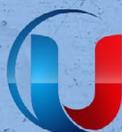


ORGANIZADORES
Claudio Carneiro
Humberto Eustáquio César Mota Filho

TRANSPARÊNCIA PÚBLICA: O ESTADO DA ARTE

Claudio Carneiro
Daniel Braga Lourenço
Humberto Eustáquio César Mota Filho
Jéssica Acocella
Katia Valverde Junqueira
Marcia Andrea dos Santos Peres
Marianna Montebello Willeman
Rodrigo Valverde Martínez Suárez
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Tatiana Bastos
Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho



EDITORA
University Institute

Todos os direitos reservados. Copyright © 2020 da University Institute Editora

Proibida a reprodução deste texto total ou parcial por quaisquer meios (mecânicos, eletrônicos, fotográficos, gravação, estocagem em banco de dados etc.), a não ser em breves citações, com explícita informação da fonte.

Revisão final realizada pelos próprios autores.

Capa e Diagramação:

Andréa Menezes

C289t **Carneiro**, Claudio; **Mota Filho**, Humberto Eustáquio César (org.).
Transparência Pública: o estado da arte / Organizadores: Claudio Carneiro e Humberto Eustáquio César Mota Filho; Autores: Claudio Carneiro, Daniel Braga Lourenço, Humberto Eustáquio César Mota Filho, Jéssica Acocella, Katia Valverde Junqueira, Marcia Andrea dos Santos Peres, Marianna Montebello Willeman, Rodrigo Valverde Martínez Suárez, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Tatiana Bastos e Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho.– 1. ed.– Rio de Janeiro : University Institute Editora, 2020.
173 p.; gráf.; tabs.
E-Book: 1.324 Mb; PDF.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-992128-2-6

1. Ferramenta de Controle. 2. Governança da Informação. 3. Programas de Integridade no Brasil. 4. Transparência Pública. I. Título. II. Assunto. III. Autores. IV. Organizadores.

Bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8/8846

ÍNDICES PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Constitucional e Administrativo. **342**

2. Constituição Federal. **342.0281**

3. Administração Pública: formas de controle em geral. **352.8**

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CARNEIRO, Claudio; **MOTA FILHO**, Humberto Eustáquio César (org.).
Transparência Pública: o estado da arte. 1. ed. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. EBook (PDF, 131 Kb). ISBN 978-65-992128-2-6.

UNIVERSITY INSTITUTE EDITORA

Avenida Rio Branco 277, grupo 402-Parte, Centro, Rio de Janeiro-RJ

CEP: 20040-904

Telefone: 21- 24196313

E-mail: editora@institutouniversitario.com.br

Editor: Claudio Carneiro B. P. Coelho

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES

Estimados leitores,

A ideia de organizar uma obra coletiva é uma tarefa árdua, mas extremamente prazerosa, especialmente quando comporta autores que são expoentes nas suas áreas de atuação. Por isso, desde já agradecemos a todos os autores que se dispuseram a participar do livro escrevendo capítulos e compartilhando vastos conhecimentos com o mundo jurídico.

Há tempos, em conversa com o estimado amigo, Dr. Humberto Mota, Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ, a quem deposito minha grande estima e admiração, resolvemos organizar em conjunto duas obras coletivas compostas por autores do mais alto gabarito intelectual. A primeira lançada em 2019 intitulada *Compliance: O Estado da Arte* e a segunda, que temos o imenso prazer de apresentar nesse momento, abordando a temática *Transparência Pública: O Estado da Arte*.

Desde já, deixamos claro que a opção pelo título complementar “estado da arte”, que promove a interseção entre as duas obras, foi utilizado exatamente para transmitir o seu real significado que é o nível mais avançado de conhecimento ou de desenvolvimento em determinada área e em determinado momento.

A união das duas obras também representa a união da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ com a Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ, a qual tenho a imensa honra de presidir. Por isso, destacamos o nosso agradecimento especial ao Presidente da Seccional OAB/RJ, Luciano Bandeira Arantes por ter se convidado para exercer essa honrosa missão e, da mesma forma, ao Presidente do Conselho Federal da OAB, Felipe Santa Cruz pelo apoio. Aproveito para agradecer a presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rita Cortez, pelo apoio e, também, por ter me confiado a honrosa missão de presidir a Comissão de *Compliance* e Governança dessa centenária instituição.

Agradeço ao grande parceiro de jornadas acadêmicas, Humberto Mota, por compartilharmos a organização de ambas as obras.

