos do Covid-19, concluído em 03/09/2020, apresentou 55 (cinquenta e cinco) recomendações. A maior parte delas tinha como objetivo

mitigar os riscos de contaminação pelo coronavírus de servidores e colaboradores que permanecessem exercendo suas atividades de forma presencial. Recomendações para elaborar orientações específicas para aquisição de equipamentos de proteção individual por parte das chefias das unidades de conservação, sobre lotação adequada e utilização de veículos oficiais nas atividades de fiscalização, para aprimorar o normativo produzido pela área de gestão de pessoas (de forma que incluísse outras categorias como estagiários e voluntários como público-alvo das medidas e orientações), para orientações de visi-

tantes nas unidades de conservação e para realização de reuniões presenciais também fizeram parte do rol de recomendações.

Além disso, foi recomendado centralizar em um único canal de comunicação todas as orientações que se encontravam fragmentadas em locais distintos na rede interna do ICMBio. Como é possível ver na Figura 1, a criação de um hot-site específico para a Covid-19 permitiu minimizar a assimetria de informações e divulgar as medidas de proteção necessárias à continuação, com segurança, das atividades presenciais.

FIGURA 1 – PÁGINA COVID-19 NA INTRANET ICMBIO



Fonte: Intranet ICMBio.

Logo, a realização da avaliação just in time, que foi iniciada em 09/07/2020 e concluída em menos de dois meses, atuando de forma concomitante à gestão, enquanto essa desenvolvia medidas de enfrentamento ao coronavírus, permitiu que as avaliações da Audin pudessem ser eventualmente incorporadas às ações previstas pelo Instituto, as quais poderão ser implementadas já considerando as contribuições dessa unidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A IN SFC nº 03/17, ao tratar do planejamento das unidades de auditoria interna governamental, resalta o atributo de flexibilidade que ele deve ter, considerando a possibilidade de mudanças no contexto organizacional da unidade auditada. Segundo esse normativo, alterações no planejamento estratégico, revisão dos objetivos, alterações significativas nas áreas de maior risco ou alterações de condições externas são alguns dos fatores que ensejam mudança no planejamento (BRASIL, 2017).

A mudança de cenário instituída pela pandemia do coronavírus trouxe desafios não apenas para os gestores públicos, mas também para as Audin. Para continuar exercendo sua missão de auxiliar a organização a realizar seus objetivos, alterações nos planejamentos precisavam ser consideradas por essas unidades. No caso do ICMBio, a Audin propôs ao Comitê Gestor a inclusão de avaliação das ações de enfrentamento ao coronavírus que estavam sendo desenvolvidas pelo Instituto, de forma que a correção de rumos sobre ações consideradas inadequadas pudesse ser realizada antes de causar impactos negativos nos objetivos organizacionais.

Tendo classificado essa avaliação como *just in time*, os desafios encontrados pela equipe de auditoria interna foram de distintos matizes. O primeiro e mais relevante - o de garantir a objetividade e a independência, já que atuou de forma concomitante ao grupo de trabalho que estava debatendo os riscos e as medidas mitigadoras - foi enfrentado com a abstenção de opinião tanto sobre a análise dos riscos quanto sobre a elaboração das medidas mitigadoras.

O segundo desafio foi nivelar o conhecimento sobre riscos e medidas de tratamento, já que o ICMBio se encontra em fase de implantação de sua política de gestão de riscos e os conceitos e operacionalização ainda não são amplamente disseminados entre os servidores que participaram do GT e até mesmo entre a alta administração. O terceiro, produzir sua avaliação a tempo de submeter os resultados ao Comitê Gestor para discussão, para que fossem considerados na modificação do normativo elaborado pelo GT e nas demais medidas propostas.

A avaliação foi realizada em tempo recorde de 57 (cinquenta e sete) dias e o Relatório final, discutido com o Comitê Gestor, foi encaminhado à Presidência do Instituto com 55 (cinquenta e cinco) recomendações a serem implementadas. Está prevista ainda a realização da segunda fase de avaliação, que será sobre a implementação das medidas desenhadas, cuja principal questão foi inspirada por um dos questionamentos propostos por Richard Chambers: o programa está funcionando como o esperado ou é preciso fazer melhorias?

Ainda que os normativos orientadores da SFC tragam a possibilidade de mudança no planejamento das atividades, propor novos trabalhos com base em mudança de cenários não é atividade trivial, considerando todas as ações envolvidas na alteração. Apesar disso, a conclusão da equipe de auditoria interna é de que a aceitação entusiasmada da alta administração dos resultados apresentados pela Audin e a orientação pela implementação das recomendações fortaleceram o reconhecimento da atividade de auditoria interna como relevante para a instituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASARE, Thomas. *Internal Auditing in the Public Sector: Promoting Good Governance and Performance Improvement*. International Journal on Governmental Financial Management, Vol. IX, no. 1, 2009.

ATTIE, William. *Auditoria Interna*. São Paulo: Atlas, 1992.

BENNETT, Andrew; CHECKEL, Jeffrey T. (Ed.) *Process-tracing: from metaphor to analytic tool*. Cambridge. Cambridge University Press, 2005.

BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. *Auditoria: Tradução Autorizada*. 7ª ed. (idioma inglês de Modern Auditing). São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa nº 3, de 9 de junho de 2017. Diário Oficial da União, 2017. Seção 1, p. 50. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19111706/do-1-2017-06-12-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-junho-de-2017-19111304>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. Instrução Normativa nº 9, de 9 de outubro de 2018. *Diário Oficial da União*, 2018. Seção 1, p. 72-73. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/44939745/do1-2018-10-11-instrucao-normativa-n-9-de-9-de-outubro-de-2018-44939518>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União*,

- 2020a. Edição Extra, n. 55-C, p. 1. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/31993957>>. Acesso em: 09 set. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 10.234, de 11 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*, 2020b. Seção 1, p. 2. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.234-de-11-de-fevereiro-de-2020-242820135>>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Portaria nº 227, de 22 de março de 2020. *Portarias 2020*, 2020c. Disponível em: <<https://www.icmbio.gov.br/portal/legislacao1/portarias/10832-teste>>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*, 2020d. Seção 1 - Extra, p. 1. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 09 set. 2020.
- _____. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União*, 2020e. Seção 1 - Extra, p. 1. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>>. Acesso em: 09 set. 2020.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria nº 139, de 21 de março de 2020. *Diário Oficial da União*, 2020f. Seção 1 - Extra, p. 1. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-139-de-21-de-marco-de-2020-249098502>>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa Conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016. *Diário Oficial da União*, 2016. Seção 1, p. 14. Disponível em: <https://www.in.gov.br/ma-teria/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CHAMBERS, R. *Diante do Coronavírus, os Auditores Internos Devem Fazer Mais do Que Usar Máscaras*. Chambers Blog (Portuguese), 2020a. Disponível em: <<https://global.theiia.org/knowledge/chambers-portuguese/Pages/Diante-do-Coronav%20c3%adrus-os-Auditores-Internos-Devem-Fazer-Mais-Do-Que-Usar-Mascaras.aspx>>. Acesso em: 12 set. 2020.
- CHAMBERS, R. *Voltar Para o Local de Trabalho Será Arriscado: Arregace as Mangas, Auditoria Interna*. Chambers Blog (Portuguese), 2020b. Disponível em: <<https://global.theiia.org/knowledge/chambers-portuguese/Pages/Voltar-Para-o-Local-de-Trabalho-Sera-Arriscado-Arregace-as-Mangas-Auditoria-Interna.aspx>>. Acesso em: 12 set.2020.
- CHAMBERS, R. *Riscos de Retorno ao Local de Trabalho: a Auditoria Interna Está Arregacando as Mangas?* Chambers Blog (Portuguese), 2020c. Disponível em: <<https://global.theiia.org/knowledge/chambers-portuguese/Pages/Riscos-de-Retorno-ao-Local-de-Trabalho-a-Auditoria-Interna-Esta-Arregacando-as-Mangas.aspx>>. Acesso em: 12 set.2020
- COSO. *Gerenciamento de Riscos Corporativos Integrado com Estratégia e Performance*. Disponível em: <<http://iiabrasil.org.br/korbiload/upl/editorHTML/uploadDireto/sumariocosorm-editorHTML-00000001-19022018164126.pdf>>. Acesso em: 12 set.2020.
- IIA. *Definição de Auditoria Interna*. Definição de Auditoria Interna, 2021. Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/ippf/defi-nicao-de-auditoria-interna>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- MOT. *Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal*. Brasília, DF, 2017. 149 p.
- OLIVEIRA, T. *Avaliação das Práticas de Auditoria Interna da Secretaria Federal de Controle Interno da CGU sob a Ótica da Auditoria Baseada em Riscos*. Revista da CGU, 19, abr-jul/2019.
- OMS. *Rolling updates on coronavirus disease (Covid-19)*. WHO characterizes Covid-19 as a pandemic, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020, Brasília. *Memória de Reunião do Comitê Gestor*. Brasília, 2020a. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comite_gestor/memoria_reuniao_comite_gestor_15jun2020.pdf>. Acesso em: 25 abr.2021.
- REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020, Brasília. *Memória de Reunião do Comitê Gestor*. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comite_gestor/memoria_reuniao_comite_gestor_6jul2020.pdf>. Acesso em: 25 abr.2021.
- REUNIÃO COMITÊ GESTOR ICMBio, 2020, Brasília. *Memória de Reunião do Comitê Gestor*. Brasília, 2020c. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/edital/memoria_reuniao_comite_gestor_17ago2020.pdf>. Acesso em: 25 abr.2021.

**Patricia Alvares de Azevedo Oliveira**<https://orcid.org/0000-0002-8078-1331>

Escola Nacional de Administração Pública, Brasil

patricia.mithus@terra.com.br

Mestre em Governança e Desenvolvimento pela ENAP. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU) desde 2008. Graduada em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), possui Especialização em Educação a Distância pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Foi Chefe de Gabinete da Secretaria Federal de Controle Interno de 2015 a 2016, Assessora Técnica da Secretaria-Executiva da CGU de 2017 a 2018, Assessora Especial de Controle Interno do Ministério da Cultura em 2018 e atualmente exerce o cargo de Auditora Chefe no Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Possui certificação em Auditoria Governamental pelo Instituto dos Auditores Internos (CGAP) desde 2018.

**Fernanda Guedes Araujo**<https://orcid.org/0000-0003-4245-4361>

Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasil

fga.guedes@gmail.com

Mestre em Gestão Estratégica de Organizações pelo IESB. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Auditora Interna no Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) desde 2014.

Diagnóstico do Ageism no Serviço Público Brasileiro: A Necessidade de Combater o Preconceito Projetado para o Futuro do Servidor¹

Diagnosis of ageism in the Brazilian public service: the need to combat the prejudice projected for the future of the civil servant

Diagnóstico de discriminación por edad en el servicio público brasileño: la necesidad de combatir el prejuicio proyectado para el futuro del funcionario

Sérgio Tadeu Neiva Carvalho²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.399>

Resumo: Amamos os mais velhos em nossas vidas e todos esperamos envelhecer. Esse interesse pessoal precisa ser traduzido em políticas públicas. O contexto demográfico brasileiro aponta para um aumento de mão-de-obra envelhecida em curto prazo. A motivação para a condução deste estudo está em refletir e analisar o cenário dos idosos como integrantes da força de trabalho no serviço público brasileiro. Almeja-se identificar as percepções entre os servidores públicos federais com mais de 60 anos em exercício no Poder Executivo e as implicações sobre as diferenças socioeconômicas existentes nessa classe. Para isso, procedeu-se uma pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas com servidores nessa faixa etária, além da depuração da base de dados do Sistema Integrado de Administração de Pessoal – Siape – com técnicas de mineração de dados. Naturalmente, os aspectos socioeconômicos servirão de subsídio para a implementação de uma política de gestão de recursos humanos voltada para essa idade e combate ao *ageism*. Outrossim, a análise dos dados do Siape indicou que o gênero, a escolaridade, a região do país, o cargo e a remuneração são condicionantes para a implementação de práticas de gestão de idade e, por conseguinte, a profissionalização da força de trabalho de idosos no serviço público.

Palavras chave: *ageism*, discriminação, envelhecimento, profissionalização, governança

Abstract: We love the elders in our lives and we all hope to grow old. This personal interest needs to be translated into public policies. The Brazilian demographic context points to an increase in the aged workforce in the short term. The motivation for conducting this study is to reflect and analyze the scenario of the elderly as members of the workforce in the Brazilian public service. It aims to identify the perceptions among federal civil servants with more than 60 years in the Executive Power and the implications on the socioeconomic differences that exist in this class. For this, a field research was carried out through interviews with civil servants in this age group, in addition to a depuration of the database of the Sistema Integrado de Administração de Pessoal - Siape - with data mining techniques. Naturally, the socioeconomic aspects will serve as a subsidy for the implementation of a human resources management policy aimed at that age and to combating *ageism*. Furthermore, the analysis of data from Siape indicated that gender, education, region of the country, position and remuneration are conditions for the implementation of age management practices and, therefore, the professionalization of the elderly workforce in the public service.

Keywords: *ageism*, discrimination, aging, professionalization, governance

1 Artigo recebido em 12/07/2020 e aprovado em 28/03/2021.

2 Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) e Controladoria-Geral da União (CGU).

Resumen: Amamos a los ancianos en nuestras vidas y todos esperamos envejecer. Este interés personal debe traducirse en políticas públicas. El contexto demográfico brasileño apunta a un aumento del envejecimiento de la población activa en el corto plazo. La motivación para realizar este estudio es reflexionar y analizar el escenario de las personas mayores como miembros de la fuerza laboral en el servicio público brasileño. Tiene como objetivo identificar las percepciones entre los servidores públicos federales con más de 60 años en el Poder Ejecutivo y las implicaciones sobre las diferencias socioeconómicas que existen en esta clase. Para eso, se realizó una investigación de campo a través de entrevistas a funcionarios de este grupo de edad, además de depurar la base de datos del Sistema Integrado de Administración de Personal - Siape - con técnicas de minería de datos. Naturalmente, los aspectos socioeconómicos servirán de subvención para la implementación de una política de gestión de recursos humanos dirigida a esa edad y al combate de la discriminación por edad. Además, el análisis de datos de Siape indicó que género, educación, región del país, cargo y remuneración son condiciones para la implementación de prácticas de gestión de la edad y, por ende, la profesionalización de la fuerza laboral de edad avanzada en el servicio público.

Palabras clave: *ageism*, discriminación, envejecimiento, profesionalización, gobernanza

1. INTRODUÇÃO

O paradigma vigente é que não há mais máquinas de escrever para datilógrafos e a oferta de serviços públicos são preponderantemente digitais, exigindo do servidor público o manuseio de sistemas de informação eletrônicos. Nesse aspecto, emerge a necessidade de modernizar a força de trabalho diante das inovações tecnológicas que extinguiram o propósito inicial de seu recrutamento. Logo, torna-se urgente enfrentar as novas relações de trabalho em um ecossistema de disrupção tecnológica. Por sua vez, os fatores críticos de sucesso para a efetiva modernização da força de trabalho do serviço público devem ser mapeados.

Segundo o Ministério da Economia (2019), o Poder Executivo Federal possui mais de 580 mil servidores públicos civis na ativa. Entre esses há mais de 70 mil com mais de 60 anos de idade, representando aproximadamente 13% do total de servidores ativos. Destarte, é necessária uma política de gestão de pessoas idosas para que sua capacidade laboral seja efetivamente aproveitada. Dessa forma, aspectos socioeconômicos devem ser considerados na implementação de uma política de gestão de recursos humanos voltada para pessoas de idade.

Amamos os mais velhos em nossas vidas e todos esperamos envelhecer, ao passo que esse interesse pessoal precisa ser traduzido em políticas públicas. Dessa forma, quais os fatores devem ser prioridade em uma eventual política de gestão de recursos humanos entre os servidores públicos federais com mais de 60 anos em exercício no Poder Executivo Federal?

1.1. Objetivos da pesquisa

A tendência progressiva de envelhecimento populacional brasileiro insere-se com proeminência entre os tópicos discutidos sobre relações de trabalho (CARVALHO, 2009). Nesse aspecto, o termo *ageism* foi cunhado para definir atos discriminatórios sobre adultos mais velhos (BUTLER, 1989), os quais são frequentemente acompanhados por percepções negativas sobre esses indivíduos no ambiente profissional.

Consequentemente, a necessidade de adoção de práticas de gestão de idade é urgente, a fim de combaterem as barreiras etárias e promover a diversidade de idade (NELSON, 2002). Em circunstâncias extremas ocorre assédio, ofensas, comentários, comportamentos e piadas que denigrem a idade (TONELLI; PEREIRA; CEPellos; LINS, 2018). Todavia, essas práticas de gestão de idade não têm sido implementadas pelos gestores de recursos humanos no âmbito da Administração Pública na intensidade e frequência ideais, o que dificulta a criação de um ambiente inclusivo e manutenção do bem desses profissionais nos órgãos públicos.

Por sua vez, práticas orientadas que aprimoram a gestão do servidor público maduro, notadamente nos aspectos relacionados ao processo de recrutamento e seleção, treinamento, desenvolvimento e aposentadoria, são raramente implementadas no âmbito da burocracia estatal brasileira. Inexistem políticas de remuneração ou benefícios diferenciados aos mais velhos e utilização de ergonomia apropriada à força de trabalho envelhecida no espaço de trabalho nas organizações públicas. Porém, esse quadro precisa mudar. Para isso é imprescindível o mapeamento da força de trabalho dos servidores maduros.

Por meio desse mapeamento as tomadas de decisões acerca da política de gestão de recursos humanos sobre servidores idosos serão, fundamentalmente, ancoradas em estudos baseados em dados, o que confere pertinência e assertividade nos rumos a serem seguidos. Em função disso haverá um objetivo claro de atuação dos gestores de recursos humanos. Dessa forma, minimiza-se a detecção posterior de erros de formulação e de desenho, que, com maior racionalidade no processo inicial de implantação da política de gestão de pessoas orientada a servidores maduros, são antecipadamente previstos e eliminados.

Diante do exposto, os objetivos do presente estudo são levantar e analisar informações estatísticas da área de gestão de pessoas do governo federal, além de estudar como esse grupo específico, sobretudo no nicho de servidores ativos com idade superior a 60 anos, percebe-se dentro do serviço público. Para a consecução desses objetivos o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – Siape – será utilizado como fonte primária de consulta. O Siape é um sistema de abrangência nacional que congrega todos os órgãos das administrações direta, fundacional e autárquica do poder executivo federal. Além do SIAPE, houve o emprego de métodos qualitativos para estudo da percepção, concretizado por meio de entrevistas, conforme Anexo I. Por sua vez, o estudo da percepção dos indivíduos é o tema central desta pesquisa.

1.2. Relevância da pesquisa

Na medida em que o contexto socioeconômico Brasileiro aponta para uma efetiva mão-de-obra envelhecida em curto prazo, considerou-se oportuno verificar qual o universo da força de trabalho estatal está sujeito ao *ageism*.

A motivação para a condução deste estudo está em refletir e analisar o cenário dos idosos como integrantes da força de trabalho no serviço público brasileiro. A relevância deste assunto está na mudança do atual cenário demográfico que se reflete no aumento da longevidade e a reforma da previdência, que proporcionará um prolongamento da idade mínima de aposentadoria. Por isso, pensar em trabalhadores velhos se torna importante para a composição da força de trabalho das organizações governamentais (TONELLI; PEREIRA; CEPellos; LINS, 2018).

Naturalmente, pessoas competentes e com habilidades desenvolvidas compõem a força de trabalho é um vetor para a profissionalização do serviço público. Por sua vez, a profissionalização do serviço

público está inevitavelmente vinculada à boa administração governamental (RICUPERO, 2015 & FONTES-FILHO, 2018) e à prestação de serviços públicos de qualidade.

1.3. (De)limitação do Estudo

Conforme a lei nº 10.741 (BRASIL, 2003), a idade legal do idoso no Brasil é igual ou superior a 60 anos. Dessa forma, o presente estudo está delimitado ao corpo do funcionalismo acima de 60 anos do Poder Executivo Federal. Ademais esse trabalho possui o enfoque naqueles servidores que ainda se encontram em exercício funcional, praticando expediente nas organizações públicas.

Outrossim, na medida em que a fonte de dados desse trabalho é o Siape, o escopo está delimitado aos órgãos da esfera de governo federal que utilizam esse sistema estruturante para gerenciamento de recursos humanos. Segundo dados do portal da transparência mantido pela Controladoria-Geral da União, há 338 órgãos utilizando o SIAPE (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2019), incluindo órgãos das esferas de poder municipal e estadual. Porém, a abordagem está restrita aos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações pública da União, regidos pelo regime jurídico único disposto na lei nº 8.112 (BRASIL, 1990).

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Ramos (1983) indica que o início da profissionalização do serviço público brasileiro ocorre em 1938 com a criação do Departamento de Administração do Serviço Público - DASP. Nesse ano a burocracia racional-legal de Max Weber chega ao Brasil. O DASP foi precursor da instituição de tarefas orientadas a normas escritas, sistematização da divisão do trabalho, cargos hierarquizados, atribuição de normas e regras para cargos e seleção de pessoal por mérito, ou seja, institucionalização do concurso público.

Recentemente, desde a última década, a implementação de políticas afirmativas com a finalidade de inclusão de grupos minoritários tornou-se um mecanismo adicional ao arcabouço burocrático weberiano. Entre os grupos minoritários elegíveis elencam-se negros e indígenas (MIRANDA, 2015). Contudo, passados 81 anos da criação do DASP e a sedimentação dos preceitos da racionalidade na Administração Pública com a sedimentação do instituto do concurso público no Brasil, ultimamente associado com ações afirmativas que amparam grupos sociais desfavorecidos, nunca houve um endosso ins-

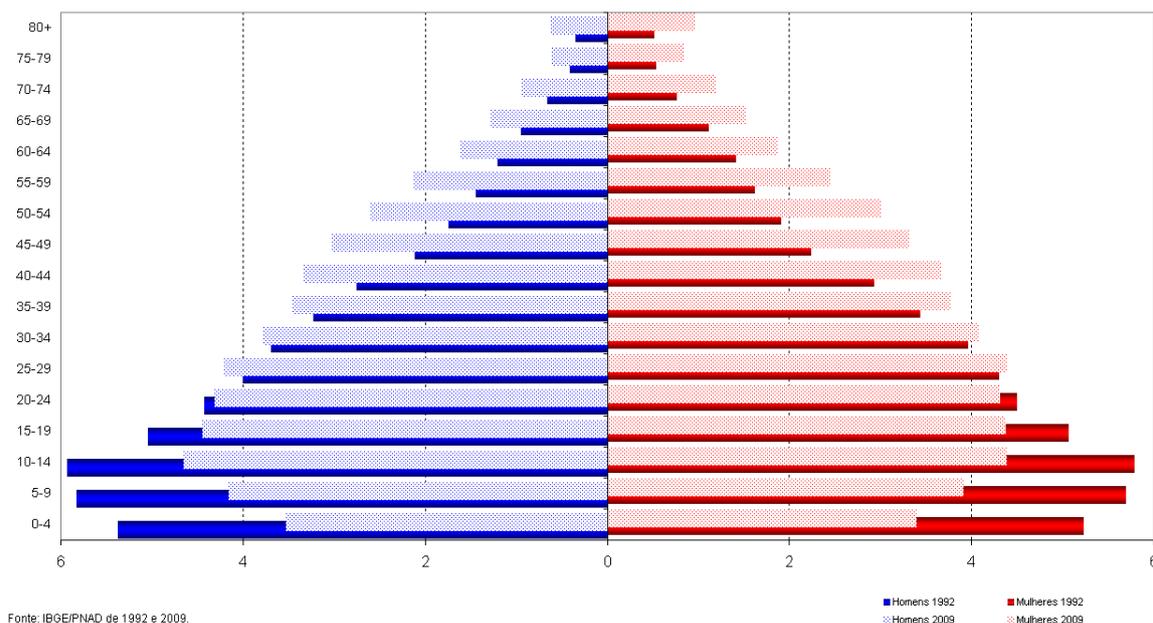
titucional para a formulação de política inclusiva de idosos no aparato burocrático estatal brasileiro.

Por sua vez, ressalta-se a importância que os idosos representam na profissionalização do serviço público brasileiro. A figura 1 (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010) ilustra a projeção populacional brasileira no ano de 2040 em que se percebe um acelerado envelhecimento e uma alteração de paradigma da pirâmide etária brasileira. A partir da análise da figura 1 infere-se que em 2040 a população brasileira será representada predominantemente por cidadãos acima de 40 anos, diferentemente do cenário observado no ano 2000.

Nessa perspectiva, o envelhecimento populacional é tratado como um desafio de extrema im-

portância em países desenvolvidos (OCDE, 2006), haja vista que esses países já enfrentam um cenário que o Brasil enfrentará em 2040. Na medida em que será inevitável a composição da força de trabalho por idosos e que uma das principais barreiras de entrada dos idosos no mercado de trabalho é a discriminação, *ageism* (CEPELLOS; TONELLI; ARANHA, 2013), os países desenvolvidos introduziram uma legislação anti-discriminatória e campanhas de sensibilização. Todavia, essas abordagens devem ser perseguidas com ênfase nos benefícios que a diversidade de idade pode agregar às relações de trabalho, com a finalidade de evitar a estigmatização de trabalhadores mais velhos.

**FIGURA 1 - DISTRIBUIÇÃO ETÁRIA DA POPULAÇÃO BRASILEIRA POR SEXO
COMPARAÇÃO ENTRE ANO 2000 E PROJEÇÃO O ANO 2040**



Fonte: IPEA(2010)

Conseqüentemente, os empregadores desempenham um papel chave nos elementos que determinam a retenção de trabalhadores idosos em seus postos de trabalho. Segundo a OCDE(2006), as principais barreiras impostas pelos empregadores dos países desenvolvidos para admissão de idosos no mercado de trabalho são a percepção negativa sobre a adaptabilidade e produtividade de trabalhadores mais velhos, os custos empregatícios que incrementam gradativamente com o avanço da idade, e a legislação trabalhista demasiadamente protecionista. Assim, países como Estados Unidos (OCDE,2018), Dina-

marca (OCDE,2015) e França (OCDE, 2014), notadamente protagonistas mundiais em políticas públicas, criaram marcos legais para lutar contra a discriminação etária e utilizaram suas burocracias como sementes de inovação com mecanismos inclusivos de idosos, pois enquanto o setor privado é averso a potenciais riscos de queda de produtividade, o setor público deve tomar a liderança para criar normas e padrões sociais inclusivos e sustentáveis. Todavia, essa liderança do setor público advém da inovação, potencialmente mais fácil florescer em países com maior maturidade estatal (FUKUYAMA, 2004). O am-

biente da Administração Pública brasileira é amargo quanto se propõe inovar.