O tema além de atualíssimo, representa um grande passo para a modificação comportamental da Administração Pública. Por isso, acreditamos que o livro apresenta uma grande contribuição para a Administração Pública, para a academia e, sobretudo, para os estudiosos da transparência pública e temáticas afins.

Saudações acadêmicas!

Por Prof. Dr. Claudio Carneiro

Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ e

Presidente da Comissão de Compliance e Governança do IAB

Caros leitores,

Em termos gerais, a ideia de transparência estatal vincula-se a seguinte lógica: quanto mais aberto ao controle e à participação social for o aparelho estatal, maior será a capacidade de a administração pública alcançar resultados positivos na execução das suas políticas e na inibição da corrupção e da ineficiência.

A boa governança pública requer a transparência dos atos de governo, ou seja, a produção e a divulgação sistemática de informações e objetiva a geração de benefícios sociais. Tanto é assim que para os próprios conselheiros de administração das estatais federais, o maior avanço da Lei das Estatais consistiu na determinação de uma maior transparência na divulgação das informações relevantes.

A transparência da administração pública federal se justifica tendo em conta que a publicidade dos atos de governo é uma das bases do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituinte de 1988. Segundo os próprios constituintes: o acesso às informações dos órgãos públicos é fundamental para o aperfeiçoamento da máquina de governo, para a correção de eventuais abusos, para o combate à corrupção e para o exercício pleno da cidadania. Por essas razões, o direito à informação está inscrito no rol de direitos e garantias fundamentais da nossa Constituição.

A Constituição Cidadã estabeleceu o acesso à informação como um direito fundamental dos indivíduos e reforçou a publicidade como princípio da Administração Pública. Por força da Carta constitucional, várias medidas foram adotadas para promover a divulgação de informações à sociedade, sobretudo no âmbito do Governo Federal, e principalmente sobre a aplicação de recursos públicos. Ao analisarmos os principais marcos institucionais dessa tendência constitucional, observa-se um avanço maior da agenda da transparência pública, a partir da década de 2000, com a promulgação de vários diplomas legais e regulamentações e a adoção de várias medidas institucionais de consolidação dessa agenda.

Essa agenda comporta vários caminhos. A transparência do Governo pode ser estimulada por ações que facilitem o acesso e a leitura de peças orçamentárias, projetos de lei, demonstrativos financeiros, e pela de realização de audiências públicas virtuais. A divulgação dos dados e

das informações de custeio do governo e das compras públicas devem estar disponíveis, de forma unificada e inteligível e serem atualizadas constantemente.

Para estimular a continuidade desses avanços institucionais, produzir conhecimentos sobre seus efeitos e apontar quais são os atuais desafios da agenda da transparência pública assumi, em 2019, a Presidência da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ, convidado pelo Presidente da Seccional do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Bandeira Arantes. Nesse âmbito, junto com nossos colegas da Comissão e com o nosso co-coordenador Claudio Carneiro, Presidente da Comissão do Direito à Educação da OAB/RJ, reunimos a presente coletânea de artigos de grandes especialistas em diversas áreas da atuação da administração pública e de interesse direto de todos os cidadãos brasileiros, para fazer avançar a agenda positiva da transparência pública em nosso país, em busca do aperfeiçoamento das nossas instituições e do fortalecimento da nossa democracia.

Agradeço a todos os membros da nossa Comissão, aos autores que aceitaram participar desse projeto editorial, ao parceiro de empreitadas nas letras jurídicas Cláudio Carneiro, ao Presidente da Seccional OAB/RJ, Luciano Bandeira Arantes e ao Presidente do Conselho Federal da OAB, Felipe Santa Cruz pelo apoio.

Boa leitura a todos.

Por Prof. Dr. Humberto Mota Filho

*Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ e
Presidente do Conselho Empresarial de Governança e Compliance da ACRJ*

SUMÁRIO

Transparência pública e os programas de integridade no Brasil . . . 8	
<i>Claudio Carneiro</i>	
<i>Daniel Braga Lourenço</i>	
A governança da informação: Como tratar dados com transparência e segurança jurídica? 26	
<i>Humberto Eustáquio César Mota Filho</i>	
Prestação de contas e o <i>Compliance</i> na Justiça Eleitoral 56	
<i>Katia Valverde Junqueira</i>	
A transparência pública como ferramenta de controle e supervisão da administração pública municipal. 69	
<i>Marcia Andrea dos Santos Peres</i>	
Os tribunais de contas: como tornar as contratações públicas mais transparentes? 90	
<i>Marianna Montebello Willeman</i>	
<i>Rodrigo Valverde Martínez Suárez</i>	
Regulação, transparência e tecnologia: Desafios para uma maior legitimidade democrática 116	
<i>Rafael Carvalho Rezende Oliveira</i>	
<i>Jéssica Acocella</i>	
Como tornar a gestão do terceiro setor mais transparente e eficiente?. 130	
<i>Tatiana Bastos</i>	
Os desafios da transparência pública no sistema de saúde . . . 144	
<i>Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho</i>	

TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO BRASIL

*Claudio Carneiro*¹
*Daniel Braga Lourenço*²

1. INTRODUÇÃO

O Brasil e o mundo vivem o que vem se intitulado a Era da Integridade e que se consolidou como um grande marco do século XXI face aos grandes escândalos de corrupção que povoaram as mídias internacionais. A relação entre o público e o privado passou a ser contaminada por interesses escusos que se enraizou nas instituições como uma metástase.

De modo a combater esse pernóstico sistema que se instalou no Brasil, o país passou a adotar modelos estrangeiros de integridade que passaram a fazer parte da realidade das instituições privadas e públicas.

1 Advogado. Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutor em Direito Público e Evolução Social. Mestre em Direito Tributário. Professor permanente do Curso de Mestrado da UniFG/BA. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade Autónoma de Lisboa. Vice-presidente da *Ethical & Compliance International Institute*. Coordenador do curso de Planejamento Tributário e Processo Tributário Estratégico da Fundação Getúlio Vargas. Coordenador do curso de Compliance da FGV. Presidente da Comissão de *Compliance* do Instituto dos Advogados Brasileiros. Conselheiro da OAB/RJ. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Coordenador do Centro de Investigação Baiano de Educação e Políticas Públicas vinculado à UniFG. Auditor líder em *Compliance* e Antissuborno. Consultor de *Compliance*. Membro da Comissão de Direito Lusófono do Conselho Federal da OAB. Parecerista e Conferencista nas áreas de Direito Tributário e Financeiro e *Compliance*. Contato: professorclaudiocarneiro@gmail.com.

2 Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor permanente do Curso de Mestrado da UniFG/BA. Professor do IBMEC/RJ. Coordenador do Centro de Ética Ambiental da UFRJ e do Antilaboratório de Direito Animal - ANDIRA vinculado à UniFG/BA. Professor Visitante da Pace Law School (White Plains/Estados Unidos). Professor Visitante da Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Membro do Oxford Center for Animal Ethics. Membro da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/RJ. Membro da Comissão de Proteção e Defesa dos Animais da OAB/RJ. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5869787995233483>. E-mail: daniel@lourenco.adv.br

A internalização dessas normas foi responsável também pela edição de leis importantes, como por exemplo, as leis ordinárias nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação), nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), nº 13.303/16 (Lei das Estatais), a lei complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência), a lei 13.709/18 com a alteração da lei 13.853/19 que introduz a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil, entre outras.

No âmbito internacional foram editadas as normas da Organização Internacional de Normalização (Padronização) ou *International Organization for Standardization*, em destaque a ISO 19.600 que trata do Sistema de Gestão de *Compliance* e a ISO 37.001 que aborda o Sistema de Gestão Antissuborno.

É nesse contexto que se insere a transparência pública. A própria Controladoria-Geral da União (CGU) afirma que a transparência é o melhor antídoto contra a corrupção, uma vez que ela é um importante mecanismo indutor para que os gestores públicos ajam com responsabilidade. Para tanto, faz-se necessário o investimento em rígidos programas de integridade, de combate à corrupção e ao suborno e, da mesma forma, exigir uma mudança comportamental por parte das empresas privadas e, prioritariamente, do Poder Público. Nesse sentido, com amparo na Constituição democrática e republicana de 1988, deve-se investir na aplicação das normas já existentes, na criação de normas rígidas e na implantação de sistemas de gestão que exteriorizam a transparência necessária para a boa governança pública, de modo a mitigar e, até mesmo, evitar os atos de corrupção e de má gestão.

O governo brasileiro, através da CGU tem investido no modelo do *Open Government Partnership* (OGP) que significa Parceria para Governo Aberto. Trata-se de uma iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social.