Obviamente, a falta de uma política inclusiva de trabalhadores idosos na administração pública brasileira gerará consequências negativas (LINS; TONELLI; ARANHA, 2013). Isso se deve porque um serviço público profissionalizado exige contingente, ou seja, quantidade de trabalhadores alocados em funções, o que exige recrutamento e seleção. Isso se tornará cada vez mais difícil caso a opção por idosos não for considerada. Ato contínuo, além de quantitativo adequado, um serviço público profissionalizado exige um corpo de funcionários treinado, apropriado das nuances da burocracia e com capacidade inovativa para superar barreiras (OLIVER, 1991) que se impõem no trajeto da consecução de ofertar serviço público eficiente e com qualidade, finalidade primordial do aparato estatal.

Contudo, é imprescindível entendermos de onde partimos, esclarecermos de forma nítida onde chegamos, e indicar o que se pretende alcançar com a profissionalização do serviço público mediante a incorporação de trabalhadores idosos. Torna-se fundamental a geração de conhecimento sobre idosos na administração pública, produzidos a partir de informações inferidas em relação aos dados coletados no Siape, associadas com coleta da percepção por meio das entrevistas. Estabelece-se um ciclo em que dados geram informações, que por sua vez geram conhecimento. O conhecimento amalgama o aprendizado.

Não obstante, esse aprendizado sobre a percepção do servidor público idoso sedimenta-se no tema da identificação organizacional entre funcionários públicos brasileiros, o qual tem sido objeto de estudo nos últimos anos (CAVAZOTTE; ARAUJO; ABREU, 2017). Esses estudos apontam que as pessoas se percebem na sua identidade organizacional com sentimentos diversos que oscilam entre sofrimento e felicidade. O prazer está associado ao bem-estar e a qualidade de vida que a atividade profissional gera. Todavia, o sofrimento é percebido por experiências marcadas pela indiferença, desvalorização e desmotivação.

Ao considerar a pluralidade de constituição do mundo e dos seres humanos, as políticas de gestão

de recursos humanos deverão reconhecer que as verdades não são absolutas e que os valores são conceitos definidos nas histórias de diferentes grupos. Ato contínuo, as noções de sucesso e bom ambiente de trabalho podem variar de acordo com as expectativas de cada indivíduo ou a cultura em que ele está imerso (FREITAS, 2016). Entender as percepções é condição necessária para preparar pessoas de diferentes culturas e gerações trabalharem juntas sem riscos de choques, conflitos ou queda de desempenho.

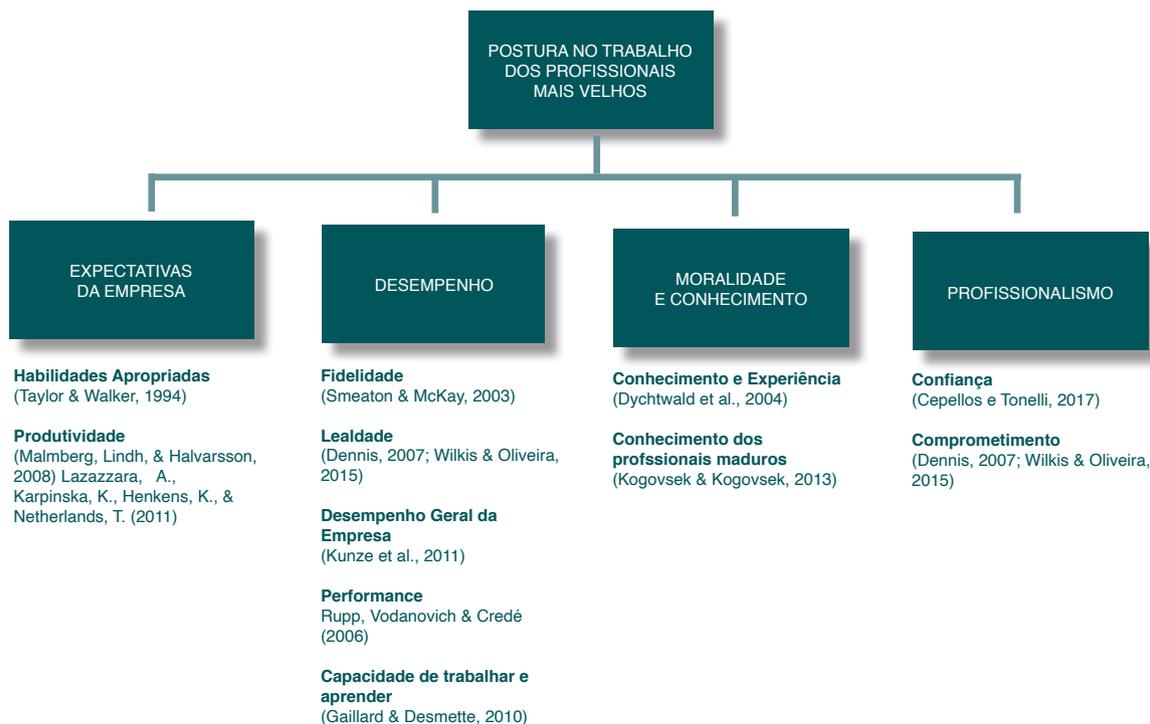
3. PERCURSO E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Segundo Creswell (2007), existem três técnicas de pesquisa: Quantitativa, Qualitativa, ou Métodos Mistos. A técnica de pesquisa mais adequada para estudar a questão proposta, qual seja a percepção de trabalhadores com idade superior à 60 anos no serviço público, é a técnica qualitativa na medida em que possui como ferramenta de pesquisa, as questões abertas e análise de dados de entrevista e de observação. Por outro lado, a técnica quantitativa elenca como instrumentos as perguntas baseadas em respostas pré-determinadas e dados de desempenho com análise estatística, o qual será útil no levantamento da população objeto de estudo.

Por sua vez, foi necessário manter as duas opções de técnicas disponíveis nesta pesquisa, pois à medida que alegações de conhecimento sobre quais os fatores devem ser prioridade em uma eventual política de gestão de recursos humanos entre os servidores públicos federais acima de 60 anos amadureciam, houve necessidade de associação com os aspectos socioeconômicos. A identificação dos fatores política de gestão de RH entre idosos se deveu à técnica Qualitativa instrumentalizada por meio de entrevistas, enquanto a associações de aspectos socioeconômicos foi analisada pela técnica Quantitativa.

Tonelli, Pereira, Cepellos e Lins (2018) propõem uma síntese do referencial teórico de *ageism* em que os principais fatores relacionados à postura dos profissionais idosos são ilustrados na figura 2.

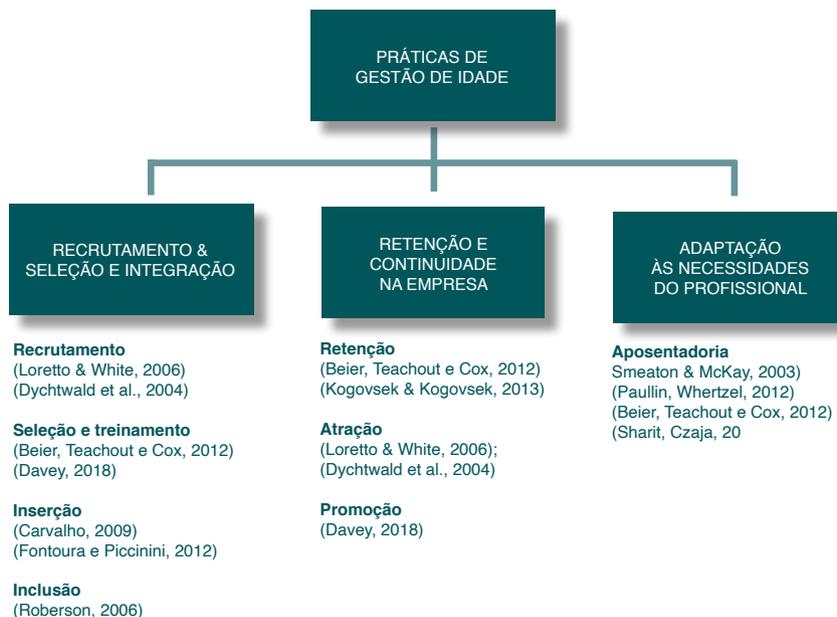
FIGURA 2 - FATORES DE POSTURA DE PROFISSIONAIS IDOSOS



Fonte: Tonelli, Pereira, Cepellos e Lins (2018)

Adicionalmente, Tonelli, Pereira, Cepellos e Lins (2018) também oferecem, de maneira complementar aos fatores de postura de profissionais idosos, os componentes principais relacionados às práticas de gestão de idade pelos departamentos de Recursos Humanos das organizações, conforme a figura 3.

FIGURA 3 - PRÁTICAS DE GESTÃO DE IDADE



Fonte: Tonelli, Pereira, Cepellos e Lins (2018)

Nesse contexto, as entrevistas foram elaboradas com o objetivo de coletar dados sobre as práticas de gestão da idade na Administração Pública, particularmente, obtendo a percepção de indivíduos representantes da força de trabalho idosa da Administração Pública Federal.

Dessa forma, o roteiro da entrevista foi construído em quatro dimensões principais: (i) Retenção e Continuidade no Serviço Público, (ii) Expectativas no Serviço Público, (iii) Adaptação às necessidades do Profissional Idoso, (iv) Profissionalismo e Desempenho no Serviço Público do Profissional Idoso.

3.1. Coleta de Dados

O maior desafio para esta pesquisa é justamente coletar dados assertivos de modo a possibilitar inferências e estudos futuros sobre os idosos no serviço público e o impacto daqueles na profissionalização desse. Extrair informações sobre o *ageism* como definido em Butler (1989), Carvalho (2009), Cepellos, Tonelli e Aranha (2013) e Nelson (2002) poderia ser não conclusivo. Todavia, encorajados por Babbie (2013), descartaremos o afligimento que toca o senso comum das pessoas sobre a real capacidade de mensurar aspectos intangíveis das ciências sociais como preconceito, religiosidade, radicalismo ou, neste caso, discriminação de pessoas idosas, para compreender de modo interpretativo o fenômeno do *ageism* como uma produção e não apenas uma apropriação linear dos dados coletados nas entrevistas.

Nesses termos, procedeu-se com a carga da base de dados do Siape, obtida no portal da transparência do governo federal (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2019), em um ambiente computacional. Ato contínuo, foi necessário estudar de forma detida os dados da base do Siape de forma a extrair aqueles com relevância para a presente pesquisa. Adicionalmente, foi necessário filtrar os dados de forma a atender ao objetivo precípua de análise de servidores ativos com mais de 60 anos. Por conseguinte, apenas os servidores em exercício com mais de 60 anos na data 01/07/2019 foram utilizados no universo de análise.

Outrossim, cabe destacar que houve também uma prospecção no Painel Estatístico de Pessoal do Ministério da Economia (2019). Esse painel é uma ferramenta útil aos gestores públicos de RH uma vez que possibilita demonstrar os dados sobre a despesa de pessoal da União, distribuição por órgão e entidade, número de servidores públicos e distribuição por faixa de remuneração e informações organizacionais. Porém, esse painel não foi utilizado como

fonte primária porque a alternativa de manipulação direta da base de dados do Siape é mais fidedigna.

Por fim, a investigação social a que se destina este trabalho é protagonizada com a técnica entrevista como método de coleta de dados. Por sua vez, o tratamento analítico desses dados consistirá na análise de conteúdo de 10 indivíduos entrevistados em exercício na Controladoria-Geral da União e ainda se encontram em plena capacidade laboral.

3.2. Tratamento de Dados

Em primeiro momento, procedeu-se com uma análise exploratória da base de dados do Siape por meio da ferramenta *SqlServer*. Técnicas de mineração, associação, agrupamento e segmentação de dados foram empregadas para obter as informações dos trabalhadores acima de 60 anos que se encontram na ativa na esfera do Poder Executivo Federal. Consequentemente, algumas consultas em linguagem SQL de banco de dados foram elaboradas e testadas, sendo uma delas escolhida como parâmetro de base. Por sua vez, essa consulta retornou 72.438 registros, ou seja, exatamente a quantidade de servidores idosos em pleno exercício nos órgãos do poder Executivo da Administração Pública Federal.

Ato contínuo, os dados obtidos por meio da consulta foram tratados qualitativamente. A premissa básica foi codificá-los e apresentá-los de forma estruturada de maneira a permitir uma análise. Logo, o esforço empregado no tratamento de dados foi direcionado para desencadear inferências.

Epistemologicamente, a pesquisa qualitativa defende o caráter construtivo interpretativo do conhecimento, o que significa compreender o conhecimento como uma produção e não apenas como uma simples apropriação linear de uma realidade que se apresenta (FONTOURA, 2011).

Por seu turno, as entrevistas visaram amparar o processo investigativo para delinear as nuances associadas ao *ageism* sob a ótica de indivíduos que potencialmente podem sofrer seus efeitos. Dessa forma, as percepções colhidas são úteis para fomentar uma reflexão de relações sociais.

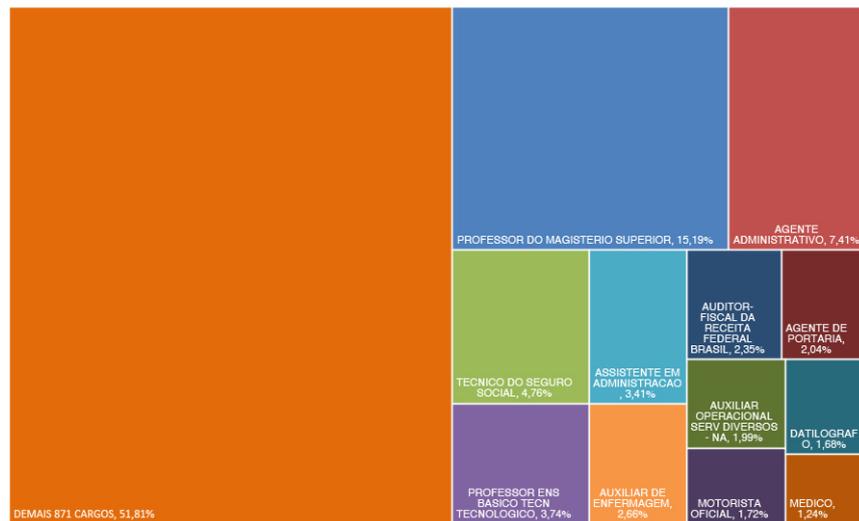
4. RESULTADO DA PESQUISA

Após a obtenção das informações no banco de dados do Siape utilizando a ferramenta *SqlServer*, prosseguiu-se com o software Excel para a realização das análises qualitativas. Para atingir os objetivos propostos, foi realizada a organização, sumarização e categorização dos dados coletados.

Em primeiro momento, observou-se que os 72.438 servidores públicos acima de 60 anos, em exercício, encontram-se distribuídos em 883 cargos diferentes. Destaca-se que apenas 12 cargos representam quase metade do quantitativo total. A figura 4

ilustra esse cenário. Infere-se que o cargo com maior representatividade de idosos no Poder Executivo Federal é o de Professor do Magistério Superior, com mais de 15% do total.

FIGURA 4 - DISTRIBUIÇÃO DE CARGOS ENTRE A FORÇA DE TRABALHO IDOSA NO PODER EXECUTIVO FEDERAL



Fonte: Siape. Elaborado pelo próprio autor

Em seguida, as variáveis remuneração, gênero e escolaridade foram observadas. A partir da análise desses 3 aspectos, a Tabela 1 foi elaborada. Infere-se que os homens são maioria entre os idosos no serviço público, representando quase 60% do total, como também são mais bem remunerados. Em média um servidor idoso homem ganha 10% a mais que uma servidora idosa, mulher. Complementarmente, infere-se que a escolaridade é um fator preponderante na remuneração da força de trabalho com idade superior aos 60 anos. Quanto maior o nível de escolaridade, maior o salário. Enquanto um servidor idoso com doutorado recebe quase R\$ 20 mil, aquele que não concluiu a 4º série do ensino fundamental recebe cerca de R\$ 3,5 mil, ou seja, quase 80% menos.

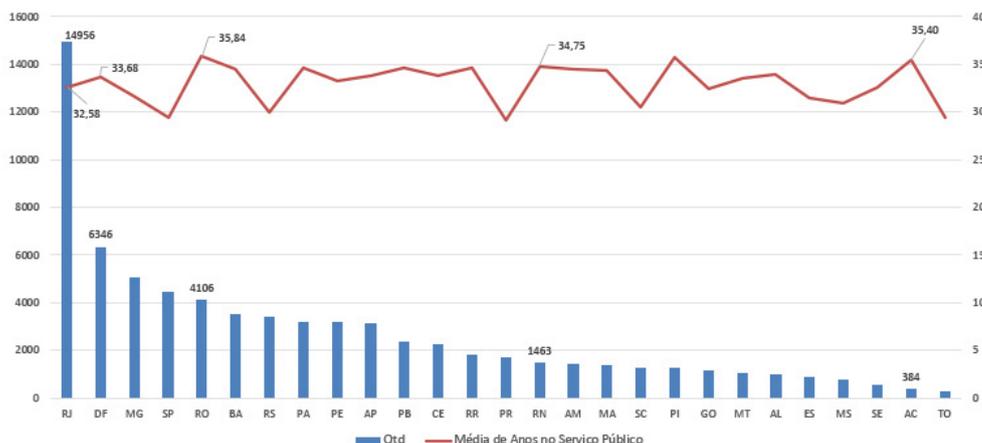
TABELA 1 – REMUNERAÇÃO, GÊNERO, E ESCOLARIDADE DA FORÇA DE TRABALHO IDOSA NO PODER EXECUTIVO FEDERAL

NÍVEL DE ESCOLARIDADE	FEMININO		MASCULINO		TOTAL	
	MÉDIA DE SALÁRIO	QTD	MÉDIA DE SALÁRIO	QTD	MÉDIA DE SALÁRIO	QTD
PRIMEIRO GRAU INCOMP. ATE A 4A.SERIE INCOMP.	R\$ 3.455,42	39	R\$ 3.663,15	31	R\$ 3.547,41	71
4A. SERIE DO PRIMEIRO GRAU COMPLETA	R\$ 3.538,80	139	R\$ 3.828,87	139	R\$ 3.683,84	278
ALFABETIZADO SEM CURSOS REGULARES	R\$ 5.216,01	223	R\$ 5.929,85	688	R\$ 5.755,12	911
ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	R\$ 5.516,64	924	R\$ 6.546,36	2.761	R\$ 6.288,16	3.685
ENSINO FUNDAMENTAL	R\$ 5.790,47	1.888	R\$ 6.895,42	3.444	R\$ 6.504,17	5.332
SEGUNDO GRAU INCOMPLETO	R\$ 5.906,55	12	R\$ 7.809,57	18	R\$ 7.048,36	30
ENSINO MEDIO	R\$ 7.612,59	8.644	R\$ 8.682,70	11.730	R\$ 8.228,69	20.374
SUPERIOR INCOMPLETO	R\$ 7.226,28	26	R\$ 9.564,03	34	R\$ 8.551,01	60
MESTRADO	R\$ 15.178,17	529	R\$ 14.953,23	706	R\$ 15.049,58	1.235
ENSINO SUPERIOR	R\$ 14.596,77	16.366	R\$ 16.963,49	22.009	R\$ 15.954,14	38.375
DOCTORADO	R\$ 19.746,06	821	R\$ 19.153,31	1.266	R\$ 19.386,49	2.087
TOTAL GERAL	R\$ 11.719,06	29.611	R\$ 13.006,49	42.826	R\$ 12.480,21	72.438

Fonte: Siape. Elaborado pelo próprio autor

Posteriormente, observou-se a localidade de lotação dos servidores idosos e há quanto tempo trabalham para o governo. Essas variáveis foram o insumo para a elaboração da figura 4. Por meio da análise dessa figura, infere-se que o estado do Rio de Janeiro concentra mais de 20% da força de trabalho idosa do Poder Executivo Federal e que o estado de Roraima, apesar de possuir população inferior em relação à maioria das Unidades da Federação, bem como reduzido número de repartições públicas federais comparativamente aos demais entes estaduais, apresenta-se como o quinto estado com a maior força de trabalho idosa no Brasil. Adicionalmente, infere-se que o tempo médio de exercício de servidores acima de 60 anos excursiona entre 30 e 35 anos. Porém, há discrepâncias.

FIGURA 5 – UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE LOTAÇÃO E TEMPO MÉDIO DE EXERCÍCIO DA FORÇA DE TRABALHO IDOSA NO PODER EXECUTIVO FEDERAL



Fonte: Siape. Elaborado pelo próprio autor

A Tabela 2 exibe o tempo máximo que um servidor atingiu em exercício por Unidade da Federação, considerando a força de trabalho idosa. Observa-se que no estado da Bahia um servidor atingiu 58 anos de exercício, enquanto nos estados de São Paulo e Pará há exemplos de servidores que atingiram 57 anos de exercício.

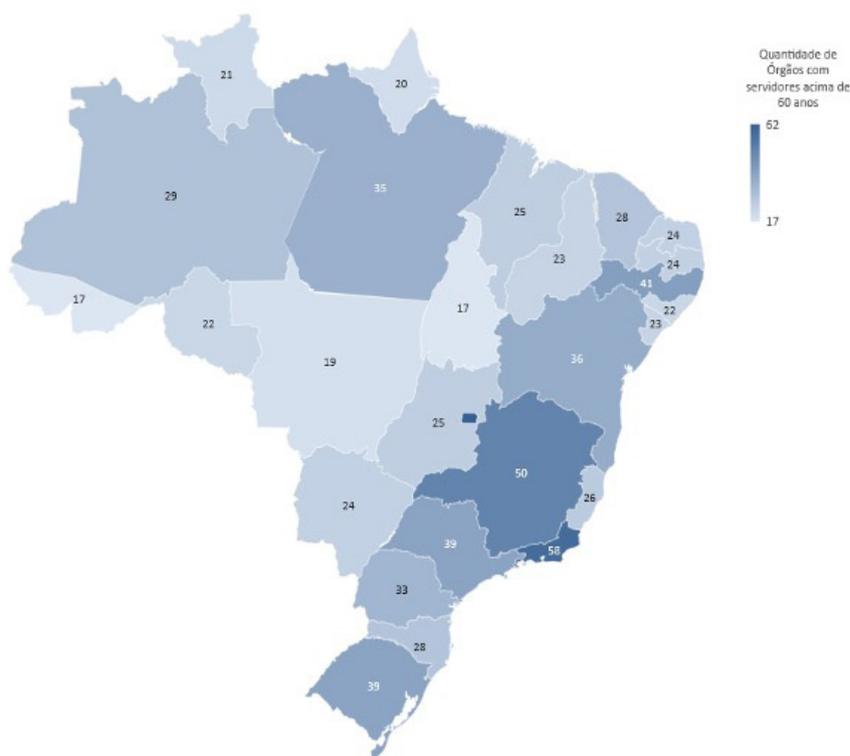
TABELA 2 - TEMPO MÁXIMO DE EXERCÍCIO POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO

UF	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO
Tempo em Anos	51	52	50	53	58	58	56	54	52
UF	MA	MG	MS	MT	PA	PB	PE	PI	PR
Tempo em Anos	53	55	48	48	57	52	59	52	54
UF	RJ	RN	RO	RR	RS	SC	SE	SP	TO
Tempo em Anos	58	54	51	52	52	52	51	57	48

Fonte: Siape. Elaborado pelo próprio autor

Adicionalmente, a distribuição dos órgãos que possuem servidores idosos em exercício foi analisada. A Figura 5 retrata esse cenário por cada Unidade da Federação brasileira. Notadamente, Distrito Federal, Rio de Janeiro e Minas Gerais possuem as maiores concentrações de órgãos com servidores acima de 60 anos. Na região nordeste desponta o estado da Paraíba com 41 órgãos, quantidade maior que o estado de São Paulo. O Pará se destaca na região norte, enquanto há um equilíbrio entre os estados da região sul. Os estados da região centro-oeste possuem quantitativos tímidos, exceto em relação ao Distrito Federal, que lidera a ordenação entre todas as 27 UFs, com um total de 62 órgãos que possuem servidores idosos lotados.

FIGURA 6 – QUANTIDADE DE ÓRGÃOS COM LOTAÇÃO DE SERVIDORES ACIMA DE 60 ANOS EM CADA UF



Fonte: Siape. Elaborado pelo próprio autor

Seguidamente, o método da comparação, o qual possui como princípio o fator aprendido incremental quando se observa o objeto de estudo por diferentes pontos de vista, ao invés de uma única perspectiva. A comparação ocorreu com os entrevistados, em que servidores idosos respondentes de áreas diferentes e com distintas perspectivas possibilitam o enriquecimento dos resultados finais da pesquisa (NEUMAM, 2011).

Dessa forma, as entrevistas foram realizadas com o objetivo de revelar mensagens ocultas nos discursos dos entrevistados. Evidentemente, por trás de um discurso aparente um conteúdo pode ser analisado, desde que categorizado. Categorias são classes que agregam elementos em razão dos seus caracteres comuns. Logo, algumas categorias que congregam

grupos de elementos com características comuns foram estipuladas com o propósito de auxiliar a revelação dessas mensagens ocultas nos discursos aparentes dos entrevistados, conforme a tabela 3.

Os 10 indivíduos entrevistados foram selecionados com base em critérios que possibilitassem confrontar os achados obtidos decorrente da depuração da base de dados do SIAPE, ou seja, a influência do gênero, escolaridade, região do país, cargo e remuneração na prática do *ageism*. Consequentemente, os entrevistados contemplaram as Unidades da Federação DF, RJ, MG e RR, abrangendo escolaridades de nível médio, superior e mestrado, incluindo remunerações entre R\$ 5 e 30 mil, sendo 6 do sexo masculino e 4 do feminino.

TABELA 3 – CLASSES DE CATEGORIAS DE ANÁLISES DAS ENTREVISTAS

CATEGORIAS
Discriminação
Incentivos
Oportunidades
Integração
Limitações
Desempenho
Motivação

Elaborado pelo próprio Autor

Por conseguinte, promoveu-se a Análise de Conteúdo com a finalidade de associar as categorias da Tabela 4 com os resultados obtidos a partir dos dados secundários, da base de dados do SIAPE. Para isto, os depoimentos dos entrevistados foram transcritos para extrair relatos que eventualmente se relacionavam às categorias sob investigação, permitindo classificá-los dentro dessas categorias, especificamente no que tange aos argumentos dos entrevistados, tornando, então, possível uma interpretação qualitativa de forma a associar sua influência na discriminação etária, ou se ela é realmente percebida pelos entrevistados.

Pode-se constatar que os servidores públicos federais idosos não se percebem discriminados em função da sua idade. Relataram que suas atividades são vistas como de maior importância dentro da instituição em que atuam, bem como não se sentem, de forma geral, menos valorizados que servidores mais jovens. Verificou-se que não há tratamento diferen-

ciado de servidores em função da idade. Embora os entrevistados admitirem haver diferenciação no tratamento interpessoal em relação ao gênero, à escolaridade, à região do país, ao cargo ou à remuneração, todos foram unânimes em afirmar que essa diferenciação não ocorre pela idade, mas sim pela natureza inerente das variáveis em questão. Ora, um professor universitário é nitidamente tratado de forma diferente do que um datilógrafo na burocracia de uma Universidade Federal. Nesse sentido, é importante destacar trecho do discurso dos entrevistados 2 e 3, respectivamente:

“Tô gostando, tô me sentindo bem. É bem, é Bem.... (pausa longa) Como diz, ainda me sinto muito útil. É tanto que eu não penso em aposentar. Sou bem acolhida, todo mundo uma irmandade, muito bacana.”

“Os velhos tem mais experiência de campo, pelo menos os antigos... Eles conhecem mais

as nuances do serviço público e se adaptam melhor às mudanças”

Outrossim, verificou-se que os servidores entrevistados não estão realizando esforços para saírem de suas organizações, mas que sairiam caso o incentivo do abono permanência deixasse de existir. Configura-se nesse aspecto um paradoxo, haja vista que o abono permanência é uma opção que depende exclusivamente da vontade unilateral do servidor elegível para se aposentar. Ou seja, em sua aceção o abono permanência não é um incentivo pois sua concessão não depende da Administração. Por vezes, o abono permanência é criticado por gestores porque não privilegia profissionais com base em resultados entregues, apenas aqueles com tempo de serviço suficiente para se aposentar, fazendo com que muitas vezes servidores permaneçam na ativa sem haver qualquer mecanismo que disciplina a falta de entregas e resultados.

5. DISCUSSÃO

As práticas de gestão de idade são fundamentais para o enfrentamento do *ageism*, conforme paráfrase dos autores Cepellos, Tonelli e Aranha (2013), “*as práticas de gestão da idade são condutas que visam minimizar os efeitos do envelhecimento do profissional nas organizações e minimizar as barreiras etárias*”. Dessa forma, as tentativas para promover práticas direcionadas à manutenção e retenção dos profissionais mais velhos devem ser assertivas e bem orientadas. Nessa perspectiva, os resultados obtidos, e apresentados na seção anterior, são úteis.

Diante do contexto exibido, há alguns fatores cruciais para que a implementação de uma prática de gestão de idade seja bem sucedida quanto ao recrutamento, formação, desenvolvimento e promoção de profissionais mais velhos. Entre esses fatores elencam-se gênero, escolaridade, região do país, cargo e remuneração.

Em relação ao gênero, os dados da Tabela 1 apontam que a política de recursos humanos sobre a gestão de idade deve atentar que a maioria dos idosos no serviço público são homens. Entretanto, a dissimetria instaurada entre homem e mulher nas relações de produção do capital (IRIGARAY; VERGARA, 2009) não deve ratificar o princípio da inferioridade da mulher em detrimento do homem, ou seja, a nítida diferença de remuneração entre os dois gêneros.

Dessa forma, o fator remuneração deve ser insumo para a redução das desigualdades salariais observadas na Tabela 1. Por sua vez, a remuneração está intrinsecamente associada à escolaridade do ser-

vidor idoso. À medida em que a escolaridade é mais avançada, o salário é maior. Há uma exceção nessa tendência ao analisar os níveis de escolaridade superior e mestrado. Embora o mestrado confira um maior grau acadêmico que o nível superior, isso não refletiu nas remunerações médias dos servidores idosos. Pelo contrário, os detentores de nível superior ganham mais. Essa informação deve ser usada para que a prática de gestão de idade reverta esse desincentivo à capacitação de servidores idosos de nível superior. Associado a esse fator, o cargo ocupado pelo servidor idoso é uma variável importante, porque ela pode ser determinante na sofisticação da linguagem a ser utilizada. A abordagem para um professor de ensino superior não pode ser a mesma para um auxiliar de serviços diversos.

Ainda, é peremptório que a política de gestão de recursos humanos em idosos seja priorizada no Distrito Federal, Rio de Janeiro e Minas Gerais, haja vista os dados exibidos na Figura 4. Assim, essa política será mais assertiva, haja vista a representatividade que essas Unidades da Federação possuem em relação às demais.

Em atenção às coletas de dados das entrevistas, contata-se que não há percepção de discriminação por parte dos entrevistados idosos em relação à interação de relações sociais com servidores mais jovens no ambiente de trabalho. O preconceito do etarismo como atitude discriminatória não foi percebida pelos entrevistados para explicar ações negativas contra os trabalhadores mais velhos. Nessas circunstâncias não houve alegação de assédio em função da idade, ou qualquer outro comportamento reprovável que poderia estar interseccionado com outras características de discriminação.

Os incentivos são percebidos conforme o nível de renda. Para aqueles de renda mais baixa, o abono é preponderante. Para servidores com renda mais alta o incentivo é manter-se laboralmente ativo. Por outro lado, não obstante, há existência de receio de ostracismo pelo entrevistado de renda mais baixa.

Em relação a oportunidades, nenhum dos entrevistados percebe-se desprestigiado comparativamente aos mais jovens, em que pese as alegações contundentes dos entrevistados 1, 3 e 7 sobre a existência de práticas que privilegiam os servidores mais jovens no tange a capacitação e exercício de chefia. De certa forma, há conformação de que essa prática não é condenável, na medida em que entendem que o retorno sobre o investimento em servidores mais velhos não é tão vantajoso quando comparado com servidores mais jovens.

A integração entre diferentes gerações no ambiente de trabalho do serviço público é visto como desarmoniosa e há existência de conflitos. Percebe-se sob a ótica dos entrevistados que servidores mais jovens praticam preconceitos e descartam opiniões dos mais velhos sumariamente, endossando um menosprezo. Adicionalmente, há ainda um relato dos entrevistados 2, 9 e 10 sob uma articulação de servidores mais jovens para retirar servidores mais velhos de cargos de chefia.

Quanto às limitações, todos os entrevistados se percebem limitados em funções que exigem vigor físico ou conhecimento de tecnologia em relação aos servidores mais jovens, como por exemplo, baixa capacidade auditiva, manipulação de sistemas informatizados. Contudo, há uma nítida percepção dos entrevistados que os mais jovens são limitados nas situações de tensão do ambiente de trabalho, ocasiões em que se exige equilíbrio emocional. É importante frisar a limitação que é conferida aos mais jovens quanto à impetuosidade de seu comportamento e à dificuldade de relacionamento, haja vista a recorrente “problematização” que esses imputam nas mínimas arestas que surgem nas relações sociais.

Não há percepção de diferença de desempenho em relação aos mais jovens, desde que ocorram condições iguais em relação às limitações que se colocam na vida de servidores mais velhos. Por último, a categoria motivação mostrou que não há práticas de gestão eficiente para reter e manter servidores mais idosos.

6. CONCLUSÃO

A análise dos dados indicou que o gênero, a escolaridade, a região do país, o cargo e a remuneração são condicionantes muito importantes para a implementação de práticas de gestão de idade e políticas de RH para trabalhadores acima de 60 anos no âmbito dos órgãos do Poder Executivo Federal. Consequentemente, essas práticas viabilizarão a profissionalização da força de trabalho de idosos no serviço público federal. Esses aspectos configuram-se em fatores críticos de sucesso para a efetivação da capacidade laboral desses servidores.

As coletas de dados das entrevistas permitem inferir que os servidores idosos não se sentem discriminados por sua idade, não obstante a discriminação ser flagrantemente demonstrada nos incentivos, oportunidades, integração entre diferentes gerações no ambiente de trabalho e desrespeito a limitações dos mais velhos. Ora, os mais jovens também possuem limitações e nem sempre são expostas de

maneira tão evidente quanto as limitações dos mais velhos.

A discriminação em relação aos profissionais mais velhos deve ser combatida, uma vez que são taxados como mais resistentes às novas tecnologias, menos produtivos e mais custosos. Em médio prazo, a solução para a escassez de mão de obra no serviço público brasileiro será os trabalhadores dessa faixa etária.

Nesse sentido, o presente trabalho suscita a existência de condicionantes que influenciam a implementação de uma política de gestão de recursos humanos voltada para pessoas de idade. Por fim, essa política deve perseguir a eliminação das principais barreiras em se ter profissionais mais velhos compondo as equipes de trabalho (CEPELLOS; TONELLI; ARANHA, 2013), como acomodação em função da proximidade da aposentadoria, limitações físicas e mentais dos profissionais mais velhos, dificuldade destes profissionais em se manter atualizados, exigência de maiores salários e dificuldade em reconhecer a liderança de profissionais mais jovens.

No entanto, o presente estudo apresenta algumas limitações, por ter entrevistado apenas 10 pessoas de apenas um único órgão do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União. Outra limitação a ser ponderada consiste no caráter transversal desta pesquisa. Um estudo longitudinal poderia verificar se as percepções colhidas se modificam ao longo dos anos e permitiria a verificação da sua intensidade histórica.

Para um maior aprofundamento sobre o tema estudado, sugere-se que futuras pesquisas sejam realizadas com um número maior de entrevistados em vários órgãos. Adicionalmente, questões pertinentes à capacitação merecem ser abordadas. Futuras pesquisas poderiam analisar e discutir os fatores de escolaridade associado ao cargo e gênero com mais profundidade.

Por fim, as flutuações no quadro econômico, a rápida evolução do ambiente digital e as mudanças nos hábitos de pessoas, empresas e mesmo países exigem um esforço intenso de organizações em todos os setores, principalmente na esfera pública. Neste novo cenário, os desafios que os idosos enfrentam para se modernizarem e manter sua capacidade laboral efetiva perpassam no amparo de práticas de gestão de idade inovadoras.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BABBIE, E. *The Practice of Social Research*. Belmont, Califórnia, Estados Unidos: Wadsworth, 2013.
- BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. O modelo estrutural de gerência pública. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 2, p. 391–410, 2008.
- BUTLER, R. Dispelling ageism: the cross-cutting intervention. In *Annals of the American Academy of Political and Social Science, Michigan, United States*, 1989.
- CARVALHO, A. S. Gestão de pessoas e envelhecimento: sentido do trabalho para o idoso. In *Anais do 33º ENCONTRO DA ANPAD*, São Paulo, SP, 2009
- CAVAZOTTE, F.; ARAUJO, F.; ABREU, A. Identificação organizacional entre funcionários públicos brasileiros: um estudo no setor cultural. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*. São Paulo, v. 19, n. 64, 2017.
- CEPELOS, V. M.; TONELLI, M. J.; ARANHA, F. Envelhecimento nas Organizações: Percepções e Práticas de RH no Brasil. In *Anais do 4º Encontro de Gestão de Pessoas e Relação de Trabalho, ANPAD, Brasília, DF*, 2013.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, Portal da Transparência. 2019. Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/origem-dos-dados>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- CRESWELL, J.W. *Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e Misto*. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- FREITAS, M. E. *Diversidade: uma realidade incômoda*. GV Executivo, v. 15, p. 12-15, 2013.
- FONTES-FILHO, J. A governança corporativa em empresas estatais brasileiras frente à Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista Do Serviço Público*, 69, 209 – 238, 2018.
- FONTOURA, Y., S. dos R. *Governança Global e Transferência de Política: do Protocolo de Cartagena à Política Nacional de Biossegurança*. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil.
- FUKUYAMA, F. *A Construção de Estados. Governo e Organização no Século XXI*. Rio de Janeiro, RJ: Rocco, 2004.
- HEBER, F. O Diálogo entre Burocracia e Inovação. ANPAD, 1–10, 2014
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicados do IPEA: Tendências Demográficas, n.º 64*. 2010. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5496. Acesso em: 08 jan. 2020.
- IRIGARAY H.; VERGARA, S. Abrindo o Pacote de Gênero. In *Anais do 33º Encontro da ANAPD, EnANPAD*, São Paulo, SP, 2009.
- LINS, J.; TONELLI, M. J.; ARANHA, F. J. E. A. Envelhecimento da força de trabalho no Brasil: como as empresas estão se preparando para conviver com equipes, que, em 2040, serão compostas principalmente por profissionais com mais de 45 anos? São Paulo: PricewaterhouseCoopers (PwC) e Fundação Getulio Vargas (FGV), 2013.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Painel Estatístico de Pessoal. 2019. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/servidores/painel-estatistico-de-pessoal>. Acesso em: 09 jan. 2020.
- MIRANDA, T. M de O. *Políticas de ação afirmativa em concursos públicos federais: um estudo sobre a lei nº 12.990/2014*. 2015. Dissertação (Mestrado em Administração) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil.

- NELSON, T. D. *Ageism: Stereotyping and prejudice against older adults*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2002.
- NEUMAM, W. L. *Social Research Methods: qualitative and quantitative approaches*. Boston: Pearson, 2011.
- OLIVER, C. Strategic Responses to Institutional Processes. *Academy of Management*, Vol. 16. No, 1, pp. 145-179, 1991.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Live Longer, Work Longer*. Paris, 2006.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Ageing and Employment Policies. France. Working Better With Age*. Paris, 2014.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Ageing and Employment Policies. Denmark. Working Better With Age*. Paris, 2015.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Ageing and Employment Policies. United States. Working Better With Age and Fighting Unequal Ageing*. Paris, 2018.
- RAMOS, A. G. *Administração e contexto brasileiro: esboço de uma teoria geral da administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1983.
- RICUPERO, R. Profissionalização do servidor público: Requisito para o Desenvolvimento. *Revista Do Serviço Público*, 45(2), 149 – 153, 2015.
- TONELLI, M. J.; PEREIRA J.J; CEPellos, V. M.; LINS, J. Envelhecimento nas Organizações: Postura dos Profissionais Maduros e Práticas de Gestão da Idade. *In Anais do 42º Encontro da ANPAD, Curitiba, PR*, 2018.
- VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 2003.



Sérgio Tadeu Neiva Carvalho

<https://orcid.org/0000-0001-5269-0136>

Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) e Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil
sergio.neiva@cgu.gov.br

Mestre em Administração Pública pela EBAPE/FGV e Auditor Federal de Finanças e Controle na CGU. Engenheiro de Redes de Comunicação pela Universidade de Brasília e pós-graduado em governança de TI pelo INEFÉ. Ocupou diferentes posições na Secretaria Federal de Controle Interno como Coordenador-Geral de Auditoria. Atualmente lidera a equipe de auditoria em Logística, Transferências Voluntárias e Tomadas de Contas Especiais.

Controle Governamental, Prevenção e Combate da Corrupção

O Farol da Integridade Pública: Um Estudo de Caso sobre o Programa de Integridade da CGU¹

THE PUBLIC INTEGRITY LIGHTHOUSE: a case study on the CGU integrity program

EL FARO DE INTEGRIDAD PÚBLICA: un estudio de caso sobre el programa de integridad de CGU

Dalila Martins Viol²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.349>

Resumo: O artigo analisa a institucionalização do programa de integridade, o qual é uma estratégia de combate à corrupção, da Controladoria-Geral da União (CGU). Trata-se de artigo decorrente de pesquisa qualitativa, por meio de estudo de caso, cujo referencial teórico é o novo institucionalismo, especialmente Tolbert e Zucker (1999). Como técnicas de coleta de dados utilizou-se levantamento bibliográfico e documental, bem como entrevistas semiestruturadas com servidores da CGU. Identificou-se que a adoção do programa de integridade pela CGU foi influenciada por fatores externos como o acirramento das discussões em torno da corrupção, as legislações promulgadas nesse âmbito, inclusive acordos multilaterais além da pressão social e dos efeitos da Operação Lava Jato, inclusive sobre a imagem e reputação da organização estudada. Ademais, constatou-se que a CGU se encontra na etapa intermediária do processo de institucionalização do seu programa de integridade e refletiu-se sobre os desafios que o órgão possui para alcançar resultados contra a corrupção por meio desse programa, assim como para atingir a posição almejada de indutor da integridade pública no País.

Palavras-chave: corrupção; integridade pública, programas de integridade, institucionalismo organizacional; CGU.

Abstract: The article analyzes the institutionalization of the integrity program, which is a strategy to fight corruption, of the Federal Comptroller General (Controladoria Geral da União - CGU). It is based on qualitative research, through a case study, whose theoretical framework is or new institutionalism, especially Tolbert and Zucker (1999). Data collection techniques, bibliographic and documentary surveys were used, as well as semi-structured interviews with CGU members. It is recognized that the adoption of the integrity program by CGU was influenced by external factors, such as accused of discussions around corruption, legislation enacted in this case, including multilateral agreements, also the social pressure and the effects of Operation Lava Jato, including on the image and reputation of the studied organization. It has been observed that CGU is in the middle of the process of institutionalizing its integrity program. Finally, it reflected on the challenges that the agency has to achieve results against corruption through this program, in addition to achieving the desired position of inducing integrity public in the country, at the federal level.

Keywords: corruption; public integrity; integrity programs; organizational institutionalism; CGU.

Resumén: El artículo analiza la institucionalización del programa de integridad, que es una estrategia de combate a la corrupción, de la Contraloría General de la Federación (Controladoria Geral da União - CGU). Este es un artículo resultado de una investigación cualitativa, a través de un estudio de caso, cuyo marco teórico es el nuevo institucionalismo, especialmente Tolbert y Zucker (1999). Como técnicas de recolección de datos se utilizaron encuestas bibliográficas y documentales, así como entrevistas semiestruturadas con servidores de

1 Artigo recebido em 08/09/2020 e aprovado em 02/04/2021.

2 Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo (FGV-SP).

la CGU. Se identificó que la adopción del programa de integridad por parte de la CGU estuvo influenciada por factores externos como la intensificación de las discusiones en torno a la corrupción, las leyes promulgadas en esta área, incluyendo los acuerdos multilaterales, además de la presión social y los efectos de la Operación Lava Jato, incluyendo la imagen y reputación de la organización estudiada. Además, se constató que CGU se encuentra en medio del proceso de institucionalización de su programa de integridad y reflexionó sobre los desafíos que tiene la agencia para lograr resultados contra la corrupción a través de este programa, así como para lograr el cargo. objetivo de inducir la integridad pública en el país.

Palabras clave: corrupción; integridad pública, programas de integridad, institucionalidad organizacional; CGU.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção nem sempre foi considerada um problema. Méon e Sekkat (2005, p. 70) relembram que, antes de a corrupção ser considerada “areia nas engrenagens”, ela era interpretada como um incentivo, uma vez que “lubrificava as engrenagens” institucionais, agilizando processos burocráticos. Rose-Ackerman (2014) revela que a agenda anticorrupção ganhou força no início dos anos 90, após a Guerra Fria, quando o bloco capitalista, então hegemônico, passou a compartilhar consenso sobre a necessidade de se combater o problema a nível global, o que fomentou diversos tratados internacionais contra a corrupção.

Dentre tais tratados destacam-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA); a Convenção sobre o Combate da Corrupção a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, aprovada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1997; e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada em 2003 no âmbito da organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, essas foram promulgadas nos anos de 2002 (BRASIL, 2002), 2000 (BRASIL, 2000) e 2006 (BRASIL, 2006), respectivamente. Esses tratados impulsionaram a promulgação de leis contra a corrupção no Brasil, como a Lei nº. 12.846/2013 (BRASIL, 2013a), mas conhecida como Lei Anticorrupção (FORTINI, 2018).

Em consequência do exposto, na contemporaneidade, a corrupção é comumente interpretada como fenômeno mundial, cuja magnitude limita o investimento e o crescimento econômico e social, levando os governos a resultados ineficientes (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016). Os custos econômicos e sociais da corrupção podem ser enormes, pois ela prejudica a concorrência econômica efetiva, inibe o investimento, corrói o Estado de Direito, mina a eficiência da administração estatal e promove a instabilidade política (DEAKIN *et al.*, 2017). O controle da corrupção, no entanto, reforça estes autores, não

pode ser feito apenas por meio da lei ou da remoção da lei, sendo relevante que as soluções jurídicas sejam legítimas aos olhos dos seus destinatários. A OCDE (2018) vai além ao afirmar que a abordagem tradicional de enfrentamento à corrupção, baseada na criação de mais regras e na aplicação mais rígida da lei, tem eficácia limitada.

Nesse contexto, tem se destacado como estratégia pertinente para o combate à corrupção a integridade pública, que, para a OCDE (2018), refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público. A Transparência Internacional (2019) afirma que integridade se refere a comportamentos e ações consistentes com um conjunto de princípios e padrões éticos ou morais adotados por indivíduos e instituições, criando barreira contra a corrupção. Integridade, revelam Heywood e Rose (2015), é parte de um processo contínuo, não é apenas algo que existe em ações temporalmente específicas contra a corrupção, o que requer cuidados na sua gestão para a correta tomada de decisões estruturais que impactem significativamente na resolução do problema.

Em recente publicação a OCDE (2020) destacou que nenhum país é imune a violações da integridade. Ademais, reafirmou a importância da integridade pública como estratégia sustentável para enfrentar a corrupção, asseverando que “a integridade é um dos pilares das estruturas políticas, econômicas e sociais e é a pedra angular da boa governança” (OCDE, 2020, p.).

Oliveira Júnior *et al.* (2016) concluem que há duas perspectivas teóricas dominantes sobre a corrupção, a primeira, que foi predominante até os anos 1990, baseia-se na noção de modernização e centra-se no conceito weberiano do patrimonialismo. A segunda, hoje hegemônica, relaciona-se a teoria da escolha pública, advinda da nova economia institucional e tem o *rent-seeking* como o principal conceito. Porém, uma terceira vertente teórica vem ganhando força no debate público recente e adensando a propositura

de mecanismos e políticas baseados no conceito de integridade, a qual denomina-se republicana. Em síntese, as duas primeiras perspectivas focam na repressão e a última na prevenção.

Fazem parte dessa terceira vertente teórica autores contemporâneos como Putnam *et al.* (1993) e Pettit (1997), os quais defendem a existência um capital social, incluindo normas de reciprocidade e redes horizontais de engajamento cívico, que facilitam a cooperação entre os membros de uma sociedade. Essa cooperação, se estimulada, tem a capacidade de desencorajar o comportamento oportunista, aumentando o respeito às leis e criando uma demanda por instituições de maior qualidade, cujo bom desempenho estimula que outras sigam o mesmo padrão. Nesse sentido, os autores rejeitam argumentos, muitas vezes associados à teoria da escolha pública, de que as redes sociais tentam redistribuir a riqueza para si mesmas, em vez de procurar melhorar a condição das sociedade como um todo. Pettit (1997) pressupõe que o indivíduo pode tanto ser um cidadão virtuoso ou corrupto, mas nunca por natureza. Ele tanto pode ser capaz de agir em não conformidade em determinadas circunstâncias, quando sua virtude cívica pode ser conformada a partir de *habitus* e instituições. Logo, para evitar a corrupção e alimentar o comportamento em conformidade, a estratégia central da abordagem republicana deve ser pedagógica. Em sua pedagogia da integridade, o Estado deve partir de mecanismos de incentivos à atuação em conformidade e, somente como segunda linha de defesa, dispor sobre sanções, negativas (penas) ou positivas (prêmios).

Historicamente, no Brasil, as políticas públicas anticorrupção foram estruturadas a partir das duas primeiras vertentes e, conseqüentemente, o Estado, majoritariamente, ainda combate o desvio por meio de controles repressivos. Ou seja, a preocupação central do corpo burocrático dos órgãos de controle tem sido buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados e não em buscar uma atuação administrativa eficiente (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014). Dentro desse viés, mesmo após reformas na estrutura dos sistemas federais brasileiros de contabilidade e controle público, a corrupção continua sendo prática cotidiana (GARCIA; TEODÓSIO, 2020).

No entanto, o foco do enfrentamento a corrupção vem mudando. Apontam Castro e Ziliotto (2019, p. 30), a evolução crescente, complexa e dinâmica da sociedade brasileira, notadamente no contexto dos escândalos de corrupção, vem exigindo que sejam repensadas algumas formas de atuação estatal,

dentre elas a “prevenção versus sanção”. Ressalta-se que no Brasil, a corrupção foi considerada o segundo problema político mais importante em 2018, atrás apenas da saúde (LATINOBARÓMETRO, 2018). Nesse cenário, Sadek (2019) destaca a mudança de enquadramento na interpretação da corrupção pela sociedade, a qual deixou de ser vista apenas como questão moral para ser interpretada como problema social.

Sendo assim, influenciada por pressões populares e pela agenda internacional anticorrupção, inclusive em razão dos compromissos internacionais firmados, observa-se que a Administração Pública brasileira vem aprimorando os mecanismos de controle interno para enfrentamento da corrupção. Essa evolução pode ser observada na Controladoria-Geral da União (CGU), a qual foi criada como órgão central de controle interno da Administração Pública da União, mas sofreu diversas transformações que tornaram sua atuação múltipla, muito além do controle legalista tradicional (LOUREIRO *et al.*, 2012). Atualmente, o órgão é reconhecido como agência anticorrupção do País (RIBEIRO; MACHADO, 2020) e sua forma de atuação influencia órgãos de controle em todo o Brasil (MACHADO; PASCHOAL, 2016). Dentre as ações anticorrupção desse órgão, na contemporaneidade, se destaca o fomento à integridade pública.