Como membro fundador da OGP lançada em 20 de setembro de 2011, o Brasil já implementou inúmeras iniciativas de governo aberto, que estão em diferentes estágios de maturidade e, por isso, vem sendo reconhecido como protagonista no cenário internacional no que diz respeito ao tema.

As ações relativas à OGP são operacionalizadas por meio de um documento intitulado “Plano de Ação Nacional, no qual cada país participante deve especificar quais são os seus compromissos perante a Parceria e delimitar as estratégias para implementá-los.

Em síntese, pode-se dizer que tal parceria representa mudanças legais e administrativas que transformaram significativamente a gestão pública em busca da Boa Governança que, por sua vez perpassa por rígidos programas de integridade.

A concepção de Boa Governança a que nos referimos, sob o ponto de vista jurídico deve ser tratada como verdadeiro direito fundamental, e não como mera recomendação ao administrador, pois o mau governo, seja por escolhas indevidas por seus administradores ou simplesmente por atos de corrupção ou suborno, acabam por comprometer direitos assegurados em nossa Constituição Federal.

A influência de leis estrangeiras é cada vez mais forte no Brasil e o *Compliance (integridade)*, que traz em sua essência normas de Boa Governança, Gestão de Riscos e combate à corrupção e ao suborno, pode ser considerado um importante instrumento para o avanço do movimento constitucionalista no país. Isto porque busca ampliar os instrumentos de controle e conferir uma maior transparência da gestão dos recursos públicos e, com isso, aumentar a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais que exigem um maior dispêndio de recursos.

De modo a dar maior transparência na gestão pública e fortalecer a participação social na fiscalização dos gastos e investimentos, o Governo Federal criou o Portal da Transparência que é um canal (site) mantido pela CGU pelo qual o cidadão pode acompanhar a utilização dos recursos federais arrecadados com impostos no fornecimento de serviços públicos à população, além de se informar sobre outros assuntos relacionados à Administração Pública Federal.

2. AS POLÍTICAS DE INTEGRIDADE NO NOVO MOMENTO CONSTITUCIONAL

O mundo vive um novo momento constitucional, ao menos, um momento de transição entre o Constitucionalismo Contemporâneo

e o Neoconstitucionalismo (para alguns) ou entre o Moderno e o Pós-moderno (para outros). Independentemente da posição sobre o momento constitucional vigente, fato é que, em diversos países, como por exemplo, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, as Constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, estabelecendo um compromisso com a paz, especialmente no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos Direitos Fundamentais e, numa visão mais ampla os Direitos Humanos.

Por influência do direito estrangeiro, o grande marco do Constitucionalismo Contemporâneo³ no Brasil foi a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a elaboração da Constituição da República de 1988. A dignidade da pessoa humana passou a ser um dos elementos essenciais desse movimento constitucionalista, devendo ser assegurado pelos Poderes Públicos e pela própria sociedade. Da mesma forma o enaltecimento da força normativa da Constituição. As constituições citadas contêm amplos catálogos de direitos fundamentais: “... *lo que viene a suponer um marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recongen tales derecho*”⁴.

Para SARMENTO⁵ esse novo movimento constitucional envolve fenômenos como a força normativa dos princípios, a rejeição do formalismo, a reaproximação entre o Direito e a Moral e a judicialização da Política. Já para BARROSO⁶, são características do Neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos (em especial a dignidade da pessoa humana), a expansão da jurisdição constitucional, com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais, e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional.

3 Preferimos usar a expressão Constitucionalismo Contemporâneo em detrimento de Neoconstitucionalismo. A justificativa para tal pode ser melhor observada em nossa obra: CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal*. Salvador: Juspodivm. 2017.

4 CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editora Trotta. 2010. P. 154.

5 SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 113.

6 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Renovar, 2013. P.48.

De outro lado, o Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o Positivismo como o modelo de Constitucionalismo Liberal. Em razão desse motivo, para STRECK⁷ o Direito deixaria de ser regulador para ser transformador. Para este autor há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo Constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) e o Positivismo Jurídico, nas suas mais variadas formas, e nesse sentido, qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o Positivismo, entraria na linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo⁸.

Apesar das divergências sobre o referido movimento constitucional, há que se considerar que a Constituição de 1988 sofre algumas críticas por parte da doutrina⁹ e aqui, para sermos sucintos, citaremos apenas duas. A primeira é o detalhismo de assuntos que não mereciam estar em um texto Constitucional. A segunda diz respeito a alguns itens considerados inalcançáveis ou utópicos, inferindo que a Assembleia Constituinte, em alguns momentos, se afastou, sobremaneira, do mundo dos fatos, ou seja, estabelecendo diretrizes intangíveis ou irrealizáveis.

Apesar de o artigo 37 da Constituição de 1988 trazer princípios adstritos à Administração Pública, a integridade na concepção de transparência passa a integrar o consolidado rol de princípios constitucionais mencionados. Exatamente por isso que se deve abordar o Programa de Integridade e a Boa Governança Pública à luz da Constituição de 1988 e, obviamente, interpretá-la com base no momento constitucional em que ela se encontra, isto é, o Constitucionalismo Contemporâneo. Ignorar o momento constitucional atual assemelha-se a determinar a confecção de uma vestimenta nova cujo modelo foi sucesso em décadas passadas.

O mundo globalizado possibilitou que as mazelas desencadeadas pelos grandes escândalos de corrupção que ocorreram em diferentes continentes, se propagassem de forma veloz passando a exigir uma mudança comportamental, tanto do Poder Público, quanto da iniciativa

7 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. P 8.

8 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P.3.

9 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. Cit.* P. 47.

privada e da sociedade como um todo. Afinal, casos de fraude praticados por algumas construtoras foram evidenciados em vários países.

Essas ocorrências foram o combustível necessário para que se desenvolvessem diversas normativas internacionais, entre as quais as normas da *International Standardization Organization*. Essas normas, cujo objetivo é estabelecer uma padronização internacional de processos e procedimentos, foram difundidas para vários países, nascendo então, os chamados Sistemas de Gestão de *Compliance* e Antissuborno que visam buscar a implantação e propagação de uma Cultura sustentável de Integridade.

A implementação do respectivo programa permite um efetivo combate à corrupção e ao suborno, pois através da aplicação dos seus pilares e das suas ferramentas de gestão, permite-se um controle efetivo da Administração Pública e Privada, que transita desde uma estrutura adequada de Governança até a implantação de códigos e preceitos de ética para todo os *stakeholders*, passando pelo gerenciamento de riscos.

É inquestionável que a relação público-privada atual se mostrou vulnerável, pois permitiu que se desenvolvessem grandes esquemas fraudulentos provocando desfalques incomensuráveis aos cofres públicos. Dessa forma, busca-se uma modificação efetiva do modelo atual e, para tanto, faz-se necessário a implantação de rotinas e procedimentos que permitam educar e controlar não somente pessoas, mas especialmente, os procedimentos internos da Organização. Significa dizer que para além das leis e demais normas jurídicas, busca-se a implantação de sistemas de gestão que funcionem como um instrumento eficiente e eficaz para combater a corrupção e o suborno.

É cediço que a corrupção se prolifera de uma forma nefasta que ao fim acaba por afetar serviços públicos essenciais e, por que não dizer, a concretização de direitos fundamentais conquistados depois de muitas lutas sociais ao longo da História, especialmente os sociais. Nesse contexto, a busca da boa governança carece de um modelo de gestão moderno que caminhe *pari passu* com a análise e gerenciamento dos riscos inerentes ao estado da arte atual associado a modelos de transparência pública.

No quesito transparência, o governo federal editou o Decreto 9.690/2019 alterando a lei de acesso à informação. Nesse sentido temos

a transparência ativa, que se refere às informações que devem estar obrigatoriamente divulgadas na internet e a transparência passiva, que trata das informações que devem ser disponibilizadas quando solicitadas pelos cidadãos. Sobre a transparência ativa, a lei determina quais informações da organização devem estar disponibilizadas na internet, como por exemplo, execuções orçamentárias e licitações realizadas. Por outro lado, se alguém quiser saber informações sobre a merenda escolar da escola de seu filho e essa informação não esteja no portal da transparência, é possível entrar em contato com o Serviço de Informações ao Cidadão (eletrônico ou presencial) e solicitar as informações sobre os dados desejados.

Vale dizer, ainda, que toda Organização (expressão utilizada pelas Normas ISO) ao pretender atingir os seus objetivos, se depara com “eventos”, isto é, incidentes ou situações criadas através de fontes internas ou externas, que podem ter impacto negativo, positivo ou ambos. Os eventos que produzem impacto negativo acarretam risco que, segundo o COSO¹⁰ é a “possibilidade de um evento ocorrer e afetar negativamente a realização dos objetivos”. MOELLER¹¹ e SEGAL¹² afirmam que uma técnica utilizada para a identificação rápida do risco de acordo é o debate, isto é, juntar equipes de vários níveis ou unidades da instituição para identificá-los e solucioná-los¹³.