No contexto de fomento da integridade pública, a CGU, em 2016, adotou programa de integridade (BRASIL, 2016a), com o objetivo de fortalecer as instâncias e tratar adequadamente os riscos à integridade do órgão. Tal programa foi operacionalizado por um Plano de Integridade em 2018 (BRASIL, 2018a). Investigar o programa de integridade da CGU possibilita conhecer como órgão tem implementado a integridade pública o que é de extrema importância, dado papel da CGU como agência nacional anticorrupção.

Isso posto, quais são as características do processo de institucionalização do programa de integridade da CGU? Ressalta-se que, para os fins deste trabalho, institucionalização é a “consequência de processos pelos quais atores, em conformidade com os sistemas de valores de uma sociedade e temendo as consequências decorrentes do desvio, internalizam rumos de ação prescritos ou esperados como sendo apropriados ou certos” (PECI, VIEIRA, CLEGG, 2006, p. 57).

Para responder a essa pergunta de pesquisa, realizou-se pesquisa qualitativa, por meio de estudo de caso do programa de integridade da CGU, cujos dados foram coletados por meio de análise de documentos e entrevistas com servidores do órgão, com apoio na revisão da literatura. A análise dos documentos ofi-

ciais teve como fim primário interpretar o entendimento da problemática envolvida, ou seja, a atuação da do órgão relacionada à integridade pública. As entrevistas permitiram acessar a percepção dos servidores públicos do órgão sobre o programa de integridade. A revisão de literatura, além de permitir compreender a atuação órgão de controle, forneceu esteio para análise realizada. Os dados foram interpretados a partir do referencial teórico do novo institucionalismo, em especial Tolbert e Zucker (1999), para as quais a institucionalização de uma inovação ocorre em três etapas: (i) habitualização; (ii) objetificação; (iii) sedimentação. Tal análise permitiu verificar os elementos externos que influenciaram na adoção do programa de integridade pela CGU, além de identificar como vem ocorrendo as etapas referentes aos processos de institucionalização desse programa e, ainda, refletir sobre a atuação da CGU como indutora da integridade pública.

Após a presente introdução, descrevem-se os procedimentos metodológicos da pesquisa. Na sequência, após a exposição do referencial teórico, mostram-se os dados teóricos e empíricos coletados sobre o programa de integridade na CGU. Por fim, reflete-se sobre os processos de institucionalização do programa de integridade da CGU e suas implicações, além de demonstrar as contribuições do presente trabalho e sugerir novos estudos sobre o tema.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Conforme detectou Fiss (2008), a tradição institucional de estudar organizações foi influenciada pelos temas de controle e coordenação, os quais são o cerne da atuação da CGU e, também, se relacionam com aos programas de integridade. Por isso a escolha da lente teórica do institucionalismo organizacional³. No entanto, a análise institucional das organizações pode ser feita por distintas perspectivas, reforçam Carvalho *et al.* (2005). Tradicionalmente, quando o foco do estudo é a multiplicação de condutas similares nas organizações, um referencial clássico é Meyer e Rowan (1977) que exploram a estruturação de mitos e cerimônias, outro é DiMaggio e Powell (1991) que descrevem mecanismos de isomorfismo. Estudos que utilizam Scott (2014) exploram que as instituições compreendem elementos reguladores,

normativos e cultural-cognitivos. Peci (2016), por sua vez, salienta que a análise institucional pode ser feita em diferentes níveis: contexto institucional, campo organizacional e estrutura interna da organização. Também são comuns estudos que utilizam mais de uma abordagem, atesta Pereira (2012).

A fim de responder à pergunta de pesquisa e em razão das limitações a extensão do artigo, optou-se por privilegiar a perspectiva de Tolbert e Zucker (1999), que têm como foco os processos inerentes à institucionalização de uma inovação nas organizações. Tolbert e Zucker (1999), entendem que uma organização pode adotar uma inovação em decorrência fatores externos como mudanças tecnológicas, legislação, forças de mercado, dentre outras forças causais. Por outro lado, as autoras destacam que a institucionalização de uma inovação depende de ações da organização e do campo organizacional.

Ademais, Tolbert e Zucker (1999) propõem a análise da institucionalização de uma inovação em três etapas: habitualização, objetificação e sedimentação. Isso porque, de acordo com as autoras, nos estudos sobre a institucionalização, essa, geralmente, é tratada como estado qualitativo: ou as estruturas são institucionalizadas ou não são e, com isso, “negligenciam-se importantes questões sobre os fatores determinantes das variações dos níveis de institucionalização, e sobre como tais variações podem afetar o grau de similaridade entre conjuntos de organizações” (TOLBERT; ZUCKER, 1999, p. 197).

Sobre a habitualização, afirmam Tolbert e Zucker (1999, p. 206) que “em um contexto organizacional, o processo de habitualização envolve a geração de novos arranjos estruturais em resposta a problemas organizacionais específicos, como também a formalização de tais arranjos em políticas e procedimentos de uma dada organização ou um conjunto de organizações com problemas semelhantes”. Nessa etapa há pré-institucionalização da inovação.

A segunda etapa é “um movimento em direção a um status mais permanente e disseminado baseado no próximo processo, a objetificação, que acompanha a difusão da estrutura” (TOLBERT; ZUCKER, 1999, p. 207). De acordo com as autoras, essa etapa envolve o desenvolvimento de certo grau de consenso social entre os decisores da organização a respeito do valor da estrutura e crescente adoção por outras organizações com base nesse consenso. Porém, apesar de “certo grau de aceitação normativa, os adotantes, estarão conscientes de sua qualidade relativamente não testada e, conscientemente, monitoram a acumulação de evidências (de sua própria organização, bem como de outras) a respeito da eficácia das estru-

3 Os estudiosos do institucionalismo tradicional dedicaram-se a explicar diferentes tipos de estruturas organizacionais. Posteriormente, afirma Selznick (1996), as organizações passam a ser analisadas a partir de sua imbricação em ambientes institucionais, sendo que a dependência ambiental da forma como as organizações estruturam-se ganha novos estudos a partir da década de 1970. Tal corrente foi denominada novo institucionalismo.

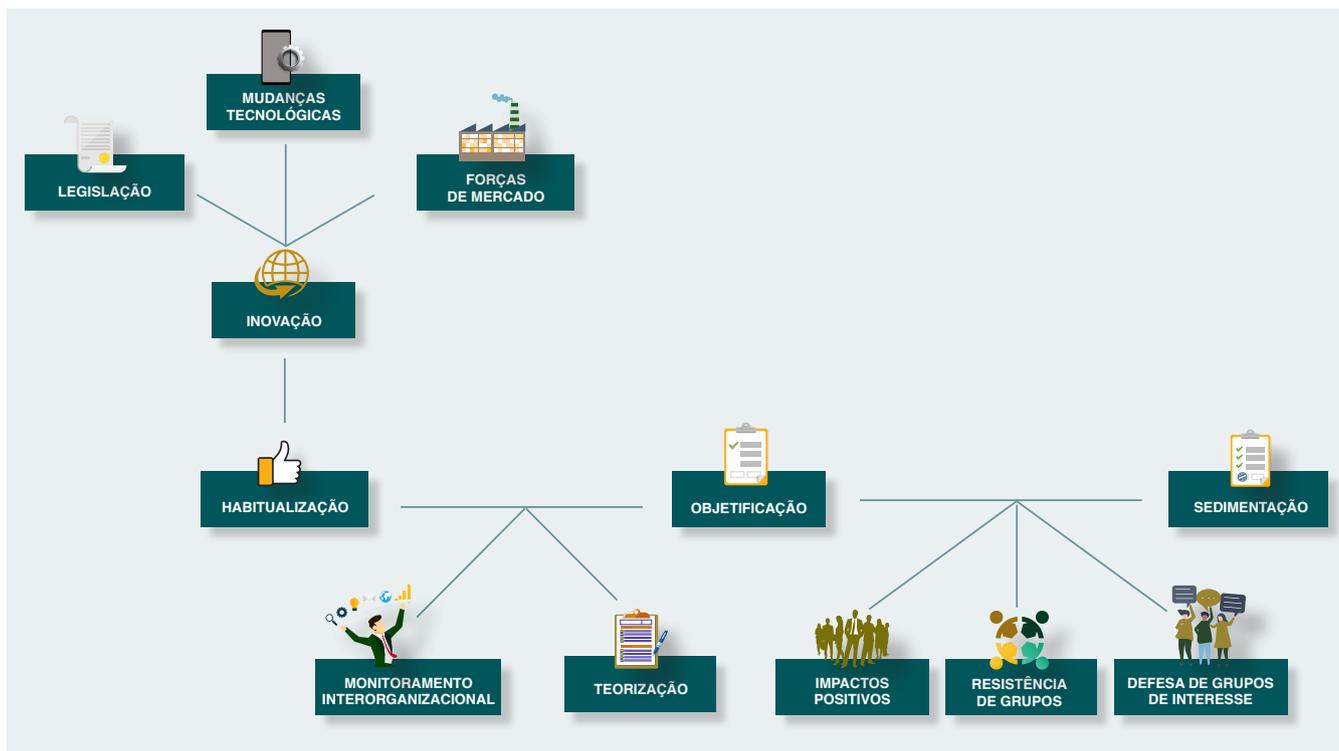
turas” (TOLBERT; ZUCKER, 1999, p. 209). Em outras palavras, há a semi-institucionalização da inovação.

Na objetificação, dentre aquelas organizações que defendem a nova estrutura formal, surgem a que pode ser denominada “*champion*”, a qual se caracteriza por ter sido bem sucedida em definir o problema organizacional genérico e em justificar a adoção de um arranjo estrutural formal particular como solução (TOLBERT; ZUCKER, 1999, p. 208). De acordo com as autoras, neste caso, a primeira tarefa da organização “*champion*” envolve gerar reconhecimento público da existência de um padrão consistente ou de fracasso organizacional comum a um grupo. A segunda envolve o desenvolvimento de teorias que diagnostiquem o problema de modo compatível com a apresentação de uma estrutura específica como solução ou tratamento.

A terceira etapa do processo é a sedimentação, que se apoia na continuidade histórica da estrutura e, especialmente, em sua sobrevivência pelas várias gerações de membros da organização. A sedimentação exige, segundo Tolbert e Zucker (1999), bidimensionalidade da estrutura: largura, que é a abrangência por toda organização, e profundidade, que implica em alcance de todos os níveis de decisão. A total institucionalização depende dos efeitos conjuntos de “baixa resistência de grupos de oposição; promoção e apoio cultural continuado por grupos de defensores; correlação positiva com resultados desejados” (TOLBERT; ZUCKER, 1999, p. 208).

A Figura 1, abaixo, resume a perspectiva de Tolbert e Zucker (1999):

FIGURA 1 – PROCESSOS INERENTES À INSTITUCIONALIZAÇÃO



Fonte: Tolbert e Zucker (1999)

O referencial teórico em questão é útil para compreender as razões da adoção de uma nova estrutura e inferir sobre o seu potencial de permanecer ao longo do tempo, como demonstram alguns estudos nacionais selecionados, publicados nos últimos cinco anos, sintetizados a seguir.

Aguiar *et al.* (2015) analisaram o estágio do processo de institucionalização do “Programa de Apoio à Internacionalização” em uma universidade, concluindo que o processo de internacionalização estava na etapa de habitualização, pois ainda estava desenvolvendo procedimentos padronizados para resolver questões relacionadas ao programa. Almeida *et al.* (2017) dedicaram-se ao estudo da planta *Jatropha Curcas*, usada para fabricar biodiesel, objetivando a compreensão da inserção da cultura dessa oleaginosa no País. Concluíram que “a cultura desta semente no país encontra-se no estágio da habitualização ou pré-institucionalização, sendo que as principais barreiras para se chegar a fase seguinte são: a presença mínima de Champions, bem como as demandas de mercado em torno desta oleaginosa” (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 1245). Barbosa *et al.* (2017) analisaram os mecanismos de controle gerencial implementados no relacionamento interorganizacional, em particular no gerenciamento do relacionamento com empresas terceirizadas, por meio de estudo de caso da organização Eletriklight. Os autores concluíram que os mecanismos estudados estão sedimentados, visto que “devido aos valores e crenças institucionalizados, a forma de contratação de seus prestadores de serviços continuou seguindo os mesmos moldes do setor público, mesmo após a privatização da empresa” (BARBOSA *et al.* 2017, p. 30).

Assim, a perspectiva institucional de Tolbert e Zucker (1999) permite uma análise dos processos de institucionalização do programa de integridade da CGU, a qual foi realizada de acordo com a metodologia descrita na próxima seção.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Com a finalidade de desvendar quais são as características do processo de institucionalização do programa de integridade da CGU, optou-se pela pesquisa qualitativa, por meio de estudo de caso o qual, para Creswell (2014), é a metodologia apropriada para se explorar um sistema delimitado, contemporâneo da vida real ao longo do tempo, a fim de compreendê-lo em profundidade. Conforme sugere Yin (2001) elegeu-se unidades de análise para o estudo de caso visando a compreensão do objeto de pesquisa, quais sejam: (i) o histórico e características da CGU

que levaram à atuação anticorrupção; (ii) a adoção pelo órgão da integridade pública como estratégia de combate à corrupção; (iii) a origem, a estrutura, a implementação e as consequências do programa de integridade da CGU. Tais questões orientaram a coleta de dados da pesquisa.

O levantamento de dados primários buscou identificar os documentos relacionados com a temática de combate à corrupção por meio da atuação da CGU como forma de interpretar o entendimento da problemática envolvida (CRESWELL, 2014), uma vez que os documentos permitem inferir como os eventos são construídos e as justificativas registradas. Foram coletados 46 documentos, todos de domínio público, dentre os quais 16 foram analisados em profundidade por se relacionarem com o objeto central da pesquisa: o programa de integridade da CGU. São eles: o plano de integridade (CGU, 2019d); sete normativos (BRASIL, 2016a e b; BRASIL, 2017 a e b; BRASIL, 2018a e b; BRASIL, 2019); quatro documentos em que a CGU aborda integridade pública (CGU, 2015; CGU, 2017; CGU, 2018a e b) e quatro documentos relacionados à implementação do plano de integridade da CGU (BRASIL, 2019f)⁴.

Realizaram-se, também, entrevistas semiestruturadas (CRESWELL, 2014), com cinco membros pertencentes ao quadro efetivo da CGU, no ano de 2019, de modo a identificar suas percepções sobre o tema estudado. O primeiro entrevistado foi escolhido em razão da atuação direta com o objeto de pesquisa e também pela acessibilidade e disponibilidade. No entanto, esse não se sentiu apto a responder a todas as questões alegando que algumas delas não estavam diretamente ligadas com a sua função e, diante disso, indicou outro servidor para respondê-las. Este indicado marcou e desmarcou a entrevista por três vezes, alegando imprevistos que geraram incompatibilidade de agenda. Por fim, indicou outro servidor, o Entrevistado 2 que, após a interlocução, indicou o Entrevistado 3, afirmando que algumas perguntas não estavam relacionadas à função, assim consequentemente. Nesse sentido, a segregação das atividades relacionadas ao programa de integridade da CGU promoveu uma cadeia de indicação de entrevistas, em um sistema bola de neve, *snowball*, nos termos de Marcus *et al.* (2017), alcançando 5 entrevistados.

4 No sítio da CGU há informações disponíveis sobre a implementação do programa de integridade relacionada a cada eixo, quais sejam: (i) eixo 1 - comprometimento e apoio da alta administração; (ii) eixo 2 - unidade responsável pela implementação do programa de integridade; (iii) eixo 3 - gerenciamento de riscos à integridade; (iv) eixo 4 - estratégia de monitoramento, sendo que as informações relacionadas a cada eixo foram consideradas um documento.

Finalizou-se as entrevistas quando as unidades de análise foram satisfatoriamente reveladas e o último entrevistado, respondendo a todas as questões, não indicou outros servidores para serem entrevistados.

Durante toda a pesquisa, manteve-se o ético sigilo dos dados e pessoas, como recomendado pela Resolução nº. 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde. Para salvaguardar a privacidade e a confidencialidade dos dados utilizados, foi preservando integralmente o anonimato e a imagem dos entrevistados. Além de sigilo, ainda foi disponibilizado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido aos participantes. Diante disso, a descrição dos entrevistados foi feita no masculino, independente do sexo, bem como foram omitidos os cargos ocupados. As informações obtidas foram registradas por meio de anotações completas em cadernos de campo, com apontamentos sistemáticos e frases literais entre aspas, como sugere Booth (2005).

A análise de tais dados teve suporte em levantamento sistemático da literatura, nos termos de Botelho *et al.* (2011). Em fevereiro de 2019, na base de periódicos CAPES, foi realizada busca com a palavra-chave “Controladoria-Geral da União”. Encontrou-se 129 artigos científicos. Foram raros os trabalhos relacionados com as atividades intrínsecas da CGU, dentre estes Machado e Paschoal (2016) foi utilizado neste artigo. Da literatura sobre a CGU também foram aqui citados Loureiro *et al.* (2012), Aranha e Filgueiras (2016), Nascimento (2018), Albres (2019) e Ribeiro e Machado (2020) que permitiram o maior conhecimento sobre o órgão.

Também, como parte do delineamento do escopo do fenômeno estudado, em julho de 2019, buscou-se pela palavra-chave “programa de integridade” em duas bases científicas no formato eletrônico: Spell e Periódicos CAPES. Na Spell, foram encontrados dois artigos: um de Castro *et al.* (2019) e outro de Silva e Sousa (2017). A mesma busca foi realizada nos Periódicos CAPES e revelou apenas o primeiro artigo encontrado na Spell. Por outro lado, na mesma data, buscou-se “programa de integridade” no Diário Oficial da União, com os filtros “resultado exato” e “período”. No ano de 2016 a expressão apareceu apenas uma vez. No ano de 2017, o levantamento apresentou 37 resultados. No ano de 2018, a expressão apareceu 272 vezes. Em 2019, até a data da busca, havia 149 registros. Daí surge um primeiro achado da pesquisa, o descompasso entre a publicação de normativas sobre programas de integridade e a discussão acadêmica sobre o tema.

Portanto, houve triangulação dos dados visando garantir a validade e a confiabilidade da pesquisa,

conforme recomendado por Tolbert e Zucker (1999) para análises do processo de institucionalização. Esses foram interpretados, a partir do referencial teórico, por meio de análise de conteúdo nos termos de Triviños (2015), de modo a desvendar os procedimentos organizacionais relacionados com os programas de integridade, conforme demonstra-se a seguir. Por fim, ressalva-se que trabalho desse porte envolve “dificuldades no campo” (CRESWELL, 2014, p. 140), uma vez que, além das dimensões de tempo e recursos, envolve temática recente e complexa em que o fator humano é relevante.

4. ESTUDO DE CASO: O PROGRAMA DE INTEGRIDADE DA CGU

4.1. O objeto de pesquisa contado pelos documentos

A criação da CGU, por meio da Lei nº. 10.683/2003 (BRASIL, 2013a) foi uma inovação institucional por diversos motivos, dentre eles a centralização do controle. Para Arranha e Filgueiras (2016), tal criação decorreu de um longo processo incremental do controle interno da Administração Pública da União, pois, antes da CGU, o sistema de controle interno era descentralizado nos diversos órgãos da administração pública e coordenado pela Secretaria Federal de Controle Interno, vinculada ao Ministério da Fazenda. Sendo assim, a CGU incorpora o papel de “institucionalizar a prática de controle interno fixada na Constituição de 1988 com o ganho incremental de mudanças institucionais no sistema de *accountability*” (ARANHA; FILGUERAS, 2016, p. 19).

Para Loureiro *et al.* (2012, p. 55) a criação da CGU representou inovação no controle dos governantes na democracia brasileira, em razão da sua múltipla atuação. Isso porque, afirma os autores, a CGU ampliou as atividades de controle interno para a promoção da qualidade da gestão, “indo além do clássico controle da legalidade”. Além disso, a CGU assumiu a função de órgão indutor e fortalecedor do controle social. Atualmente, tal órgão de controle interno do Governo Federal, é formalmente responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria (CGU, 2019c).

Reforçam Machado e Paschoal (2016), que a GGU é o pivô do enfrentamento da corrupção da Administração Pública federal e o seu desenho tem inspirado a criação de órgãos semelhantes nos estados e municípios. Ribeiro e Machado (2020, p. 120) afirmam que

“ao longo desses 19 anos, a CGU incorporou outros órgãos públicos, alterou sua estratégia de atuação e redistribuiu competências internamente, assumindo as feições de uma agência anticorrupção”.

As mudanças ocorridas no órgão levaram a sua atuação como indutor da integridade pública, em um viés destacadamente preventivo em relação à corrupção, sendo o programa de integridade do órgão um dos reflexos dessa evolução organizacional.

Em 2016, o Decreto federal nº. 5.683 (BRASIL, 2006a) alterou a estrutura da CGU, criando a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), responsável por desenvolver mecanismos de prevenção à corrupção. Assim, a CGU passou a ter a competência não só de detectar casos de corrupção, mas de antecipar-se a eles, desenvolvendo meios para prevenir a sua ocorrência (CGU, 2019b). Por meio do Decreto nº. 8.109/2013 (BRASIL, 2013b) novas mudanças institucionais foram realizadas para adequar a atuação da Controladoria aos novos desafios que surgiram ao longo dos anos, especialmente às demandas populares por uma melhor atuação estatal (CGU, 2019b). Assim, a CGU tem atualmente como missão “promover o aperfeiçoamento e a transparência da Gestão Pública, a prevenção e o combate à corrupção, com participação social, por meio de avaliação e controle das políticas públicas e da qualidade do gasto” (CGU, 2019c).

No contexto de prevenção à corrupção a atuação do órgão foi impactada Lei nº. 12.846 de 1º de agosto de 2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, primeira norma a dispor sobre programas de integridade no Brasil (BRASIL, 2013). Essa determina que será levada em consideração, na aplicação das sanções às sociedades empresárias que cometerem os ilícitos nela tipificados, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. No âmbito do Poder Executivo federal, essa foi regulamentada pelo Decreto federal nº. 8.420/2015 (BRASIL, 2015).

Destaca-se que a Lei nº. 12.846/2013 (BRASIL, 2013a) foi promulgada em contexto histórico peculiar do País. Lembra Carvalho (2018, p. 157) que as Jornadas de Junho de 2013 “eclodiram reivindicando direitos ao Estado provedor. Fortaleceram-se com a revolta contra um Estado repressor. Expandiram-se com protestos contra um Estado corrupto”. Fortini (2018, p. 193) afirma que o Brasil editou tal lei “em face dos compromissos assumidos junto à ONU, OEA e OCDE e pressionado pela população, farta de escândalos”.

Soma-se a esse cenário a Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014, pela Polícia Federal, e ainda não concluída, a qual unificou investiga-

ções que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. Afirmam Castro e Ziliotto (2018, p. 267) que “a deflagração de operações policiais, que revelaram escândalos de corrupção e elevado desvio de dinheiro público no país, aflorou os anseios da sociedade brasileira por meio de uma atuação pública balizada em preceitos como a integridade, probidade e moralidade”.

Em decorrência do cenário apresentado, a CGU, em 2014, iniciou processo de reestruturação do selo Pró-Ética, que teve origem em 2010 durante as comemorações do Dia Internacional de Combate à Corrupção, a fim de promover junto ao setor empresarial a adoção voluntária de medidas de integridade e de prevenção da corrupção (CGU, 2019a).

Em 28 de abril de 2016, por iniciativa da CGU, foi criado o Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip), instituído pela Portaria nº. 784 (BRASIL, 2016) (substituída pela Portaria nº. 1.827) (BRASIL, 2017a), para incentivar e capacitar os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal a implementarem programas de integridade. Segundo Albres (2019), foi baixo o percentual de aderentes que chegaram a publicar seus planos de integridade, visto a dificuldade que esses encontraram de lidar com os riscos de integridade e medidas de tratamento.

Em maio 2016, foi publicado o marco normativo sobre integridade em âmbito público federal, qual seja, a Instrução Normativa (IN) Conjunta MP/CGU nº. 01/2016 (BRASIL, 2016b), que foi a pioneira em trazer obrigações objetivas para o Poder Executivo federal em relação a práticas relacionadas à gestão de riscos, aos controles internos e à governança, (MIRANDA, 2017). Afirma Albres (2019, p. 37) que:

a partir do lançamento da IN, CGU e o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), órgão responsáveis pelo normativo, rapidamente lançaram seus programas de integridade. De início, esses programas atuaram mais como uma carta de intenções, tendo suas estruturas aperfeiçoadas aos poucos após o lançamento, com o apoio fornecido no âmbito do Profip. Dois anos depois, em abril de 2018, a CGU publicou seu plano de integridade, enquanto o MP não o fez até o momento.

Em 2017, o Decreto federal nº. 9.203 (BRASIL, 2017b), regulamentado pela Portaria nº. 1.089 (BRASIL, 2018), dispôs sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional de observância obrigatória pelos entes. Nascimento (2018) ressalta que a partir dessa

normativa a CGU ficou responsável por apresentar as diretrizes dos programas de integridade no País, além dos procedimentos necessários à estruturação, execução e monitoramento dos programas dos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica, fundacional. Segundo Albres (2019, p. 42):

a noção de que os programas devem atuar na prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção foi trazida do Decreto e reflete o que a CGU já vinha disseminando por meio do Profip e dos guias da Coleção Programa de Integridade. Por fim, a menção ao apoio à boa governança vem reforçar a noção da integridade como princípio da governança, presente no Decreto e na IN Conjunta.

Em 2018 a CGU criou seu próprio “Plano de Integridade” (CGU, 2018)⁵ que detalha as instâncias, estruturas, ações e prazos necessários para a operacionalização do programa e o alcance dos objetivos institucionais, nas áreas finalísticas e administrativas (CGU, 2019d). Espelhada nos parâmetros internacionais, a CGU entende a gestão da integridade como componente fundamental da boa governança, condição que dá às outras atividades de governo não apenas legitimidade e confiabilidade, como também eficiência. Nesse sentido, o órgão defende que a gestão da integridade bem desenvolvida, na qual todos os sistemas (correição, controles internos, gestão da ética, dentre outros) são bem coordenados, favorece os agentes públicos a tomarem decisões em função de critérios técnicos e não com base em interesses particulares, o que, por sua vez, aumenta a qualidade na prestação dos serviços públicos (CGU, 2019d).