3. BOA GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO FERRAMENTA DE EFETIVIDADE E TRANSPARÊNCIA.

O modelo burocrático ideal surgiu como reação ao nepotismo e à corrupção, típicas do patrimonialismo pré-capitalista e pré-democrático. Vale dizer que a Administração Pública ao buscar adotar o modelo burocrático apenas tomou como base a sua superioridade em relação

10 COSO, Enterprise Risk Management – Integrated Framework Comment. Period for COSO ERM Framework Update Closed Written Comments Available on erm.coso.org through Dec. 15

11 MOELLER, R. R. *COSO Enterprise Risk Management: establishing effective governance, risk, and compliance processes*. 2ed. Wiley corporate F&A. 2011. P. 35.

12 SEGAL, S. *Corporate Value of Enterprise Risk Management: the next step in business management*. Wiley Corporate F&A. 2011. P. 59.

13 CARNEIRO, Claudio e JUNIOR, Milton de Castro Santos. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Belo Horizonte: Juruá. 2018. P. 97.

ao anterior modelo patrimonialista. Contudo, no que se refere à questão de eficiência, este acabou não se mostrando ideal para um Estado em pleno desenvolvimento econômico-social.

A transparência implica na existência de diversas dimensões que devem ser analisadas simultaneamente, que para NETO¹⁴ são: a) publicidade, entendida como a ampla divulgação das informações à população, por múltiplos meios de baixo custo, em tempo hábil para a tomada de decisões; b) compreensibilidade das informações, relacionada à apresentação visual, ao uso da linguagem simples e acessível, visando ao entendimento das informações pelos usuários; e c) utilidade para decisões, que se fundamenta na relevância das informações para os interesses dos usuários.

Ao longo de décadas presenciamos escândalos que foram exteriorizadas através de diversas formas, mas em todos eles o dinheiro público foi o principal alvo. A História mundial fez com que diversos países passassem a se preocupar com aspectos relacionados à governança. Nesse contexto, várias Organizações Internacionais entraram em cena com o objetivo de promover a Boa Governança, como por exemplo, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

No Brasil, ainda que tardiamente, o interesse pelo tema surgiu com mais intensidade sobre o setor privado. Contudo, percebe-se que o interesse pela Governança Corporativa tinha que partir do próprio setor público onde foram detectados diversos “ralos de corrupção”. Dessa forma, tanto no setor público quanto no privado, passaram a existir iniciativas de melhoria da governança.

Assim, a ideia de governança pública originou-se da governança corporativa (*corporate governance*). Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a governança corporativa é definida como o conjunto de relações entre a administração de uma empresa, seu Conselho de Administração, seus acionistas e outras partes interessadas. Significa dizer que é um conjunto de práticas que têm por objetivo regular

14 NETO, Orion Augusto Platt. **Publicidade e transparência nas contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira.** Disponível em: <http://web.face.ufmg.br/face/revista/index.php/contabilidadevisaerevista/article/viewFile/320/313>. Acesso em 14.02.2020.

a administração e o controle das instituições. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define Governança Corporativa como *“o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle”*. Conclui o IBGC que as boas práticas de governança corporativa *“convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade”*.

A legislação brasileira trouxe como um de seus pilares, normas sobre a Boa Governança por parte da Administração Pública em todas as esferas de Governo (Federal, Estadual e Municipal). Como já visto, a expressão Governança deriva do termo Governo, e pode ter várias interpretações, dependendo do enfoque que lhe é dado. Dessa forma, deixamos consignado, desde já, que adotamos o contexto de Governança, como observância das normas de boa conduta para a Administração Pública, bem como o respeito às medidas adotadas pelas leis para governar o país em questão dentro de uma política ética e de combate à corrupção, ao suborno e às irregularidades administrativas. Entre as principais características para se alcançar a ideia de boa governança podemos citar, como exemplo, a transparência, a integridade, a equidade, a responsabilidade dos gestores e da alta administração e, sobretudo, a transparência e a prestação de contas.

Em apertada síntese, podemos afirmar que Governança no Setor Público diz respeito a um conjunto de mecanismos práticos de controle que envolvem temas afetos à liderança, estratégia e informação com o objetivo de executar as quatro etapas: a) identificar as questões sensíveis; b) tratar os dados (informações) obtidos; c) redimensionar o sistema corrigindo as falhas e implementando os modelos pendentes; d) monitoramento periódico.

As quatro fases elencadas visam à adequação dos instrumentos para a concretização de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Percebe-se, então, que a governança no setor público deve ser analisada sob algumas perspectivas que otimizarão o campo de observação e que vão proporcionar a eficácia no cumprimento das

etapas a serem seguidas: a) a sociedade (destinatário) e Estado (agente); b) federalização – A implementação do *Compliance* Público¹⁵ carece ser adaptado de acordo com a realidade dos entes federativos; c) órgãos estruturantes e entidades envolvidas no processo de gestão.

Nessa toada, o Brasil vem editando importantes diplomas normativos, entres eles a lei anticorrupção e a lei das estatais. A primeira direciona-se à iniciativa privada e a segunda refere-se às empresas públicas e sociedades de economias mista. A lei n. 13.303/16, também chamada de Estatuto das Estatais (parágrafo quarto do seu artigo nono), traz uma única vez em seu texto a expressão integridade ao determinar que o estatuto social deverá prever a possibilidade de que a área de integridade se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações que haja suspeita do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este descumprir a obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

Atente-se que neste aspecto a Lei das Estatais caminhou no sentido de atribuir uma independência a esta área com intuito de desestimular possíveis comportamentos corruptivos e incentivar aplicação de políticas de integridade dentro das instituições. O Decreto n. 8.945/2016, regulamentador desta Lei, dedicou-se às normas sobre governança das estatais, regulamentando o exercício da atividade fiscalizatória pelo Estado e pela sociedade.

A Lei Anticorrupção, a Lei das Empresas Estatais e tantos outros diplomas importantes, criaram um microssistema anticorrupção, o qual caminha para a incorporação no público e no privado de normas que permitam a prevenção da corrupção e estimulem a criação de uma cultura de integridade, isto é, uma geração que tenha como meta a eficiência do aparelhamento público e privado e, conseqüentemente, permita uma transparência de seus gastos e objetivos almejados. Vale lembrar que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, apesar de serem classificadas com estatais, são pessoas jurídicas de direito privado.

15 CARNEIRO, Claudio. *Compliance na Administração Pública. Uma necessidade para o Brasil*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. v. 3 n. 01 (2016). Disponível em <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103>. Acesso em 13.02.2020.

Dessa forma, em virtude do disposto no artigo 173 da Constituição da República de 1988, todas as entidades privadas que explorem atividade econômica devem ter o mesmo tratamento e, por isso, as estatais com muito mais razão devem estar inseridas nas práticas de Integridade.

Neste cenário, surge uma importante ferramenta que se propõe a dar efetividade e transparência às práticas anticorrupção, qual seja, o denominado *e-government*¹⁶, ou governo eletrônico. A citada ferramenta hodiernamente utilizada pela Administração Pública interna e externa, é relevante e se destaca como meio de capacitação e redução da esfera de discricionariedade do administrador público, como também permite uma organização estrutural das relações que a Administração Pública estabelece com os seus administrados.

Por conseguinte, tal meio torna-se plenamente aplicável ao *Compliance* Público dado que alicerçará os princípios constitucionalmente insculpidos e delimitados à Administração Pública para que funcionem em conjunto, buscando uma boa governança e privilegiando a Constituição da República, dado que passa a atribuir um maior prestígio aos princípios (normas de valor) renovando a denominada Teoria das Fontes e assumindo o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais.

É importante dizer que alguns desafios serão encontrados pelo gestor público quando da implementação deste tipo de governo, já que, por se tratar de uma inovação, demandará uma reestruturação do *modus operandi* em conjunto com uma releitura do modelo cultural adotado pelos administrados.

No tocante a esta conjuntura principiológica, é pertinente recordar as gerações dos direitos fundamentais, mais especificamente, os direitos de segunda geração que podem ser qualificados como direitos fundamentais do indivíduo¹⁷ demandando do Estado uma atuação positiva,

16 CARNEIRO, Claudio e NEPOMUCENO, Augusto. *Programas de Integridade como Instrumento de Boa Governança Pública: O FCPA e o U.K. BRIBERY como normas inspiradoras*. Juris Poiesis, vol. 22, no 29. 2019.