A Portaria nº. 1.089 (BRASIL, 2018) tornou os programas de integridade obrigatórios na esfera federal. Esclarece Albres (2019, p. 41) que no lançamento da Portaria “a CGU informou que forneceria materiais e ferramentas de apoio e capacitações para auxiliar os órgãos a estruturarem seus programas de integridade.” Essa portaria fixou três procedimentos obrigatórios para estruturar, executar e monitorar programas de integridade a serem cumpridos pelos órgãos e entidades do governo federal: (i) designação da unidade de gestão de integridade responsável por coordenar, orientar e treinar os servidores; (ii) elaboração e aprovação do plano de integridade, procedimento que se subdivide nas seguintes etapas: 1.

fluxo interno para verificação das situações de nepotismo; 2. instituição da Comissão de Ética; 3. fluxo interno para análise de consultas sobre conflito de interesses; 4. fluxo interno para tratamento de denúncias; 5. designação da área responsável pela condução de processos disciplinares; 6. levantamento dos principais riscos para a integridade e estabelecimento de medidas de tratamento; 7. aprovação do programa de integridade; (iii) execução e monitoramento do programa de integridade, fase na qual os órgãos e entidades deverão expandir o alcance do programa para políticas públicas, fornecedores e outras organizações públicas e privadas com as quais se relacionam.

A Portaria nº. 1.089 (BRASIL, 2018) fixou a data limite para implementação dos programas de integridade para os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para 30 de novembro de 2018. Tal prazo não foi cumprido. A Portaria nº. 57 (BRASIL, 2019) prorrogou o prazo para a aprovação dos planos de integridade para o dia 29 de março de 2019, o qual também não foi cumprido. Em 27 de fevereiro 2020, por meio do “Painel Integridade Pública” verificou-se que somente 71% aprovaram seu plano (CGU, 2020a). Não há informações no Painel sobre a terceira etapa, ou seja, sobre a execução e monitoramento desses programas de integridade. Para Albres (2019, p. 46) é “razoável acreditar que parte significativa desses documentos não refletiram a formulação ideal de um programa de integridade compatível com a natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação do órgão ou entidade”. Ressalta a autora que para verificar se resultados serão alcançados seria necessário analisar se a conformidade no papel se traduziu em mudanças práticas.

Como consequência desse movimento em prol da integridade pública houve a criação da Ouvidoria-geral da União (CGU, 2019e) para esclarecimento sobre questões de integridade, dentre outras, e da linha de comunicação específica para consultas de servidores relacionados ao conflito de interesse, o SeCI (CGU, 2020b).

Por fim, cabe mencionar que a CGU possui a “Coleção Programa de Integridade” (CGU, 2020c) em que formaliza orientações para empresas brasileiras com atividade no País e no exterior, para pequenos negócios, para empresa estatais, para municípios, enfim, para as mais diversas organizações, visando a estimular a adoção de programas de integridade. No entanto, essas não serão aqui abordadas em profundidade em razão de espaço e do recorte escolhido.

⁵ Elucida-se que a União faz diferenciação entre programa e plano, sendo o primeiro o conjunto de ações e o segundo a normativa.

4.2. O objeto de pesquisa contado pelas pessoas

A CGU, além de ser responsável pelo programa de integridade interno, é responsável pela promoção dos programas de integridade em outros órgãos e entidades do Executivo federal. Portanto, quando da pesquisa, havia uma equipe de trabalho responsável pelo programa interno, “para dentro”, e outra responsável por promover os programas externos, “para fora”, conforme relatou o Entrevistado 5. A atuação “para fora” não será abordada em profundidade, em razão dos limites impostos ao trabalho. No entanto, alguns pontos serão relatados por terem impacto no programa interno de integridade CGU. Acrescenta-se que a CGU também realiza trabalhos de sensibilização sobre a integridade direcionado às organizações privadas (por exemplo, Pró-Ética), que também não serão abordados em razão de espaço e do recorte escolhido.

Explica o Entrevistado 4 que a equipe de trabalho do programa de integridade externo, no organograma da CGU, faz parte de uma estrutura que não é subordinada diretamente à autoridade máxima do órgão, diferentemente da equipe responsável pelo programa interno, que desde 2018 é subordinada diretamente à autoridade máxima, em razão de decisão do próprio ministro que, segundo o Entrevistado 4, era entusiasta da integridade. Ademais, tecnicamente, afirma o Entrevistado 4, é adequado que a equipe de trabalho do programa de integridade interno faça parte do topo da hierarquia, pois tem a função de “segunda linha de defesa”, já que supervisiona as estruturas internas da CGU. No entanto, continua o Entrevistado, a equipe de trabalho “para dentro” não existe formalmente no organograma, o que prejudica a sua atuação, pois não tem as suas funções formalmente definidas, tampouco é “identificada adequadamente” pelos demais membros da organização. Na época da pesquisa, a equipe do programa de integridade externo era formada por quatro servidores e a do interno, por cinco servidores.

No histórico da CGU, a primeira ação formal em prol da integridade “para fora” ocorreu em 2016, por meio do Profip que se voltava apenas para a conformidade. Nesse contexto, foi baixo o percentual de aderentes que chegaram a publicar seus planos de integridade, vista a dificuldade que esses encontraram de lidar com os riscos de integridade e medidas de tratamento, afirma o Entrevistado 2. Internamente, relata o Entrevistado 4, em 2016, iniciaram-se os estudos sobre o tema integridade, focando, principalmente, nos riscos de corrupção da CGU, pois integri-

dade ainda era vista como antônimo de corrupção. Ressalta o Entrevistado 4 que a OCDE sequer tinha publicado seu conceito de integridade pública. Nesse contexto, a visão de integridade ainda era menos ampla que a visão atual.

Em relação aos programas de integridade externos, em 2018, esses tornaram-se obrigatórios para todos os órgãos e entidades federais. Inicialmente, a data limite para aprovação do plano de integridade por tais órgãos e entidades era de aproximadamente 7 meses a partir da determinação normativa. O Entrevistado 3 afirma que a CGU tinha ciência de que tal prazo era curto e que dificilmente seria cumprido, porém, foi necessário fixá-lo para que os órgãos e entidades “saíssem da inércia”, pois uma ordem sem prazo para execução dificilmente seria cumprida.

O Entrevistado 3 acrescenta que uma das maiores dificuldades que os órgãos e entidades federais é a resistência ao mapeamento e gestão dos riscos para integridade. Isso porque, ao fazê-lo, os órgãos e entidades expõem suas fragilidades, inclusive ao órgão de controle, a CGU. Além disso, o Entrevistado 3 ressalta as dificuldades relacionadas à mudança de cultura, pois “na América Latina como um todo a corrupção deteriorou a confiança na gestão pública” e, diante disso, é necessário que os órgãos e entidades trabalhem valores para se mostrarem publicamente mais íntegros.

O Entrevistado 4 afirma que, na sequência da IN Conjunta MP/CGU nº. 01/2016 (BRASIL, 2016b), a CGU lançou seu programa de integridade, cuja construção fez parte de um processo de aprendizagem para todos os envolvidos, em razão do pioneirismo do órgão. Ademais, em 2017, a União instituiu a política de governança de observância obrigatória por todos seus órgãos e entidades. O Entrevistado 2 descreve que tal política consolidou os programas como instrumento de enfretamento de corrupção e reforçou a noção de integridade como princípio da governança. Ainda em 2017, a fim de servir de exemplo, destaca o Entrevistado 3, a CGU apresentou seu próprio plano de integridade, o qual reflete amadurecimento do conceito de integridade no órgão. Afirma o Entrevistado 4 que das ações previstas em tal plano, mais de 90% haviam sido concretizadas até a data da entrevista, em que pese algumas terem demorado mais tempo do que o previsto para serem executadas.

O Entrevistado 4 acrescentou que tal plano de integridade foi estruturado a partir do estudo dos riscos de integridade da CGU. Os riscos da organização foram divididos em quatro grupos: legais, operacionais, financeiros e à integridade. Este abrange conduta profissional inadequada; ameaças à impar-

cialidade e à autonomia técnica, uso indevido de autoridade, nepotismo, conflito de interesses, uso indevido ou manipulação de dados e informações, desvio de pessoal ou recursos materiais, além de corrupção, fraude e emprego irregular de verbas públicas.

Informou o Entrevistado 4, que o relatório com a segunda avaliação do programa de integridade da CGU foi entregue à autoridade máxima do órgão no final de 2019. Diante disso, relatou o interesse da equipe em aprovar um novo plano de integridade para a CGU referente os anos de 2020 e 2021, tendo em vista que o relatório propõe que os planos da organização sejam bianuais. Ademais, o Entrevistado 4 informou que tal equipe pleiteava que a unidade fosse formalmente instituída e fosse formada por um número maior de servidores. Outrossim, continuou o Entrevistado 4, a equipe almejava que o dirigente máximo do órgão determinasse quais os riscos de integridade deveriam ser mapeados pelos servidores, dada a dificuldade de *enforcement* que a equipe de trabalho tinha em impor aos pares a execução da gestão de risco de integridade, visto que esses ainda eram resistentes em expor as fragilidades de sua atuação por receios de cobrança e repreensão. O Entrevistado 4 acreditava que isso decorria de uma compreensão incompleta do programa de integridade, o qual ainda não havia atingido maturidade. Nesse sentido, entende que o maior desafio de integridade da CGU era dar a estrutura necessária para que o servidor agisse corretamente, mesmo sob pressão.

Já para o Entrevistado 5, a resistência de alguns servidores talvez decorresse de falha na comunicação, pois as ações da equipe de trabalho do programa de integridade interno não eram amplamente conhecidas pelos membros da CGU quando da pesquisa, concentrando-se as informações no órgão central. Ponderou, o Entrevistado 5, que alguns servidores ainda interpretavam o plano como mais uma formalidade desnecessária a ser cumprida, pois o órgão, em razão da sua natureza, não precisaria de mais um controle.

O Entrevistado 1 destacou a importância da atuação preventiva da CGU em relação à corrupção, pois, na sua opinião, o foco apenas na sanção não promove mudança de cultura, o maior objetivo da integridade. Ademais, o Entrevistado 1 ressaltou a importância da adoção dos programas de integridade pela CGU como representante do Estado, na medida em que esse é indutor de comportamento.

5. REFLEXÕES SOBRE OS PROCESSOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE DA CGU

O Conselho da OCDE sobre Integridade Pública (2018) recomenda que os países criem um sistema de integridade pública coerente e abrangente que, em suma, (i) demonstre o compromisso nos mais altos níveis políticos e administrativos do setor público para aumentar a integridade pública e reduzir a corrupção; (ii) esclareça as responsabilidades institucionais; (iii) desenvolva uma abordagem estratégica para atenuar os riscos de integridade pública; (iv) defina padrões de conduta de funcionários públicos; (v) promova uma cultura de integridade pública que alcance toda a sociedade; (vi) invista em liderança de integridade para demonstrar o compromisso da organização pública com a integridade, (vii) promove um setor público profissional, baseado em mérito; (viii) forneça informações suficientes, treinamento, orientação e conselhos em tempo hábil para que os funcionários públicos apliquem padrões de integridade pública no local de trabalho; (ix) apoie uma cultura organizacional que responda às preocupações de integridade; (x) aplique um quadro de gestão de riscos e controle interno; (xi) certifique que os mecanismos de cumprimento proporcionem respostas adequadas a todas as violações de integridade suspeitas; (xii) reforce o papel da fiscalização e do controle externo; (xiii) incentive a transparência e o envolvimento das partes interessadas em todas as etapas do processo político e do ciclo político para promover a prestação de contas e o interesse público.

O art. 42 do Decreto federal nº. 8.420/2015 (BRASIL, 2015) fixa parâmetros para avaliação dos programas de integridade privados. Outrossim, existem guias sobre o conteúdo fundamental de um programa de *compliance* que são muito utilizados como modelo para programas de integridade privados, como a ISO 19600:2014 (INTERNATIONAL STANDARD, 2014), o *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (DOJ, 2020) e o *Guidelines Manual Annotated* (USSC, 2018). A essência dessas orientações se aplica aos programas de integridade públicos.

Ademais, a própria CGU, por meio da Portaria nº. 1.089 (BRASIL, 2018), fixou procedimentos obrigatórios para estruturar, executar e monitorar programas de integridade dos órgãos e entidades do governo federal, conforme já explicitado acima.

Em comum, observa-se que tais documentos indicam que a formação de uma barreira anticorrupção, por meio de um programa de integridade, em uma organização perpassa por três grandes etapas: (i) formalização e implementação do plano de inte-

gridade; (ii) monitoramento e aperfeiçoamento dos instrumentos e mecanismos de integridade; (iii) formação e manutenção de uma cultura de integridade. A Figura 2 descreve tais etapas.

FIGURA 2 – ETAPAS DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE



Fonte: elaborado pela autora

Essas etapas se relacionam com os processos inerentes à institucionalização de uma inovação, descritos por Tolbert e Zucker (1999). Em um contexto organizacional, o processo de habitualização envolve a geração de novos arranjos estruturais em resposta a problemas organizacionais específicos, como também a formalização de tais arranjos em políticas e procedimentos. Ou seja, a fase de habitualização corresponde a primeira etapa do programa de integridade, na qual há a formalização do plano a partir da análise da organização, da detecção das vulnerabilidades em relação à corrupção, da construção de um ideal de integridade e da definição de mecanismos, procedimentos e metas para alcançá-lo. Também envolve a experiência inicial de implementação do plano a fim de que os membros da organização conheçam a nova proposta de atuação organizacional, cujo farol é a integridade.

A segunda etapa, a objetificação, envolve o desenvolvimento de certo grau de consenso social entre os decisores da organização a respeito do valor da inovação e se relaciona com a segunda etapa do programa de integridade. A objetificação é estimulada por meios de ações como, por exemplo, o comportamento da alta gestão, a destinação de recursos adequados a instância de integridade, o fomento ao profundo conhecimento do programa de integridade por toda a organização e por aqueles com os quais essa se relaciona, o reforço às condutas em conformidade, a punição dos atos não-conformes, a estruturação de

canais de comunicação para consulta pelos membros da organização e para denúncia de corrupção por qualquer pessoa, assim como o tratamento adequado dessas informações. Tal etapa implica no monitoramento dos instrumentos e mecanismo anteriormente estabelecidos a fim de verificar se esses estão sendo efetivos e, caso o contrário, o aperfeiçoando desses. Nesse etapa, é formado certo grau de consenso da organização sobre o que é e como alcançar o ideal de integridade formalizado no plano.

A terceira etapa é a sedimentação, que se apoia na continuidade histórica da estrutura e, especialmente, em sua sobrevivência pelas várias gerações de membros da organização. Isso exige que a inovação atinja profunda bidimensionalidade na organização. Além disso, a sedimentação exige correlação positiva com os resultados desejados. Portanto, quando há sedimentação, há uma nova cultura organizacional. No caso específico dos programas de integridade, há sedimentação quando a forma de agir ditada pelo plano de integridade passa a ser algo inerente à atuação dos membros da organização e, conseqüentemente, qualquer comportamento adverso, ou tentativa de imposição de uma outra inovação, encontrará resistência do grupo. Além disso, essa etapa envolve a demonstração de que o programa de integridade diminui a corrupção. Em outras palavras, o ideal de integridade fixado no plano torna-se parte da cultura da organização, a qual é traduzida em comportamentos espontâneos de todos os membros, perceptíveis por toda a

rede organizacional, aptos a dirimir a corrupção na organização e no seu campo organizacional.

Verificou-se, por meio da pesquisa, que a CGU analisou suas vulnerabilidades, elegeu o ideal de integridade, fixou metas e definiu mecanismos para alcançá-las por meio do seu plano de integridade, porém nem todas as metas foram cumpridas. Ademais, a CGU já havia realizado avaliação do seu plano de integridade e pretendia reformulá-lo visando ao aprimoramento. Outrossim, a CGU contou com o apoio da alta gestão, possuía áreas voltadas para identificar e punir atos que violam o programa de integridade e canais de comunicação, porém a instância de integridade do programa interno ainda não existia formalmente e tampouco possuía recursos adequados. Também não havia amplo conhecimento das ações dessa instância, nem do programa, por todos os membros da organização, visto que alguns servidores da CGU entendiam o programa de integridade do órgão como “mais uma formalidade desnecessária”, conforme expressou o Entrevistado 5.

Portanto, a CGU realizou a primeira etapa do programa de integridade, formalização e implementação do plano e, parcialmente, a segunda etapa, o monitoramento e aperfeiçoamento dos instrumentos e mecanismos de integridade. A CGU ainda não alcançou a terceira etapa, formação e manutenção de uma cultura de integridade, na medida em que o plano ainda não é executado de forma espontânea pelos membros da organização, tampouco há demonstração de correlação positiva entre o programa e a diminuição da corrupção. Ou seja, o programa de integridade ainda não foi sedimentado na CGU. Sendo assim, com base nos dados coletados, a CGU encontra-se na etapa de objetificação do processo de institucionalização do programa de integridade.

Ademais, conforme prevê a teoria de Tolbert e Zucker (1999), foi possível reconhecer que elementos externos impulsionam uma inovação. No caso da CGU, fica claro que o programa de integridade foi criado em um contexto de fomento da integridade pública no Poder Executivo federal brasileiro, o qual foi estimulado pelo acirramento dos escândalos de corrupção no País, pela maior pressão da população por respostas estatais em relação a corrupção e, também, em decorrência da adesão do Brasil a uma agenda internacional anticorrupção.

Outrossim, conforme apurado, a CGU foi precursora na adoção de programas de integridade e possuía a intenção de ser modelo para outros órgãos e entidades federais e, também, para organizações públicas e privadas brasileiras. Isso posto, de acordo com a teoria de Tolbert e Zucker (1999), a CGU tem

potencial de ser um “*champion*”, ou seja, um indutor da adoção dos programas de integridade no País, contribuindo com a institucionalização dessa inovação. Tal objetivo reforça o que dispõe a emergente vertente teórica sobre corrupção que defende o enfrentamento do problema por meio de adensamento de mecanismos e políticas, voltados para a prevenção (PUTNAM *et al.*, 1993; PETTIT, 1997).

Na etapa de objetificação, alguma organização pode torna-se “*champion*” ao identificar um problema, propor uma solução e mobilizar recursos para essa seja difundida não só em seu ambiente interno, mas, especialmente, no campo organizacional, nos termos de Tolbert e Zucker (1999). A CGU, como agência nacional anticorrupção, realiza esforço para difundir o enquadramento no qual a corrupção é um fator que contribuiu com uma administração pública eficiente e aponta os programas de integridade como solução para o problema. Acrescenta-se que antes mesmo dos programas de integridade serem obrigatórios para os órgãos e entidades federais, a sua adoção já era estimulada pela CGU por meio do Profip. Em relação às outras organizações a CGU promove diversos estímulos para a adoção dos programas de integridade, como a Certificação Pró-Ética, além de cartilhas e manuais direcionados a empresas privadas brasileiras, empresas estatais, municípios. Em outras palavras, a atuação da CGU demonstra seu objetivo de ser “*champion*” nos termos de Tolbert e Zucker (1999). Em outras palavras, de ser um farol da integridade pública para os demais órgãos públicos, federais, estaduais e municipais, assim como para as organizações privadas que se relacionam com o Poder Público.

No entanto, cabe ponderar que apesar do esforço da CGU em promover uma estratégia de prevenção à corrupção, a sua função de controle, tradicionalmente exercida de forma repressiva, ainda inibe os órgãos e entidades federais, até mesmo seus próprios servidores, de realizarem de forma adequada a primeira etapa do programa de integridade, da qual faz parte a revelação das fragilidades da organização para a apuração dos riscos de integridade. Há ainda os desafios da fase de objetificação, que, conforme acima exposto, envolvem a estruturação, com destinação de recursos adequados, da instância de integridade responsável pelo monitoramento e aperfeiçoamento dos instrumentos e mecanismos de integridade.

Pondera-se que na União a adoção dos programas de integridade é obrigatória, sendo a CGU responsável por garanti-la. Os dados coletados revelaram que, mesmo diante da imposição legal, os ór-

gãos e entidades federais tem resistido a adoção dos programas de integridade, dentre outros motivos, por desinteresse da alta gestão e resistência dos servidores em realizar a gestão de risco de integridade adequada, o que implica em revelar vulnerabilidades.

Sendo assim, um dos principais desafios revelados para a institucionalização do programa de integridade da CGU, e também dos programas de integridade dos demais órgãos e entidades federais, é o equilíbrio entre as dinâmicas de repressão e prevenção do órgão de controle federal. Isso porque os entrevistados revelaram que servidores da CGU, e dos demais órgãos e entidades federais, são resistentes à realização da gestão de riscos de integridade adequada, pois possuem um relativo temor de, ao expor os riscos de integridade, serem repreendidos pelo órgão de controle, haja vista a possibilidade de serem considerados responsáveis pelas vulnerabilidades apontadas. Em outras palavras, a atuação preventiva da CGU ainda é vista com certa desconfiança em razão da sua tradição repressiva.

Em relação aos programas de integridade pode ser observada ainda outras tensão, como a decorrente da necessidade de transparência e da necessidade de se resguardar as informações relacionadas às vulnerabilidades das organizações. Se a CGU indica que há vulnerabilidades nos controles sobre a verificação da legitimidade de certificados, pessoas podem se aproveitar da informação até que os mecanismos de tratamento estejam em funcionamento? Como tratar essa questão?

As reflexões expostas apontam para questões que podem ser exploradas pesquisas acadêmicas futuras. Havendo um diagnóstico dos problemas, um caminho para se encontrar soluções é o estudo comparado com outros países, a exemplo de Anechiarico (2010) que buscou repostas para a tensão entre a proteção da integridade pública e os interesses públicos e privados por meio do estudo de caso da integridade pública no México e da cidade de Nova York. Nesse sentido, a produção acadêmica tem potencial para colaborar com o aperfeiçoamento da burocracia, sendo tal interlocução essencial, conforme afirma Nohara (2018).

6. REFLEXÕES FINAIS

O combate a corrupção é uma pauta mundial. Os achados de pesquisa apontam que fatores externos à CGU influenciaram a adoção do programa de integridade pelo órgão. Dentre esses, há fatores globais como o acirramento das discussões em torno da corrupção e normas promulgadas nesse âmbito,

inclusive acordos multilaterais, dos quais o Brasil faz parte. Há ainda fatores particulares, como o contexto histórico do País, marcado por manifestações populares com a pauta anticorrupção, notadamente as Jornadas de Junho de 2013, e a deflagração da Operação Lava Jato, que expôs esquemas de corrupção envolvendo altos escalões do Governo, o que levou o Estado a adotar novas medidas para combater a corrupção no País, dentre elas a promoção institucional da integridade pública.

Em que pese o programa de integridade ser considerado instrumento eficaz no enfrentamento da corrupção, o fato do mesmo ser formalizado por uma organização não é suficiente para que haja alteração da realidade. Para isso ocorrer é necessário, ao menos, a sua institucionalização. Para tanto, três grandes etapas precisam ser concluídas: (i) formalização e implementação do plano de integridade; (ii) monitoramento e aperfeiçoamento dos instrumentos e mecanismos de integridade; (iii) formação e manutenção de uma cultura de integridade, em outras palavras, o programa de integridade deve superar as etapas de habitualização, objetificação e ser sedimentado.

Observou-se que a CGU se encontra na etapa de semi-institucionalização no processo de institucionalização do seu programa de integridade, sendo que essa etapa ainda não foi concluída. Isso porque, ainda não há consenso organizacional a respeito do valor do programa de integridade, o que Tolbert e Zucker (1999) definem como essencial para a conclusão dessa etapa. Ademais, a equipe responsável pelo programa de integridade do órgão revelou a necessidade de aprimoramento da sua estrutura dada a sua relativa falta de recursos, assim como a necessidade do seu empoderamento pela alta gestão a fim de que essa tenha *enforcement* para realizar as ações características da fase de objetificação.

Percebeu-se que, desde a criação do programa de integridade da CGU, há evolução dos processos de habitualização e objetificação. Não se ignora que a sedimentação exige tempo, porém, verifica-se também que é necessário que as intervenções na organização não fiquem restrita a grupos, tampouco a modificações superficiais, sob pena de que o programa funcione como reforço à retórica de integridade e não a um esforço genuíno de alcançar novo patamar da cultura organizacional, com construção de barreira contra a corrupção. Diante disso, reflete-se que são necessárias adequações no processo de institucionalização do programa de integridade da CGU.

Para alcançar a sedimentação um aspecto principal se mostra desafiante para a CGU: a gestão de

riscos de integridade. Cabe refletir que a atuação de um órgão de controle, na dinâmica brasileira, é frequentemente vista como maniqueísta, o que dificulta, dentre outros fatores, que os membros exponham formalmente os eventos vulneráveis à corrupção. Porém, o reconhecimento do risco é essencial para que um plano de integridade alcance resultado, pois esse deve ser construído a partir da consciência de que a corrupção ocorre, ou seja, que a organização é corrompível, e que há eventos que implicam mais riscos que outros. Sendo assim, aos olhos dos servidores federais, há um aparente conflito entre a função preventiva e repressiva da CGU, na medida que esses tem receio de ao expor os riscos à corrupção para a construção do plano de integridade, voltado para prevenção, mas serem reprimidos pelo o órgão de controle em razão da exposição vulnerabilidades.

Conforme afirma a OCDE (2020), nenhum país, conseqüentemente, nenhum órgão estatal, está imune à corrupção. Diante do reconhecimento da possibilidade de corrupção e da impossibilidade de controle total e homogêneo frente a recursos restritos, as vulnerabilidades mais agudas à corrupção precisam ser conhecidas, expostas e melhor geridas pelas organizações a fim de integridade seja alcançado. Portanto, para que o objetivo de integridade seja alcançado é necessário, dentre outros fatores, que haja um ambiente propício para exposição a avaliação dos riscos de integridade e assimilação pelos seus membros da necessidade de prevenção à corrupção, até mesmo dentro de um órgão de controle, frisa-se.

Outrossim, a pesquisa demonstrou que adoção do programa de integridade pela CGU está fortemente relacionado com a sua atuação como agência anticorrupção, na medida em que esse visa induzir a integridade pública na Administração Pública federal, assim como também em outras organizações públicas e privadas. Em outras palavras, a CGU tem o objetivo de ser “*champion*” na disseminação dos programas de integridade (TOLBERT; ZUCKER, 1999). No entanto, para que a CGU alcance esse objetivo, sendo um farol da integridade pública, ela precisa superar os desafios que vem enfrentando para a institucionalização do seu próprio programa de integridade. Isso porque, o programa de integridade da CGU somente vai funcionar como estímulo isomórfico se for reconhecido como legítimo pelo seu campo organizacional e, para isso, conforme afirma Tolbert e

Zucker (1999), é necessário certo grau de consenso social entre os decisores da organização a respeito do valor da estrutura e crescente adoção pelas por outras organizações com base nesse consenso.

A tônica pedagógica da CGU reforça que os programas de integridade vão além das vertentes tradicionais de enfretamento a corrupção, que são marcadas por conceitos como patrimonialismo e *rent-seeking*, e se inserindo na vertente republicana de enfretamento à corrupção, voltada à prevenção. Esta vertente frisa que o Estado deve partir de mecanismos de incentivos à atuação em conformidade e, somente como segunda linha de defesa, dispor sobre sanções. Nesse sentido, repisava-se a importância de trabalhos como este, ainda raros, que realizam esforço de analisar empiricamente a atuação da CGU, especialmente aquela para “além do clássico controle da legalidade” (LOUREIRO *et al.*, 2012, p. 55).

Ademais, o presente trabalho suscita reflexões sobre a complexidade em torno dos processos relacionados a um programa de integridade, visto que demonstra que até mesmo o órgão federal de controle interno do País, pivô do enfretamento à corrupção como afirmam Machado e Paschoal (2016), vem enfrentando desafios nessa seara.

Além disso, este artigo colabora com o preenchimento da lacuna observada na literatura brasileira em relação ao programas de integridade, os quais são cada vez mais adotados pelas organizações do País, porém são pouco investigados do ponto de vista científico.

Por fim, o presente artigo discute tema recente, em voga, carente de abordagem científica e, conseqüentemente, desafiador. Diante disso, promove diversos questionamentos os quais podem ser explorados em novas pesquisas. Por exemplo, sugere-se que estudos continuem a analisar a institucionalização do programa de integridade da CGU a fim de verificar a sua evolução. Ademais, sugere-se estudos sobre os programas de integridade dos demais órgãos e entidades federais a fim de verificar se a CGU alcança seu objetivo de induzir a integridade pública, assim como, verificar os programas de integridade de outras organizações, públicas e privadas. Recomenda-se, ainda, pesquisas voltadas para a verificação da eficácia dos programas de integridade, de uma forma geral, em relação à corrupção, a fim de constatar sua importância para além da legitimidade conferida às ações dos adotantes e da sua simbologia perante o campo organizacional.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ítalo C.; LESSA, Bruno S.; MARINO, Pedro B. L. P.; BRAGA, Danielle S. G.; CABRAL, Augusto César A.; SANTOS, Sandra Maria D. The institutionalization process of the support program for exchange students from The Federal University of Ceará. *Revista Alcance*, v. 22, n. 3, p. 379-393, 2015.
- ALBRES, Hevellyn. Programas de Integridade na Administração Pública Federal Direta. In: FIGUEIREDO, Fabiana V. D. de (Org.). *Temas específicos de compliance*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31-50.
- ALMEIDA, Graziela M. A.; BORGES, Rafael J.; VIEIRA, Saulo F. A. Processo de institucionalização da pesquisa com Pinhão-manso: um estudo na Embrapa - DF. *Revista Eletrônica de Administração e Turismo*, v. 10, n. 5, p. 1245-1266, jan./jun. 2017.
- ANECHIARICO, Frank La corrupción y el control de la corrupción como impedimentos para la competitividad económica. *Gestión y política pública*, v. 19, n. 2, p. 239-261, 2010.
- ARANHA, Ana L.; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de accountability no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Enap*, 2016.
- BARBOSA, Renata V. do N.; WANDERLEY, Cláudio de A.; SOEIRO, Tiago de M. Institucionalização dos mecanismos de controle gerencial no relacionamento interorganizacional de uma empresa do setor elétrico. *Revista Universo Contábil*, v. 13, n. 3, p. 29-49, jul./set. 2017.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre A.; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.
- BOTELHO, Louise L. R.; CUNHA, Cristiano C. de A.; MACEDO, Marcelo. O método da revisão integrativa nos estudos organizacionais. *Gestão e Sociedade*, v. 5, n. 11, p. 121-136, 2011.
- BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.683.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8109.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remaneja cargos em comissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5683.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. Portaria nº 750, de 20 de abril de 2016. Institui o Programa de Integridade da Controladoria-Geral da União. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/41669>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 784, de 28 de abril de 2016*. Institui o Programa de Fomento à Integridade Pública da Controladoria-Geral da União, para a administração pública, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21512003/do1-2016-04-29-portaria-n-784-de-28-de-abril-de-2016-21511887. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Instrução Normativa conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016*. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 1.827, de 23 de agosto de 2017*. Institui o Programa de Fomento à Integridade Pública -Profip do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, para órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19275686/do1-2017-09-04-portaria-n-1-827-de-23-de-agosto-de-2017-19275587. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 1.075, de 23 de abril de 2018*. Aprova o Plano de Integridade do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/governanca/programa-de-integridade-da-cgu/arquivos/portaria-1750-2018.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018*. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/11984199/do1-2018-04-26-portaria-n-1-089-de-25-de-abril-de-2018-11984195. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 57, de 4 de janeiro de 2019*. Altera a Portaria CGU nº 1.089, de 25 de abril de 2018, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029864/do1-2019-01-07-portaria-n-57-de-4-de-janeiro-de-2019-58029797. Acesso em: 20 set. 2019.

CARVALHO, Laura. *Valsa Brasileira: do boom ao caos econômico*. São Paulo: Todavia, 2018.

CARVALHO, Cristina A.; VIEIRA, Marcelo M. F.; GOULART, Sueli. A trajetória conservadora da teoria institucional. *Revista de Administração Pública*, n. 39, v. 4, p. 849-874, jul./ago. 2005.

CASTRO, Rodrigo P. A. de; ZILIOOTTO, Mirela M. Compliance e a lógica do controle interno prevista no artigo 70 da Constituição da República de 1988: trinta anos de atualidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MOTTA, Fabrício e (org.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 267-280.

CASTRO, Rodrigo P. A. de; ZILIOOTTO, Mirela M. *Compliance nas contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Guia de Integridade Pública*, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Manual para Implementação de Programas de Integridade*, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública*, 2018a. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade*, 2018b. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Empresa Pró-Ética*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/historico>. Acesso em: 20 set. 2019a.

CGU. Controladoria-Geral da União. *Histórico*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico/historico>. Acesso em: 20 set. 2019b.

- CGU. Controladoria-Geral da União. *Mapa Estratégico - Missão, Visão e Valores*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/governanca/planejamento-estrategico/imagens/mapaestrategico.png/view>. Acesso em: 20 set. 2019c.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *Plano de Integridade CGU*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/governanca/programa-de-integridade-da-cgu/arquivos/plano-de-integridade-cgu.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019d.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *Ouvidoria*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/ouvidoria>. Acesso em: 20 set. 2019e.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *Programa de Integridade da CGU*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/ouvidoria>. Acesso em: 20 set. 2019f.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *Painel Integridade Pública*. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/integridadepublica/index.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020a.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *SeCI*. Disponível em: <https://seci.cgu.gov.br/SeCI/Login/Externo.aspx?ReturnUrl=/SeCI/>. Acesso em: 29 fev. 2020b.
- CGU. Controladoria-Geral da União. *Coleção Programa de Integridade*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/colecao-programa-de-integridade>. Acesso em: 29 fev. 2020c.
- CRESWELL, John W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre cinco abordagens*. Porto Alegre: Penso, 2014.
- DEAKIN, Simon; GINDIS, David; HODGSON, Geoffrey; KAINAN, Huang; PISTOR, Katharina. Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law. *Journal of Comparative Economics*, v. 45, n. 1, fev. 2017.
- DiMAGGIO, Paul J., POWELL, Walter W. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.
- DOJ - Department of Justice. *Evaluation of Corporate Compliance Programs, 2020* Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 10. jun. 2020.
- FISS, Peer C. Institutions and Corporate Governance. In: GREENWOOD, Royston; OLIVER, Christine; SUDDABY Roy; SAHLIN, Kerstin (Ed). *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*. London: SAGE, 2008. p. 389-410.
- FORTINI, Cristiana. Programas de Integridade e a Lei Anticorrupção. In:
- PAULA, Marco Aurélio B. de; CASTRO, Rodrigo Pironti A. de (Coord.) *Compliance, gestão de risco e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 193-201.
- GARCIA, Leice Maria; TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa. Análise de limites dos sistemas de contabilidade e controle para o enfrentamento do problema da corrupção sistêmica no Brasil: lições dos casos da Suécia e da Itália. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 79-98, jan. 2020.
- HEYWOOD, Paul; ROSE, Jonathan. Curbing corruption or promoting integrity? Probing the hidden conceptual challenge. In: HARDI, Peter; HEYWOOD, Paul.; TORSELLO, Davide (Ed.). *Debates of Corruption and Integrity: Perspectives from Europe and the US*. London: Palgrave Macmillan, 2015. p.102-119.
- INTERNATIONAL STANDARD. ISO 19600:2014(E): *Compliance management systems - Guidelines*. Disponível em: https://portaldagestaoaderiscos.com/wp-content/uploads/2017/12/ISO_19600_2014en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.
- LATINOBARÓMETRO. Informe 2018. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- LOUREIRO, Maria R.; ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antônio. C. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 17, n. 60, p. 54-67, 2012.
- MACHADO, Maíra R.; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 35, n. 1, p. 11-36, mar. 2016.
- MARCUS, Bernd; WEIGELT, Oliver; HERGERT, Jane; GURT, Jochen; GELLÉRI, Petra. The use of snowball sampling for multisource organizational research: Some cause for concern. *Personnel Psychology*, v. 70, n. 3, p. 635-673, 2017.
- MÉON, Pierre-Guillaume; SEKKAT, Khalid. Does corruption grease or sand the wheels of growth. *Public Choice*, v. 122, p. 69-97, 2005.

- MEYER, John; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: formal structures as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2, p. 340-363, 1977.
- MIRANDA, Rodrigo F. de A. *Implementando a Gestão de Risco no Setor Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NASCIMENTO, Juliana O. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e compliance no setor público. In: PAULA, Marco Aurélio B. de; CASTRO, Rodrigo P. A. de (Coord.). *Compliance, Gestão de Risco e Combate à Corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 343-371.
- NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio B. de; CASTRO, Rodrigo P. A. de (Coord.) *Compliance, gestão de risco e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 327-342.
- OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública*, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.
- OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *OECD Public Integrity Handbook*, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/oecd-public-integrity-handbook-ac8ed8e8-en.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Temístocles M.; COSTA, Frederico J. L.; MENDES, Arnaldo Paulo. Perspectivas teóricas da corrupção no campo da Administração Pública brasileira: características, limites e alternativas. *Revista do Serviço Público*, n. 67 (Ed. Especial), p. 111-137, 2016.
- PECI, Alketa; VIEIRA, Marcelo, M. F.; CLEGG, Stewart R. A construção do “real” e práticas discursivas: o poder nos processos de institucionaliz(ação). *Revista de Administração Contemporânea*, v. 10, n. 3, p. 51-71, jul./set. 2006.
- PECI, Alketa. A Nova Teoria Institucional em Estudos Organizacionais: uma abordagem crítica. *Cadernos EBAPE*, v. 4, n. 1, p. 1-12, mar. 2006.
- PEREIRA, Fernando. A evolução da teoria institucional nos estudos organizacionais: um campo de pesquisa a ser explorado. *Revista Organizações em Contexto*, v. 8, n. 16, p. 275-295, 2012.
- PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. NY; Oxford University Press, 1997.
- PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1993.
- RIBEIRO, Érica B. Q.; MACHADO, Bruno A.. A evolução identitária da Controladoria-Geral da União: polifonia e decisões em políticas de transparência e acesso à informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 1, 2020.
- ROSE-ACKERMAN, S. Introduction: The Role of International Actors in Fighting Corruption. In: Rose-Ackerman, S.; Carington, P. D. *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* Carolina Academic Press, 2014. Chapter 1.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge University Press, 2016.
- SADEK, Maria T. A. Combate à corrupção: novos tempos. *Revista da CGU*. Brasília, v. 2, n. 20, p. 1276-1283, 2019.
- SELZNICK, Philip. Institutionalism ‘old’ and ‘new’. *Administrative Science Quarterly*, v. 41, n. 2, p. 270-277, 1996.
- SCOTT, Walter R. *Institutions and organizations: ideas, interests and identities*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2014.
- TOLBERT, Pamela; ZUCKER, Lynne. A institucionalização da teoria institucional. In: CLEGG, Stewart R.; HARDY, Cynthia; NORD, Walter R. (Org.). *Handbook de estudos organizacionais*. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1, p. 196-219.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Glossário Anticorrupção*. Disponível em: <https://www.transparency.org/glossary/term/integrity>. Acesso em 20 set. 2019.
- USSC - United States Sentencing Commission. *2018 Guidelines Manual Annotated*. Disponível: <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>. Acesso em: 10 set. 2019.
- YIN, Robert. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Bookman, 2001.



Dalila Martins Viol

<https://orcid.org/0000-0002-3640-7684>

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo (FGV-SP), Brasil.

dalilamartinsviol@gmail.com

Pesquisadora do Programa de Pesquisa em Controle Governamental, Prevenção e Combate da Corrupção em Minas Gerais. Pesquisadora-estagiária da FGV-SP. Membro do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP. Advogada OAB/MG 155.219. Doutoranda em Direito pela Fundação Getúlio Vargas São Paulo (FGV-SP). Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (FJP). Especialista em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia da OAB Minas Gerais (ESA-MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

A Quem Você é Leal? Motivações para o whistleblowing¹

Who are you loyal to? Motivations for whistleblowing

¿A quién eres leal? Motivaciones para el whistleblowing

Pâmela de Rezende Côrtes²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.350>

Resumo: O objetivo desse trabalho é discutir as motivações intrínsecas para a existência do *whistleblower*, contrapondo com as motivações extrínsecas, que são mais amplamente discutidas no meio acadêmico e usadas em regulações pelo mundo. Focaremos na importância do julgamento social do ato e das motivações morais vinculadas ao *trade-off* entre os valores da lealdade e da equidade. Para tanto, primeiro apresentaremos o instituto, tendo em vista a regulação internacional e a recente regulação nacional trazida pelo Pacote Anticrime aprovado em 2019. Depois, apresentaremos a principal motivação utilizada, a recompensa financeira. Passaremos para os paradigmas teóricos usados na pesquisa para estudar a motivação intrínseca, notadamente o Modelo Social Intuicionista para a importância do julgamento dos outros e a Teoria das Fundações Morais para a explicação sobre equidade e lealdade. Por fim, refletiremos a importância de compreender as motivações intrínsecas para um desenho institucional e legislativo mais eficiente.

Palavras-chave: *Whistleblower*; Pacote Anticrime; Julgamento Moral; Teoria das Fundações Morais.

Abstract: The aim of this paper is to discuss the intrinsic motivations for the existence of the whistleblower, opposed to the extrinsic motivations, which are more widely discussed in academia and is used in regulations around the world. We will focus on the importance of the social judgment of the act and the moral motivations linked to the trade-off between the values of loyalty and equity. To this end, we will first introduce the institute, with an overview on international regulation and the recent brazilian regulation brought by the Pacote Anticrime, approved in 2019. Then, we will present the most used motivation, the financial reward. We will move on to the theoretical paradigms used in research to study intrinsic motivation, notably the Social Intuitionist Model for the importance of judging others and the Moral Foundations Theory for explaining equity and loyalty. Finally, we will discuss the importance of understanding the intrinsic motivations for a more efficient institutional and legislative design.

Keywords: *Whistleblower*; Pacote Anticrime; Moral Judgment; Moral Foundations Theory.

Resumen: El objetivo de este trabajo es discutir las motivaciones intrínsecas para la existencia del denunciante, contrastando con las motivaciones extrínsecas, las cuales son más discutidas en el ámbito académico y utilizadas en normativas alrededor del mundo. Nos centraremos en la importancia del juicio social del acto y las motivaciones morales vinculadas al trade-off entre los valores de lealtad y equidad. Para ello, en primer lugar presentaremos el instituto, con miras a la regulación internacional y la reciente regulación brasileña que trajo el Pacote Anticrime aprobado en 2019. Luego, presentaremos la principal motivación utilizada, la recompensa económica. Pasaremos a los paradigmas teóricos utilizados en la investigación para estudiar la motivación intrínseca, en particular el Modelo Social Intuicionista por la importancia de juzgar a los demás y la Teoría de los Fundamentos Morales para explicar la equidad y la lealtad.

1 Artigo recebido em 11/09/2020 e aprovado em 12/04/2021

2 Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil

Finalmente, reflejaremos la importancia de comprender las motivaciones intrínsecas para un diseño institucional y legislativo más eficiente.

Palabras clave: Denunciante; Pacote Anticrime; Juicio moral; Teoría de los fundamentos morales.

INTRODUÇÃO

O tema da corrupção tem crescido em importância no mundo. O mais conhecido índice sobre a corrupção, o Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*, CPI) da Transparência Internacional hierarquiza 180 países e territórios através de uma escala de 0 a 100. A ONG, referência no estudo do tema, define-se como “um movimento global com uma visão: um mundo em que governos, empresas, sociedade civil e o dia-a-dia das pessoas esteja livre da corrupção”³. No ano de 2019, dos 180 países avaliados, mais de dois terços são considerados corruptos de alguma forma pela população, o que significa que mais de cinco bilhões de pessoas estão vivendo em países que consideram corruptos⁴ (TRANSPARENCY INTERNATIONAL: *Corruption Perceptions Index 2019*).

O tema é também bastante relevante no país. O Latinobarômetro, um estudo sobre a opinião pública da América Latina que realiza em torno de 20.000 entrevistas em 18 países, revelou que em 2018 o tema “corrupção” foi o quarto problema mais importante na América Latina. No Brasil, o problema da corrupção é considerado o segundo problema político mais importante em 2018, atrás apenas da saúde. (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, Informe 2018).

Perigosamente, os brasileiros diminuíram o apoio à democracia em 2018 em comparação a 2017, acompanhando a tendência da região. O Brasil é o último colocado na região com relação à satisfação com a democracia e, quando os entrevistados foram perguntados se a democracia, mesmo tendo seus problemas, ainda é o melhor regime, “o Brasil cai 25 pontos percentuais desde 2013, de 81% a 56% em 2018”⁵ (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, Informe 2018).

O tema também tem ganhado cada vez mais atenção na arena política, e, como resposta, tem sido

objeto de mudanças legislativas importantes. No entanto, a despeito da importância política e jurídica da corrupção, ainda há pouco debate brasileiro sobre uma das ferramentas mais importantes e controversas no debate internacional: o instituto do *whistleblower* ou o *whistleblowing*.

A definição e a tradução do termo são questões ainda não pacificadas. Utilizaremos o termo no original, às vezes chamando o ato como reportar. Definiremos como aquele que a) expõe uma infração, ilícita ou não; b) que não tenha participado da irregularidade; c) que não tenha sido obrigado a reportar; d) que faça a denúncia em canais ou vias adequados para recebê-las e que e) tenha presenciado a infração cometida por alguém que seja de algum grupo em comum, em especial no ambiente profissional, mas sem excluir outras relações e grupos possíveis.

A definição escolhida tem como objetivo evitar a confusão com outros institutos presentes no direito brasileiro. Assim, não se confunde com os delatores (que participaram da irregularidade), com as testemunhas (obrigadas a contar o que viram em juízo), com aqueles que expõem a público as infrações, como as publicando na internet ou simplesmente espalhando a notícia nos ambientes sociais (não faz a denúncia em vias adequadas) ou o denunciante anônimo que presencia alguma infração sem ter qualquer relação com os envolvidos, como uma infração ocorrida em via pública (em um ambiente sem qualquer relação especial ou qualquer identificação grupal).

O *whistleblower* é tratado em dois documentos internacionais importantes. Na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo país, o art. 33 afirma que cada país deve considerar a possibilidade de incorporar o instituto em seu ordenamento jurídico, oferecendo medidas apropriadas de proteção (BRASIL, Decreto N° 5.687, de 31 de janeiro de 2006). O ponto negativo desse artigo é que ele não é mandatório. O artigo apenas recomenda os Estados-parte, mas não os obriga de nenhuma forma a garantir a proteção dos *whistleblowers* dentro de seu arcabouço jurídico interno. Assim, torna-se “plenamente factível para um Estado dizer que tem consi-

3 Tradução livre de: “*global movement with one vision: a world in which government, business, civil society and the daily lives of people are free of corruption*”.

4 O índice é feito como uma escala que vai de 0 (zero), muito corrupto, a 100 (cem) totalmente “limpo”. Dois terços dos países pontuaram abaixo de 50 pontos.

5 Tradução livre de “*Brasil esta cae 25 puntos porcentuales desde 2013, de 81% a 56% en 2018*”.

derado o artigo 33 enquanto não adota nenhuma medida”⁶ (CARR, LEWIS, 2010, p. 57).

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, por sua vez, também prevê o instituto do whistleblower, ao considerar que, dentre as medidas preventivas de corrupção contidas no art. III, está prevista a consolidação de sistemas capazes de proteger servidos e cidadãos que denunciem atos de corrupção (BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002).

Em termos nacionais a ENCCLA, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, criada em 2003, criou um documento chamado “Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil” em 2016 (ROCHA, 2016). E temos duas regulamentações que tratam do tema e que veremos em momento oportuno: a Lei de Acesso à Informação em 2011 e a Lei nº 13.608, promulgada em 2018 com importantes modificações feitas pela aprovação do chamado Pacote Anticrime em dezembro de 2019.

O tema, porém, é polêmico. Embora seja um instrumento interessante, ele é carregado de controvérsia moral, já que o ato pode ser encarado tanto de forma positiva quanto de forma negativa por aqueles que fazem parte do grupo do whistleblower. Nosso objetivo nesse trabalho é compreender como as questões de fundo moral são relevantes para a devida compreensão do objeto, trazendo luz às questões psicológicas subjacentes.

Em especial, intencionamos compreender como as questões morais influenciam a decisão por reportar ou não. Se se deseja não apenas regular, mas estimular as pessoas a denunciarem, então é preciso entender quais motivações importam. Em geral, as regulações buscam estimular por meio de programas de recompensas que podem ser aplicados a organizações do setor público ou privado. Esses programas podem visar indivíduos ou grupos que possuam informação interna sobre atos passados, presentes ou prováveis no futuro, e podem envolver ilícitos, crimes econômicos, atuação irregular da justiça, desperdício ou apropriação indébita por uma organização, degradação do meio ambiente ou perigo para a saúde ou segurança de um indivíduo ou comunidade (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Whistleblower Reward Programmes*).

As recompensas usuais são monetárias, e correspondem a parte do valor que foi recuperado em função da denúncia feita. O foco nos fatores mone-

tários, porém, longe de abarcarem todas as possibilidades regulativas, podem concorrer justamente para tornar ainda mais difícil a decisão moral dos sujeitos, já que a decisão passa a ser encarada sob a ótica do benefício financeiro em detrimento de um reconhecimento social ou de uma decisão por fazer o que é certo.

Entender as motivações morais torna-se fundamental para desenhar estratégias eficientes de estímulo do whistleblower. Em um primeiro momento, é importante entender a importância da opinião e julgamento que os outros fazem a respeito do ato de reportar. Para compreender como as decisões dos indivíduos podem ser influenciadas por deliberações morais de terceiros, utilizaremos o Modelo Social Intuicionista, que afirma que os julgamentos morais são feitos de forma intuitiva e são altamente dependentes da posição moral das demais pessoas.

O que parece é que há dois valores fundamentais em conflito na decisão: a equidade e a lealdade. Eles serão estudados à luz da Teoria das Fundações Morais, que é uma teoria da psicologia social que busca entender quais são os valores morais principais que balizam os julgamentos morais dos sujeitos. Essas fundações, embora estejam presentes em todas as culturas, são preenchidas, determinadas e valoradas diferentemente, a depender do contexto cultural em que o indivíduo está inserido.

Nosso foco principal é a lealdade. Embora possa ter várias definições, ficaremos por ora com uma definição bem ampla: a lealdade seria um valor que se constrói em função da identificação grupal, e nos faz perceber a nós e aos outros como parte de um “mesmo time” (HAIDT, 2013, p. 178). Esse valor parece ser atingido quando alguém decide reportar, de alguma forma traindo as expectativas do grupo ao delatar a irregularidade de um membro. Assim, compreender as redes de lealdade se torna fundamental para entender quais são as reais motivações dos sujeitos que se tornam whistleblowers, assim como é fundamental para entender aqueles que decidem por não relatar as irregularidades presenciadas ou sabidas.

O desenho institucional de um canal de denúncia e a regulação jurídica do tema só se tornarão adequados e capazes de aumentar a probabilidade de reportar se compreendermos quais são os reais estímulos ou desestímulos aos indivíduos whistleblowers. Nesse sentido, o excessivo foco nas vantagens e recompensas financeiras pode ser ineficiente se o objetivo for ampliar a persecução dos atos de corrupção, e deveríamos estar mais atentos aos valores morais envolvidos.

⁶ Tradução livre de: “It is perfectly feasible for a State to say that it has considered Article 33 but to have not adopted any measures (...)”.

Para o desenvolvimento do trabalho, primeiro apresentaremos as condições que devem ser preenchidas para a própria existência de um *whistleblower*, sobretudo em relação à proteção dos indivíduos em face de possíveis retaliações. Para tanto, fizemos uma pesquisa exploratória e utilizamos documentos oficiais e de organizações internacionais reconhecidas. Depois, demonstraremos como o debate jurídico está centrado nas recompensas financeiras. Dessa forma, buscamos demonstrar parcialmente como os debates giram em torno das razões monetárias, sem se atentar para o possível deslocamento da questão que é, em última instância, uma decisão moralmente carregada. Nessa parte do trabalho, primeiro exporemos os documentos internacionais e nacionais que tratam do tema, resultado de uma pesquisa exploratória, que propõem, essencialmente, recompensa financeira pelos valores recuperados em função da denúncia. Em seguida, faremos uma pesquisa parcial e apresentaremos alguns artigos encontrados que tratam da efetividade da recompensa financeira ou de outros incentivos, acessados através do Portal CAPES⁷ numa busca que utilizou os seguintes termos: *whistleblow** + *motivation** OR *incentive** OR *cause**. Como esperado, encontramos basicamente trabalhos falando das recompensas financeiras. Faremos uma apresentação não sistemática dos dados, já que muitos trabalhos tratavam de modelos de compreensão da decisão baseada em análise econômica do Direito, por exemplo, ou outras informações correlatas, mas não necessariamente abordando a efetividade da recompensa como estímulo. Por fim, discutiremos a importância da compreensão do aspecto moral da decisão, focando na influência da opinião dos outros na decisão dos indivíduos e nos valores que balizam essa decisão, sobretudo a lealdade e a equidade. Para essa parte do trabalho, fizemos uma pesquisa explicativa, com foco em uma teoria da psicologia social com relevância internacional demonstrada no uso pela Transparência Internacional; então fizemos um aprofundamento teórico do referencial e as primeiras reflexões de caráter analítico e ainda incipiente para o desenho de regulações mais efetivas no Brasil.

7 “O Portal de Periódicos, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), é uma biblioteca virtual que reúne e disponibiliza a instituições de ensino e pesquisa no Brasil o melhor da produção científica internacional. Ele conta com um acervo de mais de 38 mil títulos com texto completo, 134 bases referenciais, 11 bases dedicadas exclusivamente a patentes, além de livros, enciclopédias e obras de referência, normas técnicas, estatísticas e conteúdo audiovisual.” Disponível em: https://www.periodicos.capes.gov.br/index.php?option=com_pcontent&view=pcontent&alias=missao-objetivos&Itemid=109. Acesso em 24 de março de 2020.

1. CONDIÇÕES PARA A EXISTÊNCIA DO WHISTLEBLOWER

Há condições básicas para que alguém decida reportar, que, caso não sejam cobertas, serão o principal desestímulo para os indivíduos. Não se trata de estratégias positivas de encorajamento, mas meros requisitos mínimos, sobretudo programas que visem à proteção do *whistleblower* de forma abrangente, já que ele está se dispondo a relatar atos de infração e está suscetível a todo tipo de tratamento injusto.

Um dos princípios fundamentais propostos em um guia pela Transparência Internacional com relação à proteção dos *whistleblowers* diz respeito ao sigilo, afirmando que a identidade só deve ser tornada pública com a anuência explícita deste. O que quer dizer que há uma autoridade que pode conhecer a identidade do *whistleblower*, mas se compromete a não revelá-la, exceto se/quando autorizado (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*).

O guia também fala sobre o anonimato, que seria um passo além na proteção da identidade do *whistleblower*, pois garantiria que ninguém poderia acessá-la. Esse anonimato, porém, impõe algumas dificuldades, já que pode ser importante estabelecer diálogo entre a autoridade que está investigando e o denunciante para que haja esclarecimentos ou até mesmo para garantir sua proteção, se necessário. Há, de toda forma, estratégias possíveis, sobretudo usando meios de comunicação virtuais, de ao mesmo tempo manter o anonimato e permitir o diálogo de forma segura (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*).

A garantia de sigilo está conectada a outra condição fundamental, que é a proteção contra possíveis retaliações (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*). No caso do medo da retaliação, as recomendações gerais no momento da regulação ou implementação do *whistleblower*, são de proteger ao máximo o sujeito, tentando prever todas as formas de retaliação e criando mecanismos de supervisão de possíveis atos contrários ao seu lugar na organização ou até mesmo sua integridade física e psicológica.

A retaliação pode ocorrer em diversos ambientes e culturas distintos. Isso demonstra o quanto é importante compreender como o ato é visto pelos demais membros do grupo. Cultura, aqui, está sendo usada de duas formas. No sentido mais amplo, cultura é o conjunto de costumes, comportamentos e crenças formados por e para uma sociedade. No sentido mais estrito, pode ser usada com relação a

empresas ou organizações, como o modo comum de pensamento e de ação, relativamente compartilhado e que deve ser aprendido e aplicado por todos os membros dessa referida coletividade menor (DORTIER, 2010, p. 104-106)

Em culturas organizacionais hierárquicas, como ambientes burocráticos, pode haver uma retaliação forte nos casos de *whistleblowing* especialmente quando não são claras as normas tanto sobre a irregularidade quanto sobre as proibições à retaliação. Além disso, o *whistleblower* pode estar atentando diretamente contra a estrutura de autoridade, ao questionar decisões do alto escalão, por exemplo, quebrando aquilo que mantém a burocracia coesa (no sentido weberiano). É possível pensar, portanto, que a retaliação seja grande em organizações em que há uma burocracia rígida e com pouco espaço para mudanças. Em sistemas baseados no desempenho e no mérito, porém, também pode haver retaliação. Especialmente quando a infração parece ter na verdade colaborado para o desempenho da organização da qual faz parte o *whistleblower*, a denúncia é vista como prejudicial aos objetivos do grupo (MICELI, NEAR, DWORKIN, 2008, p. 118-119).

Mesmo que haja um sistema efetivo de combate à retaliação ao *whistleblower*, é possível que o medo concorra para impedi-lo de relatar as infrações presenciadas ou percebidas. O impedimento ocorre porque, por mais que se tomem os devidos cuidados para protegê-lo dos danos prováveis ou perceptíveis, ainda é difícil evitar os “danos imateriais de difícil acautelamento, tais como abalos psicológicos, à carreira, dificuldades nos relacionamentos interpessoais, familiares e profissionais, tudo em decorrência do ato de reportar” (ROCHA, 2016, p. 17).

Dessa forma, o medo de sofrer em função do ato é um desincentivo que deve ser considerado e é fundamental garantir a proteção do *whistleblower*, sob o risco do sistema não alcançar os fins almejados. O sistema de *whistleblowing* deve ter como objetivo, portanto: receber com confidencialidade as dúvidas dos possíveis *whistleblowers*, tanto com relação aos seus direitos quanto às próprias atitudes suspeitas, e deve receber as denúncias das infrações de forma discreta, encaminhando-as para as autoridades, internas ou externas, competentes para a investigação (ICC, Guidelines on Whistleblowing).

2. REGULAÇÃO DO WHISTLEBLOWING E MECANISMOS DE RECOMPENSA

A decisão de denunciar uma irregularidade é certamente complexa e é influenciada por múltiplos fatores. Em geral, o comportamento do *whistleblower* pode ser motivado por fatores intrínsecos ou extrínsecos. A motivação intrínseca é aquela de cunho interno do sujeito, como razões morais ou dever cívico. Já a motivação extrínseca está conectada a ações dirigidas por comandos externos, como recompensas ou pagamentos. Esses conceitos foram posteriormente ampliados e é possível falar na identidade como uma motivação intrínseca e nas expectativas e regras sociais e jurídicas como motivações extrínsecas (FELDMAN, LOBEL, 2009). Discutiremos essa divisão mais à frente, mas por enquanto é interessante utilizar essa divisão que é bastante difundida na literatura.

Em geral, os ordenamentos jurídicos tratam das motivações extrínsecas, em especial, o oferecimento de recompensas quando o ato leva à efetiva persecução e recuperação de recursos financeiros. O país mais reconhecido pela possibilidade de ser recompensado caso se reporte algum ilícito é os Estados Unidos, que tem diversas regulações e programas de *whistleblower*. Um dos documentos legais mais importantes é o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que regula recompensas envolvendo a SEC (*Securities and Exchange Commission*, a Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos) e as leis de valores imobiliários. Dentro dessa regulação, a recompensa só ocorre quando as informações fornecidas pelo *whistleblower* levam à execução bem-sucedida da ação judicial ou administrativa pela SEC, que deve recuperar pelo menos U\$1.000.000 decorrentes desse processo. Esses denunciante recebem de 10 a 30% do valor que for recuperado, há proteções contra retaliações e o *whistleblower* não é obrigado a esgotar mecanismos internos antes de reportar para a SEC (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Whistleblower Reward Programmes*).

Alguns juristas americanos criticam esse sistema de recompensa do *whistleblower* alegando que, como privilegiam a denúncia às autoridades, podem ser prejudiciais para as instituições e para os mecanismos internos de *whistleblowing* e compliance. Porém, esses sistemas podem ser vistos também como um estímulo para que as empresas e outras organizações tenham mecanismos efetivos de compliance, e abrem um canal para evitar potenciais abusos que possam ocorrer quando a denúncia é tra-

tada exclusivamente em âmbito interno (BLOUNT, MARKEL, 2012).

Há também sistemas de recompensa do *whistleblower* no Canadá, Coréia do Sul, Gana, Paquistão, Hungria, Austrália e Reino Unido, que se apresentam como mais ou menos abrangentes que o norte-americano, mas ainda estão focados na recompensa monetária (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Whistleblower Reward Programmes*). A União Europeia está trabalhando em uma regulação própria para a proteção do *whistleblower*, mas sem previsão de sistema de recompensa (*COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION*, 2019).

No Brasil, temos duas regulações importantes sobre o *whistleblower*. A primeira, de 2011, na esteira da chamada Lei de Acesso à Informação (BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), foi feita tendo em vista os servidores como *whistleblowers*⁸. Porém, foi uma alteração tímida e a “intenção do legislador foi proteger o servidor denunciante, possibilitando que a ‘informação’ seja conhecida por outras autoridades competentes e não apenas por seu chefe imediato” (DA MOTA JUNIOR, 2012, p. 10), sem nenhuma previsão de recompensa e sem abarcar também o cidadão comum.

A segunda regulamentação ocorreu no escopo da Lei nº 13.608, promulgada em 2018 e que sofreu modificações em 2019 e, dentre outras determinações, abre espaço para sistemas de denúncia dentro de órgãos públicos, bem como a criação de serviço telefônico de recebimento de denúncias e possibilita a recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. Era uma lei enxuta, mas foi modificada no conjunto de aprovações do chamado Pacote Anticrime, proposto pelo ex-ministro da justiça, Sérgio Moro. O pacote, com substanciais modificações, foi publicado no dia 24 de dezembro de 2019, como a Lei nº 13.964. Foram adicionados 3 artigos à lei de 2018, que contemplam a proteção e estímulo ao *whistleblower*, chamado nessa lei de informante. A redação legislativa ficou pouco clara, e a lei é muito recente, de forma que ainda não se pode saber ao certo como será interpretada.

O pacote parece ter se baseado de alguma forma no projeto das Novas Medidas Contra a Corrupção, projeto que surgiu em 2018. Essas medidas surgiram depois do encerramento precoce de outro pacote, chamado de as “10 medidas contra a corrupção”. Teve ampla participação social e acabou com 70 medidas distribuídas em 12 blocos (MOHALLEM, 2018,

p. 4). O tema do *whistleblower* (traduzido aqui como reportante, que nos parece a tradução mais acertada) encontra-se no 8º ponto do 2º bloco, Participação e controle Social, denominado “Proteção do reportante de suspeita de irregularidades (“*whistleblower*”)”. O projeto é extenso, conta com 59 artigos e contempla detalhes da proteção: relatos encaminhados a entes privados, relatos encaminhados a entes públicos, medidas de proteção ao *whistleblower*, atos atentatórios ao programa e medidas de incentivo. Seu objetivo geral é o de instituir o “Programa Nacional de Incentivo e Proteção de Relatos de Suspeita de Irregularidades, estabelecendo incentivo e proteção ao cidadão para que colabore com o Estado na luta contra a corrupção” (MOHALLEM, 2018, p. 101).

Dentre as mudanças do pacote aprovado, a lei ampliou as pessoas de direito público abarcadas e, ao invés de possibilitar a criação dos canais de denúncia, acabou por obrigar que todos os entes o tenham (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) (BRASIL. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018). A lei fala sobre recompensas em dois momentos, no parágrafo único do art. 4 e depois novamente no art. 4-C, que em seu parágrafo 3º afirma:

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (BRASIL. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018).

Assim, considerando a leitura somada dos arts. 4 e 4-C, é possível dizer que a lei enfim estabelece a possibilidade de agraciar o *whistleblower* com um valor monetário decorrente de sua denúncia, estabelecendo inclusive um teto de 5%, embora não fixe valor mínimo a ser recuperado para que haja a recompensa como a normativa americana. A lei também esclarece algumas das proteções ao informante, que: tem direito à preservação de sua identidade, que só poderá ser revelada mediante interesse público ou quando necessário para a apuração dos fatos denunciados e com sua concordância formal; também está protegido de retaliações, tais como demissão arbitrária, sanções, prejuízos, ou até mesmo negativa de fornecimento de boas referências; por fim, a lei garante ao informante ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais provenientes da denúncia, sem prejuízo dos danos morais cabíveis (BRASIL. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018).

8 A modificação foi feita na Lei nº 8.112 de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

É importante compreender, também, que a regulação diz respeito não apenas a crimes e irregularidades que digam respeito à administração pública, mas ao interesse público. Embora o art. 4 abarque apenas crimes e ilícitos administrativos, o 4-A aumenta o escopo e fala de quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. A Transparência Internacional, em documento que busca estabelecer um guia para a boa legislação da matéria, afirma que “*Whistleblowers* cumprem um papel essencial na exposição de corrupção, fraude, má gestão e outros ilícitos que ameacem a saúde e segurança públicos, integridade financeira, direitos humanos, meio ambiente e o estado de direito” (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*).

A legislação brasileira parece ter atendido algumas das recomendações desse guia, como o fato de detalhar a importância do sigilo e efetivamente propor a introdução do *whistleblower* no sistema jurídico brasileiro. No entanto, o fato é que encontra diversos pontos sensíveis, que demandam muita discussão e que levariam a mudanças em diversos arcabouços jurídicos, como regras do direito penal, alterações em regras trabalhistas, o desenho das instituições que receberão as denúncias, etc. O que se percebe é que o Pacote Anticrime não deu o devido tratamento a um tema de tamanha complexidade, que envolve diversos âmbitos do Direito e que precisaria de um amadurecimento melhor do debate, tanto dos cidadãos quanto do público especializado (BELTRAME, SAHIONE, 2019, p. 25-26), sendo muito menos detalhado do que o que foi proposto nas Novas Medidas Contra a Corrupção, embora nele pareça ter se inspirado. No caso da recompensa, inclusive, ainda não está claro como será apurada a importância da informação na persecução do caso, qual instituição será responsável por garantir o sigilo e a posterior recompensa, como será apurado o valor devido, etc.

Mais do que isso, o documento e a regulação do *whistleblower* não ganharam a devida discussão pública. Quando se buscou fazer uma modificação no âmbito do Distrito Federal em 2013, que daria um prêmio a quem comunicasse às autoridades prática de crime contra a Administração Pública distrital, a repercussão foi negativa e o projeto, embora tenha sido aprovado pela Câmara Legislativa, foi vetado pelo governador distrital (BUGARIN, BUGARIN,

2017). Isso nos faz questionar se o sentimento popular mudou ou se simplesmente o debate não teve tempo de ser amadurecido ou ganhou os holofotes o suficiente para que tivéssemos uma lei que ressoasse uma posição da sociedade sobre o tema.

Todos esses documentos, tanto os extranacionais quanto as novas regulações brasileiras, preveem mecanismos financeiros, ou seja, recompensa monetária para aqueles que decidem reportar. Isso demonstra quanto o debate está centrado no processo decisório estimulado por recursos financeiros, sem levar em conta outros fatores que podem fazer parte dessa decisão. É possível, inclusive, que a oferta de recursos financeiros seja um desestímulo ao *whistleblower* se houver outros fatores, sobretudo morais, que pesem mais quando o sujeito decide ou não por reportar. A efetividade desses mecanismos de recompensa financeira ainda é controversa, e é por isso que é preciso expandir a compreensão do instituto do *whistleblower*. Listaremos a seguir alguns dos estudos encontrados em nossa busca no Portal Capes. Importante ter em mente que essa não é uma apresentação sistemática dos dados, e que os estudos apenas apontam uma tendência explicativa, em especial considerando as limitações próprias dos desenhos das pesquisas (estudos quase-experimentais, surveys não representativos da população como um todo, excesso de trabalhos com falantes de língua inglesa, diferentes irregularidades sendo usadas na decisão de reportar, confiança na autodeclaração dos participantes). Eles apontam uma direção, mas não cravam um resultado.

Pesquisadores da Austrália fizeram estudos quase-experimentais com contadores norte-americanos, buscando compreender a influência tanto do estímulo financeiro quanto da percepção sobre a seriedade do ato presenciado, tanto no *whistleblowing* interno quanto externo (dentro da própria organização em que o ato reportado foi presenciado ou para autoridades externas à organização). O que eles puderam perceber é que a recompensa financeira pode aumentar a probabilidade de denunciar, embora também seja importante controlar a seriedade percebida da irregularidade. Ou seja, nesse trabalho sugere-se que há efetividade em oferecer recompensa para esse grupo de sujeitos experimentais, mas controlada pela impressão que os sujeitos tinham da gravidade do ato. Tanto a recompensa financeira quanto a percepção da gravidade do ato aumentaram a probabilidade de reportamento externo. No entanto, o elemento mais relevante é a gravidade do ato, já que quanto mais grave o ato, maior a probabilidade de reportar, independentemente de existir ou não recom-

9 Tradução livre de: “*Whistleblowers* play an essential role in exposing corruption, fraud, mismanagement and other wrongdoing that threaten public health and safety, financial integrity, human rights, the environment and the rule of law”.

pensa. Por outro lado, quando o ato era percebido como menos grave, então a recompensa financeira parecia pesar mais no processo decisório (ANDON et al, 2018). Nas palavras dos autores da pesquisa:

Os resultados sugerem que a influência do incentivo financeiro na intenção de reportar externamente uma irregularidade está sujeita ao nível de seriedade percebido [...]. Sugerem que a aplicação dos incentivos tende a aumentar significativamente o número de denúncias, sobretudo em relação a incidentes que possam ser considerados de menor relevância¹⁰ (ANDON et al, 2018, p. 175-176).

O interessante nesse estudo é que a percepção da gravidade do ato importa para esse grupo de sujeitos, ainda que não tivessem em mente nenhum ganho direto ou pessoal. Também ficou claro que a efetividade da recompensa como estímulo é relativa, já que as irregularidades com maior probabilidade de reportamento em função da recompensa são justamente as de menor interesse público.

A recompensa financeira surge novamente como objeto em estudos de reportamento de atos de pirataria de software mas, novamente, é preciso controlar outras variáveis. Os sujeitos dessa pesquisa eram universitários singapurenses, e os pesquisadores buscaram compreender a influência tanto de incentivos financeiros quanto de traços atitudinais, facilidade do ato de reportar e outras influências. Dentre os traços atitudinais, o mais relevante sugere que a pressão social importa bastante na decisão de reportar ou não a pirataria. As recompensas financeiras foram relevantes, mas apenas quando o sujeito não tinha uma posição prévia sobre a pirataria. Quando ele tinha posições mais claras, a recompensa financeira tinha pouco efeito (OH, TEO, 2010). É interessante perceber, através desse estudo, que a recompensa financeira não é capaz de sobrepor os traços atitudinais dos sujeitos. A pirataria é provavelmente um assunto diferente de outros, já que suas consequências sociais não são tão claras e há sujeitos que a defendem ativamente. Mesmo assim, pode-se inferir que tanto a pressão social quanto a posição anterior do sujeito sobre a correção ou não do ato podem ser mais relevantes do que oferecer a recompensa em si.

Uma pesquisa com estudantes de MBA norte-americanos, por meio de um *survey*, por fim, buscou explorar influência da recompensa financeira e da existência de mecanismos de proteção de identidade, anonimizando ou não. Os resultados indicam que a recompensa financeira pode aumentar a probabilidade de denunciar, mas apenas quando são solicitados a imaginarem essa decisão em relação a um outro sujeito. O estudo apresentava aos participantes um cenário hipotético em que um funcionário de uma empresa descobria uma irregularidade cometida por um superior hierárquico. Depois, pedia para eles indicarem a probabilidade de o funcionário reportar o ato, ou de eles mesmos reportarem o ato. Quando o cenário incluía recompensa financeira e a possibilidade de não ser anonimizado, os participantes que se colocaram na terceira pessoa tinham maior probabilidade de reportar, ou seja, imaginavam que o funcionário reportaria a irregularidade. Mas quando esses participantes eram solicitados a assumir a primeira pessoa, a imaginarem se se tornariam ou não um *whistleblower*, o cenário com maior probabilidade de reportamento era o que não incluía recompensa financeira e tinha a possibilidade de não ser anonimizado (POPE, LEE, 2013). Os autores acreditam que os resultados demonstram que as pessoas se sentem mais estimuladas a reportar quando veem outros fazendo, e que isso explica a diferença entre primeira e terceira pessoa. Mas uma outra possível interpretação dos dados é a de que a imagem de si mesmo aceitando a recompensa financeira ser menos desejável do que a imagem dos outros, o que poderia indicar um conflito no processo decisório e na autoimagem. Por um lado, as pessoas gostam de pensar em si mesmas como alguém que reportaria. Por outro, as pessoas não gostam de imaginar que o fazem quando o foco é a vantagem monetária envolvida.

Um relatório publicado pelo Banco da Inglaterra concluiu que não havia fortes evidências de que o sistema de *whistleblowing* nos Estados Unidos tivesse aumentado a qualidade ou a quantidade de denúncias (FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, FCA; PRUDENTIAL REGULATION AUTHORITY, PRA, 2014). Esse relatório, porém, foi rechaçado pelas autoridades americanas que inclusive solicitaram sua remoção em função da imprecisão das informações. Segundo essas autoridades, a quantidade de denúncias aumentou depois da introdução de recompensas. No entanto, não é possível garantir que a causa desse aumento foi de fato a introdução de recompensas ou se se deu por outras razões (NYRERÖD, SPAGNOLO, 2017).

10 Tradução livre de: *The results imply that the influence of financial incentive on the intention to report a wrongdoing externally is subject to the perceived level of seriousness. [...] They suggest that the imposition of incentives is likely to importantly increase the number of allegations, particularly in relation to incidentes that may be regarded as of lower significance.*

Esses estudos podem indicar que a adição de recompensa financeira não é um estímulo necessariamente efetivo, sendo necessário considerar outros fatores que influenciam o processo decisório. Os dados não são conclusivos, mas dão espaço para que imaginemos outras formas de recompensa que poderiam estimular o *whistleblower*. Dentre esses fatores, os que parecem ser relevantes são justamente os fatores intrínsecos. Importa bastante a opinião prévia do sujeito sobre o tema, sua percepção do ato, a gravidade que ele imputa à irregularidade, etc. Os fatores intrínsecos parecem ser relevantes no processo decisório, e um desses fatores é justamente a posição moral. Algumas críticas importantes a respeito da motivação sugerem que a atribuição de um valor monetário pode diminuir o valor moral ou social de certa ação esperada de um cidadão. A ação pode ser interpretada como moralmente negativa quando leva a recompensas, existindo um equilíbrio a ser considerado entre o incentivo financeiro e o desincentivo moral (BUGARIN, BUGARIN, 2017).

Num estudo envolvendo dois mil trabalhadores norte-americanos selecionados em empresas de *surveys* virtuais, os pesquisadores buscaram analisar a influência que a oferta de recompensa tem na probabilidade de um sujeito declarar que se tornaria um *whistleblower*. Eles apresentaram um caso hipotético em que uma empresa de construção, com contrato com o governo, está substituindo os produtos combinados por outros de menor qualidade, embolsando a diferença resultante. Os cenários poderiam também conter ou não medidas de proteção ao *whistleblower*, dever de reportar ou multa caso não o fizesse, e os grupos foram separados de forma que cada grupo enfrentasse um cenário distinto. Os participantes eram solicitados a imaginar a si mesmos ou a imaginar o que outras pessoas fariam nesses casos. O primeiro resultado interessante dessa pesquisa sugere que os sujeitos prediziam índices maiores de reportamento de si mesmos que de outros, e mais dos seus colegas de trabalho do que outros. Ou seja, os sujeitos viam a si mesmos como mais éticos, assim como os seus conhecidos, do que o restante da sociedade (FELDMAN, LOBEL, 2009).

A única exceção a essa avaliação de si mesmos e seus pares como mais éticos ocorreu no cenário de recompensas financeiras altas em relação a recompensas menores. Nesse caso, os participantes responderam que aumentar a recompensa aumentaria a probabilidade de outras pessoas se tornarem *whistleblowers*, mas não expandiram esse aumento a si mesmos. Isso sugere que os participantes acreditam que as motivações extrínsecas são mais importantes

para os outros do que para si, acreditando-se mais guiados pela ética (FELDMAN, LOBEL, 2009).

Outro achado desse estudo que pode aumentar a dúvida sobre a efetividade da recompensa financeira por si só diz respeito à opinião dos participantes sobre a severidade do caso. Quanto maior o nível de gravidade e de imoralidade que os participantes atribuíam à irregularidade, maior era a probabilidade de se tornarem um *whistleblower*. Mais importante, nos grupos que atribuíam maior nível de gravidade e imoralidade, a existência de recompensa financeira não modificou a probabilidade de reportar o ato. O que parece implicar que “quando os indivíduos reconhecem um interesse ético em uma questão, as discrepâncias entre os desenhos de políticas diminuem”¹¹ (FELDMAN, LOBEL, 2009, p. 1193).

Ainda decorrente desse estudo, uma outra forma de enxergar os resultados é se atentando para o grupo que atribuiu à irregularidade uma baixa gravidade. Nesse caso, a influência das motivações extrínsecas aumentou consideravelmente, e os que têm o menor índice de declaração de reportamento são justamente os que estavam num cenário de baixas recompensas financeiras. Ou seja, parece haver nesse grupo uma influência da recompensa na decisão do ato de reportar. Mas, ainda que se atribua altas recompensas, esse grupo tinha probabilidade de reportar muito menor do que o grupo de atribuição de alta gravidade, em qualquer dos cenários. Uma forma de interpretar esses dados é considerando que a moralidade percebida dos casos é mais relevante, tem mais influência e é mais efetiva do que qualquer outra adição externa (recompensa, dever, proteção ou multa) (FELDMAN, LOBEL, 2009).

De acordo com a literatura encontrada na pesquisa, o que se pode concluir é que a efetividade da recompensa financeira como estímulo ao *whistleblower* não está estabelecida, e que, quando é sugerida pelos resultados das pesquisas, é mediada por outros fatores de motivação, em especial fatores intrínsecos. É possível pensar que sua efetividade só ocorra para irregularidades pouco relevantes, ou em situações pouco carregadas moralmente, ou ainda em contextos nos quais há baixa saliência dos valores éticos ou morais. O que se pode dizer é que não se pode confiar, em termos de legislação cientificamente informada, apenas na recompensa financeira como mecanismo de estímulo ao *whistleblower*.

11 Tradução livre de: “when individuals recognize an ethical stake in an issue, policy-design variances are diminished”.

3. DINHEIRO NÃO COMPRA OU CONSPURCA A LEALDADE: A IMPORTÂNCIA DO JULGAMENTO MORAL NA DECISÃO DE REPORTAR

Apesar de ser um instituto internacionalmente reconhecido e ser defendido por diversas instâncias internacionais é possível dizer que esse não é uma ferramenta unânime. Há várias formas de enxergar o indivíduo que decide reportar uma irregularidade presenciada, tanto de forma positiva (como alguém com coragem moral ou cumpridor dos deveres cívicos, por exemplo), quanto negativa. No Brasil, podemos pensar em diversos termos que poderiam ser atribuídos aos *whistleblowers*, que não são positivos e poderiam indicar as dificuldades em termos culturais de incentivar a cultura do *whistleblowing*: “x9”, “dedo-duro”, “traíra”, “fofoqueiro”, “linguareto”, “traidor”, “judas” ou outras palavras de uso corrente. No entanto, essa não é uma particularidade brasileira. Em inglês, termos como “sneak”, “informer”, “snitch”, “rat” e outros ainda persistem no vocabulário popular e são representações de estereótipos que podem “enfraquecer a disposição das pessoas em denunciar a corrupção. Esses rótulos e percepções negativas também podem determinar como as pessoas são tratadas depois que elas aparecem”¹² (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Whistleblowing in Europe*).

Essas visões divergentes devem ser consideradas na reflexão sobre o *whistleblower* especialmente porque, se o ato contraria a visão da cultura organizacional em que se apresenta, chances há que de que nenhum estímulo seja o suficiente para suplantar a culpa moral que pode afligir aquele que considera a possibilidade de denunciar a irregularidade. É fundamental antes ter certeza de que se quer de fato implementar essa ferramenta dentro dos espaços organizacionais e dentro mesmo das instituições brasileiras.

O comportamento do *whistleblowing* é, sobretudo, um comportamento pró-social, ou seja, um comportamento que tem como objetivo beneficiar outras pessoas, mas que, ao contrário do comportamento altruísta estrito, também pode levar a ganhos pessoais. É necessariamente um comportamento que ocorre em função das relações que o sujeito tem com os seus pares, com os líderes e com as instituições. Além disso, é um comportamento que pode conter conflitos morais, uma vez que pode violar normas internas do grupo do qual o *whistleblower* faz parte. So-

mados os aspectos pró-sociais com o conflito moral torna-se ainda mais fundamental que o sujeito tenha pistas provenientes do meio e da cultura em que está inserido de que ele possa ser valorizado, de alguma forma, pelo ato de reportar (DOZIER, MICELI, 1985).

Há, portanto, influências da coletividade na ação de reportar, mas nem todos os fatores influenciam de forma igual. O que se percebe é que fatores próprios das organizações, os contextuais, podem influenciar na decisão de qual o mecanismo de reportamento que será usado (interno ou externo), enquanto as questões de fundo moral são na verdade as responsáveis por motivar os sujeitos a ‘soprarem o apito’ (DUNGAN, YOUNG, WAYTZ, 2019).

As expectativas sociais (que se expressam por meio da cultura) podem ser compreendidas não apenas como motivações extrínsecas, mas como incorporadas em mandamentos morais e regras gerais de ação dos sujeitos. Na perspectiva do Modelo Intuicionista Social (*Social Intuitionist Model*, SIM), um julgamento moral é feito de forma intuitiva na maior parte das vezes, com a razão fornecendo racionalizações depois que o julgamento aconteceu, e a maior influência decorre justamente das expectativas sociais e culturais.

Para compreender essa ideia, precisamos primeiro compreender a mente como tendo pelo menos dois sistemas: Sistema 1 e Sistema 2. O Sistema 1 corresponde à parte mais automática, é responsável pelas respostas mais rápidas e sem muito controle voluntário. O Sistema 2 é a parte que acabamos por vezes designando como eu consciente, responsável pelas atividades mentais mais complexas (KAHNEMAN, 2012, p. 29). Uma metáfora utilizada especialmente no contexto moral para explicar esses dois sistemas é a de que a mente é dividida entre o elefante, que seria o equivalente ao Sistema 1, e um montador, que equivaleria ao Sistema 2 (HAIDT, 2013, p. 53).

Essa divisão entre sistemas é bastante eficiente. Seria extremamente custoso ter de fazer uma análise consciente e refinada de cada escolha enfrentada ao longo do dia, tanto para os caçadores-coletores quanto para a mente moderna. Esse sistema dual é uma resposta elegante para o *trade-off* entre eficiência e flexibilidade (GREENE, 2013, p. 133).

Na perspectiva do intuicionismo moral, quando fazemos julgamentos morais, usamos fundamentalmente o Sistema 1. O Sistema 2 está lá para servir ao Sistema 1, e não o contrário. Embora a razão acredite estar no controle do processo de julgamento moral, na verdade a primeira análise, a análise rápida, é feita por meio do nosso sistema intuitivo. Os julga-

12 Tradução livre e adaptação de: “Sneak’, ‘informer’, ‘snitch’ and other derogatory terms for whistleblowers still persist. These stereotypes can weaken the willingness of people to report corruption. These negative labels and perceptions can also determine how people are treated after they come forward.”

mentos morais são feitos de forma rápida, sem esforço e intuitivamente (HAIDT, 2013, p. 54-55; HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 188).

No SIM, basicamente, o que acontece é que temos uma determinada situação ou evento desencadeador do julgamento moral de, digamos, o sujeito A. Esse evento passa primeiro pelas intuições de A, que forma um juízo moral da situação e depois produz uma racionalização ou um raciocínio estratégico. Essa é a parte intuicionista do modelo. A parte social, que mais nos interessa aqui, tem relação com o segundo momento, que é o de externalização do veredito. A racionalização formada entra num processo igual, de outro indivíduo, digamos, B. As razões de A passam pelas intuições de B, que julga e, por fim, racionaliza. A pode convencer B por meio das razões encontradas pelo seu julgamento e pelo julgamento em si, através da racionalização e posterior comunicação de suas racionalizações. É mais provável, nesse prisma, que mudemos nossos juízos morais por meio de outros do que pela reflexão privada, ainda que ela seja possível no modelo (HAIDT, 2013, p. 55-56, 80; HAIDT, 2001).

Assim, o que os outros expressam ser o certo em uma determinada situação será utilizado na deliberação do comportamento individual, e o conceito de motivação intrínseca e extrínseca se misturam. Quando deliberamos moralmente, essa não é uma reflexão isolada e solitária, mas é em parte uma resposta das interações sociais e percepção dos julgamentos dos demais. Se a cultura em que o indivíduo está inserido considera a atitude de reportar como moralmente reprovável, torna-se ainda mais custoso para alguém contrariar as expectativas sociais e ir a público.

Um documento da Transparência Internacional busca justamente compreender os estímulos (sob motivação extrínseca ou intrínseca) possíveis para aquele que reporta (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Whistleblower Reward Programmes*). Além da recompensa financeira, que já foi analisada acima, o documento ainda aponta três outras possíveis recomendações: reconhecimento do ato de reportar como um ato de coragem cívica, transparência e mudança cultural, que dizem respeito, em última instância, a motivações intrínsecas.

As três recomendações estão na verdade bastante próximas e se conectam às motivações culturais e sociais. Na primeira, afirma que o reconhecimento social pode servir como uma forma de incentivo e, de forma tímida, sugere que se conceda prêmios àqueles que reportarem atos, citando alguns prêmios já existentes. Na segunda, fala da importância

da transparência dos casos já recompensados, afirmando que tornar públicos os atos de *whistleblowers* bem sucedidos pode aumentar a confiança dos demais que não se sentem confortáveis em fazer o reportamento interno. E na terceira recomendação, afirma que é preciso fazer mudanças culturais, mudando os valores defendidos pela comunidade para que se desloque a atenção da lealdade para a equidade (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Whistleblower Reward Programmes*).

As duas primeiras propostas são similares e tanto a premiação quanto a transparência estão de acordo com a visão de que nos comportamos de forma pró-social e que prezamos pelo reconhecimento dos pares. A terceira recomendação que o documento da Transparência Internacional faz diz respeito à mudança cultural. Eles usam como base um artigo publicado em 2005 e que demonstrou que a decisão de reportar pode ser beneficiada por uma mudança de enquadramento da questão, no *trade-off*¹³ entre equidade e lealdade. Para compreender esse trabalho, é interessante entender antes a teoria que o embasa, chamada de Teoria das Fundações Morais¹⁴.

A Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundation Theory, MFT*) é uma teoria advinda da psicologia social evolucionista e propõe-se a analisar o que faz com que indivíduos discordem sobre quais valores devem ser protegidos e defendidos na esfera pública. Para compreender o que são as fundações morais, Haidt e Joseph (2004) desenvolveram uma metáfora que parece bastante explicativa. Eles pedem que imaginemos que as fundações morais são como os receptores de sabor que possuímos em nosso paladar. Somos capazes de perceber (ao menos) cinco sabores diferentes: doce, salgado, amargo, ácido e *umami*. Embora tenhamos receptores para os cinco sabores, não necessariamente gostamos dos alimentos que os representam da mesma forma. Alguns desenvolvem preferência por doces, outros por comidas salgadas, outros não toleram produtos amargos. A diferença de percepção e de gosto depende da nossa história como espécie (e nossa preferência por comidas calóricas e doces), mas também depende da história de cada cultura, do meio ambiente no qual essa cultura está inserida e da disponibilidade de alguns alimentos, e dos hábitos alimentares de cada um, desenvolvidos especialmente durante a infância.

Analogamente, os autores propõem cinco fundações morais iniciais: cuidado, equidade ou reciprocidade, lealdade, autoridade e pureza. A ideia geral da

13 O termo aqui significa um conflito de escolha entre duas ou mais alternativas mutuamente excludentes.

14 Essa teoria foi um dos objetos da dissertação da autora.

MFT é a de que existem alguns valores, ou fundações morais, que estão presentes em diversas culturas e podem ser explicadas através da história evolutiva humana. Seus pressupostos são: fazemos nossos julgamentos morais de forma intuitiva mais do que raciocinada (utilizando o Modelo Intuicionista Social); nascemos com uma mente moral em rascunho que será desenvolvido através da experiência; a cultura desempenha papel fundamental no desenvolvimento da nossa mente moral; e pluralismo de valores, ou seja, a ideia de que há mais de um valor importante na construção de sistemas morais ou ideológicos (GRAHAM et al, 2013). Além desses, a MFT considera que a teoria evolutiva pode explicar nossos comportamentos e que é impossível compreender o ser humano sem nos atentar para os fatores biológicos que nos compõem (HAIDT, 2013; CÔRTEZ, 2016).

A MFT é uma teoria desenvolvida por psicólogos que estavam interessados em integrar pesquisas realizadas em psicologia moral com as realizadas em ciências sociais, como a antropologia (GRAHAM et al, 2013). Nesse sentido, não apenas é importante compreender os indivíduos, mas também a cultura na qual esses indivíduos estão inseridos (HAIDT, 2013).

O trabalho citado pelo documento da ONG buscou sumarizar o que seria a psicologia do *whistleblower* (DUNGAN, WAYTZ, YOUNG, 2015)¹⁵. Para os autores, existe um *trade-off* entre duas fundações morais: a lealdade e a equidade. O conceito de lealdade e de equidade são usados de forma mais ampla: lealdade poderia ser compreendida como a preocupação com o bem-estar de pessoas do próprio grupo, enquanto equidade seria a preocupação com o bem-estar de pessoas que estão além dos limites grupais (DUNGAN, YOUNG, WAYTZ, 2019).

De acordo com a MFT e a literatura em psicologia moral e social levantada pelos pesquisadores em *whistleblower*, tanto a lealdade quanto a equidade são valores basilares que podem ser encontradas no desenvolvimento moral de crianças: tanto há uma preferência por redistribuição e divisão justa de recursos, de acordo com a quantidade de esforço aplicada, demonstrando um senso de equidade; quanto há também uma tendência a ser mais leniente com membros do próprio convívio social, compartilhando mais recursos com aqueles que são mais próximos, assim como sendo mais duro com aqueles

que não fazem parte dos grupos reconhecidos das crianças (WAYTZ, DUNGAN, YOUNG, 2013).

A conclusão deles, a partir de quatro experimentos, é que esses dois valores podem conflitar quando alguém toma a decisão de relatar um comportamento desviante, e entender esse conflito torna-se fundamental para entender o comportamento do *whistleblower*. Por um lado, tendemos a achar que as regras devem valer para todos e é bom quando as normas são cumpridas. Nesse caso, o ato de reportar ocorre em função da justiça e equidade. Por outro lado, o reportamento pode ter relação com pessoas conhecidas e que fazem parte de algum grupo de convívio ou de identidade em comum com o *whistleblower*. Nesse caso, pode ser encarado como um ato de deslealdade em face de pessoas que confiam naquele que reporta (WAYTZ, DUNGAN, YOUNG, 2013).

Esses estudos nos levam a afirmar que, para regular ou estimular o *whistleblower*, é importante compreender como está construída a lealdade nesse determinado ambiente de relações interpessoais, profissionais ou não. A lealdade pode ser um fator de desestímulo e o fato de oferecer uma recompensa monetária, longe de ajudar a melhorar a percepção que o grupo pode ter do *whistleblower*, pode fazê-los ainda mais convictos de que o sujeito age à revelia das expectativas morais e visando unicamente o enriquecimento. A lealdade, quando considerada de forma individualizada ou apenas considerada em seu sentido mais amplo, entra em conflito e parece diminuir a probabilidade de se tornar um *whistleblower* (WAYTZ, DUNGAN, YOUNG, 2013). E é por isso fundamental que o desenho de canais de denúncias ou que a regulação tenha uma compreensão mais refinada da decisão de reportar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa realizada, pode-se concluir que o ato de reportar é complexo. A atenção tanto da literatura científica quanto das legislações sobre o tema está nas recompensas financeiras como estímulo para o aumento de atos de *whistleblowing*, mas isso decorre da incompreensão da miríade de variáveis que participam da difícil decisão de um sujeito em “soprar o apito”. Argumentamos que as motivações que levam alguém a reportar devem ser consideradas quando se pretende desenhar ferramentas eficazes de estímulo ao *whistleblower*, e que essas ferramentas não podem se limitar aos incentivos financeiros. A efetividade desses incentivos ainda não está bem estabelecida na literatura, e vários estudos demonstram que ela deve vir acompanhada de uma

15 O trabalho se utiliza das conclusões alcançadas pelos mesmos autores em outro texto: WAYTZ, Adam; DUNGAN, James; YOUNG, Liane. The whistleblower's dilemma and the fairness-loyalty tradeoff. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 49, n. 6, p. 1027-1033, 2013.

consideração também das motivações intrínsecas dos sujeitos. Dessa forma, é fundamental compreender como os valores morais podem ser fundamentais na decisão por reportar e um Direito que se pretenda efetivo deve se preocupar em compreender as razões de determinado comportamento que se pretenda regular.

Como vimos, é importante compreender a cultura, tanto micro quanto macro, em que está inserido o sujeito que presencia ou sabe de uma irregularidade. Quando a posição coletiva é a de que o *whistleblower* fez algo errado, o ato torna-se muito mais custoso. Em especial, parece existir um conflito entre equidade e lealdade que pode levar o sujeito a decidir pelo silêncio. Por isso, entender a rede de lealdade e a motivação torna-se fundamental. Oferecer uma recompensa financeira, embora seja uma estratégia interessante, precisa ser combinada com outras que ajudem os sujeitos que reportam a não temer o estigma moral que pode ser a eles infligido.

Algumas pesquisas futuras, desenhos institucionais ou produções legais poderiam levar essas reflexões em consideração, ampliando os estímulos além dos monetários. Os estímulos sugeridos pela Transparência Internacional, reconhecimento do ato de reportar como um ato de coragem cívica, transparência e mudança cultural, parecem bons pontos de partida para um aprimoramento do desenho institucional.

Para tanto, as instituições primeiro precisam compreender como o instituto é visto na sociedade brasileira, um trabalho ainda a ser feito, pelo que se pode perceber nessa pesquisa. Se for constatado que a visão das pessoas sobre o tema apela mais à lealdade do que à equidade, por exemplo, como previsto pela pesquisa realizada em âmbito internacional, então é fundamental repensar a sua implementação ou pensar em propostas que visem deslocar a atenção e tornar sua existência mais provável. Algumas estratégias poderiam ser: reafirmar as vantagens sociais do ato de reportar; demonstrar como o ato

está permeado de coragem; demonstrar como o ato reportado é prejudicial para a economia brasileira ou deslocar o senso de lealdade do grupo menor de convivência direta para o círculo maior considerado como o conjunto de cidadãos do país. Campanhas de conscientização, mudança dos discursos das instituições preventivas e repressivas, aprimoramento do tratamento das denúncias nas vias adequadas, mais cobertura midiática positiva dos atos que se restarem concluídos com as irregularidades comprovadas, etc, poderiam ser meios de implementar essas estratégias.

Outra possibilidade é complementar o incentivo monetário com outras estratégias de estímulo. Uma sugestão interessante feita por pesquisadores é dar ao reportante a opção de ficar com o valor da recompensa ou encaminhá-lo para programas assistenciais ou de caridade de escolha do *whistleblower* (BUGARIN, BUGARIN, 2017). Dessa forma, conecta-se a ação a uma resposta moral que poderia diminuir a carga negativa levantada pela lealdade do sujeito ao grupo.

Não é preciso descartar o instituto do *whistleblower* por completo ou deixar de aplicar os incentivos financeiros para que se aprimore os estímulos. É preciso apenas compreender que o comportamento do *whistleblower*, longe de simples, carece de compreensão aprofundada e debate generalizado dentro da sociedade brasileira antes de se tornar um instrumento efetivo de combate à corrupção. Considerando que compreendemos muito pouco o processo decisório do reportante e suas influências, não faz sentido concentrarmos toda a nossa atenção e esforços na implementação de uma única estratégia, de efetividade incerta e cercada de controvérsias. O mais importante é uma mudança de postura mais profunda, uma ressignificação do ato no imaginário popular e uma mudança de perspectiva institucional, menos centrada em motivações extrínsecas, mas também atenta aos demais elementos que influenciam as decisões dos sujeitos.

REFERÊNCIAS

- ANDON, Paul et al. The impact of financial incentives and perceptions of seriousness on *whistleblowing* intention. *Journal of Business Ethics*, v. 151, n. 1, p. 165-178, 2018.
- BELTRAME, Priscila Akemi, SAHIONE, Yuri. “Informante do bem” ou whistleblower: críticas e necessários ajustes ao projeto. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, nº 317, Edição Especial Projeto de Lei “Anticrime” - Parte I de II, abril/2019.
- BLOUNT, Justin; MARKEL, Spencer. The End of the Internal Compliance World as we Know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement-Bounty Hunting under the Dodd-Frank Act’s *Whistleblower* Provisions. *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, v. 17, p. 1023, 2012.
- BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm. Acesso em 02 de julho de 2019.
- BRASIL. *Decreto Nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 25 de junho de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 26 de fevereiro de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018*, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm. Acesso em 26 de fevereiro de 2020.
- BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017.
- CARR, Indira; LEWIS, David. Combating corruption through employment law and *whistleblower* protection. *Industrial Law Journal*, v. 39, n. 1, p. 52-81, 2010.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Disponível para download em: <http://www.latinobarometro.org/lat-Contents.jsp>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.
- CÔRTEZ, Pâmela. *Por que nos unimos a grupos ideológicos?: explicações evolucionistas para as discordâncias políticas*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 2016.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Better protection of whistle-blowers: new EU-wide rules to kick in in 2021*. Press release, 7 de Outubro de 2019. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/10/07/better-protection-of-whistle-blowers-new-eu-wide-rules-to-kick-in-in-2021/>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.
- DA MOTA JUNIOR, João Francisco. A proteção do servidor público denunciante (Whistleblower): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, v. 9, n. 30, p. 22, 2012.
- DORTIER, Jean-François (direção). *Dicionário de ciências humanas*. Revisão e coordenação de tradução de Márcia Valéria Martínez Aguiar. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DOZIER, Janelle Brinker; MICELI, Marcia P. Potential predictors of whistle-blowing: A prosocial behavior perspective. *Academy of management Review*, v. 10, n. 4, p. 823-836, 1985.
- DUNGAN, James A.; YOUNG, Liane; WAYTZ, Adam. The power of moral concerns in predicting *whistleblowing* decisions. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 85, p. 103848, 2019.
- DUNGAN, James; WAYTZ, Adam; YOUNG, Liane. The psychology of *whistleblowing*. *Current Opinion in Psychology*, v. 6, p. 129-133, 2015.
- FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The incentives matrix: The comparative effectiveness of rewards, liabilities, duties, and protections for reporting illegality. *Texas Law Review*, v. 88, p. 1151, 2009.
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, FCA; PRUDENTIAL REGULATION AUTHORITY, PRA. *Financial Incentives for Whistleblowers*, Bank of England, 2014. Disponível em: <https://www.fca.org.uk/publication/financial-incentives-for-whistleblowers.pdf>. Acesso em 02 de março de 2020.

- GRAHAM, Jesse et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. In: DEVINE, Patricia; PLANT, Ashby (eds). *Advances in Experimental Social Psychology*. Volume 47. Inglaterra: Elsevier, p. 55-130, 2013.
- GREENE, Joshua. *Moral tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*. New York, EUA: The Penguin Press, 2013.
- HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001.
- HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion*. New York: Vintage Books, 2013.
- HAIDT, Jonathan; BJORKLUND, Fredrik. Social intuitionists answer six questions about morality. In: SINNOTT-ARMS-TRONG, Walter. *Moral psychology*, volume 2: The cognitive science of morality: Intuition and diversity. Cambridge, EUA: MIT Press, p. 181-219, 2008.
- HAIDT, Jonathan; JOSEPH, Craig. Intuitive ethics: How innately prepared intuitions generate culturally variable virtues. *Daedalus*, v. 133, n. 4, p. 55-66, 2004.
- ICC (International Chamber of Commerce). *Guidelines on Whistleblowing*. Disponível em: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2019.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- MICELI, Marcia P.; NEAR, Janet Pollex; DWORKIN, Terry M. *Whistle-Blowing in Organizations*. Estados Unidos, Nova Iorque: Routledge, 2008.
- MOHALLEM, Michael Freitas et al. *Novas medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018.
- NEAR, Janet P.; MICELI, Marcia P. Organizational dissidence: The case of whistle-blowing. *Journal of business ethics*, v. 4, n. 1, p. 1-16, 1985.
- NYRERÖD, Theo; SPAGNOLO, Giancarlo. Myths and numbers on whistleblower rewards. *Regulation & Governance*, 2017.
- OH, Lih-Bin; TEO, Hock-Hai. To blow or not to blow: An experimental study on the intention to whistleblow on software piracy. *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, v. 20, n. 4, p. 347-369, 2010.
- POPE, Kelly Richmond; LEE, Chih-Chen. Could the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 be helpful in reforming corporate America? An investigation on financial bounties and whistle-blowing behaviors in the private sector. *Journal of business ethics*, v. 112, n. 4, p. 597-607, 2013.
- ROCHA, Márcio Antonio. *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil*. Estudo que visa a complementar os trabalhos desenvolvidos pela Estratégia Nacional de Combate a Corrupção – ENCCLA, em sua Ação nº 4, do ano de 2016. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1/subsidios-para-implantacao-de-programas-de-whistleblower-no-brasil/view>. Acesso em 25 de junho de 2019.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, 2018. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best_practice_guide_for_whistleblowing_legislation. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perception Index 2019*. Disponível em: https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2019_cpi_report_en. Acesso em 01 de março de 2020.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Whistleblower Reward Programmes: Anti-Corruption Helpdesk*, 2018. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Financial_incentives_for_whistleblowing.pdf. Acesso em 02 de março de 2020.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Whistleblowing in Europe: Legal Protections for Whistleblowers in the EU*, 2013. Disponível em: https://www.stt.lt/documents/soc_tyrimai/2013_WhistleblowingInEurope_EN.pdf. Acesso em 02 de julho de 2019.
- WAYTZ, Adam; DUNGAN, James; YOUNG, Liane. The whistleblower's dilemma and the fairness-loyalty tradeoff. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 49, n. 6, p. 1027-1033, 2013.



Pâmela de Rezende Côrtes

<https://orcid.org/0000-0002-4938-5023>

Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil

pamela.recortes@gmail.com

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsista CAPES. Mestra em Direito pela UFMG. Bacharel em Direito pela Unihorizontes. Bacharel em Ciências do Estado pela UFMG. Foi pesquisadora do Programa de Pesquisa em Controle Governamental, Combate e Prevenção da Corrupção, promovido pela CGU, ALMG e AGU em Minas Gerais. Pesquisadora do SAPIENS - Núcleo de Estudos e Pesquisa Interdisciplinar em Neuroética e Comportamento Humano. Pesquisadora do GERE - Grupo de Estudos em Racionalidade Ecológica.

www.cgu.gov.br



[cguonline](#)



[cguonline](#)



[cguoficial](#)



[cguonline](#)



[cguoficial](#)

CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO



PÁTRIA AMADA
BRASIL
GOVERNO FEDERAL