17 Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art.25 1. *Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.*” Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

ou seja, impõe a intervenção deste no sentido de garantir a efetividade de sua atuação e a ordem social, protegendo a liberdade do homem integralmente e transcendendo sua individualidade com a finalidade de alcançar um caráter econômico e social para a devida justiça social.

Passa-se então, a se exigir uma otimização da Administração Pública para prestação dos serviços públicos como forma de garantia de qualidade e maior eficácia, o que importa em dizer que o Estado deverá buscar a utilização da tecnologia e de métodos adotados para alcançar a qualidade total quando da execução das atividades de sua responsabilidade.

Assim, é possível concluirmos que a eficiência administrativa está ligada ao fito de neutralidade, devendo o Estado valorar de forma igualitária todos seus administrados, utilizando-se para tal dos novos meios tecnológicos, pois estes tornam-se um instrumento de transparência administrativa e vinculação da Administração, prezando por uma sociedade uniforme no que tange aos direitos e oportunidades.

Não remanescem dúvidas acerca da importância na utilização das novas tecnologias para garantia do direito à informação e transparência, incitando um contexto de surgimento do chamado *e-government*, ou governo eletrônico, reconhecido como uma infraestrutura multifuncional entre os diferentes órgãos públicos e utilizando-se de forma intensiva da tecnologia da informação para aprimorar o controle público e o atendimento ao cidadão.

No que se refere à sua implementação e continuidade, considera-se a existência de um custo para esse fim, o qual poderá ser mitigado diante da utilização de programas de integridade que transformem esse contexto propício à boa governança que se propõe nos ordenamentos supramencionados, privilegiando os princípios constitucionalmente insculpidos no artigo 37, da Carta da República, em particular, a eficiência, transparência e impessoalidade do gestor.

Para mais, ante a iminente necessidade de apurar e coibir os atos de corrupção, este mecanismo potencializa e consolida uma sistemática que dá maior ênfase a transparência pública no combate à corrupção e torna a prestação jurisdicional mais eficaz no que toca ao aspecto político e socioeconômico. Portanto, levando-se em consideração os

diversos aspectos delineados, deve-se observar que os programas de integridade precisarão estar engajados com as políticas e boas práticas da Administração Pública, funcionando de maneira harmônica a garantir sua efetividade e transparência, características inerentes a quaisquer programas de integridade.

4. CONCLUSÃO

O fenômeno da globalização passou a integrar economicamente diversos países em todo o mundo. De outro lado, os avanços tecnológicos, como por exemplo, a internet, imprimiu uma velocidade tão grande na propagação das informações e de eventos que ocorrem do outro lado do mundo, que acabam chegando em tempo real a todos os países.

No Brasil, buscou-se superar o paradigma do sigilo pelo da transparência. Assim, a partir do fim dos anos 1970, começou a surgir no país o estímulo ao debate público associado às iniciativas da sociedade civil e do Estado. Com o novo movimento de redemocratização, ou seja, de uma nova concepção de constitucionalismo que, para alguns, ganhou contorno de Neoconstitucionalismo, a crítica ao sigilo e ao controle estatal dos fluxos de informação, bem como a promoção de ideias relacionadas ao direito de consulta aos arquivos públicos, começam a ganhar força. As atuais políticas brasileiras de acesso à informação resultaram, portanto, de um processo histórico de mudança de crenças e valores e de aprendizagem com as próprias políticas. Nesse sentido, foi possível identificar a consolidação e articulação de significados relacionados ao direito de acesso à informação pública e de suas políticas correspondentes. A partir da década de 90, iniciou-se a construção de um Estado gerencial, voltado para o cidadão e suas necessidades, tentando quebrar a rigidez burocrática do aparelho administrativo para se aproximar da população. Já nos idos dos anos 2000, o sentido da boa governança enseja um maior controle social do Estado, a prevenção e o combate à corrupção, em ideias relativas ao direito à memória e à verdade, a direitos civis ou fundamentais e mesmo ao conhecimento histórico sobre o país.

A exigência de adequação aos modelos internacionais de Governança, *Risk Assessment* e Integridade se apresenta como uma necessidade no

Brasil seja no setor privado ou público. O instituto começa a fincar fortemente suas raízes no Brasil, promovendo um ganho para as empresas e para toda sociedade, pois ao fim e ao cabo, é o consumidor final de produtos e serviços que sofre as consequências, sejam elas positivas ou negativas. Nesse sentido, as Organizações passaram a perceber que em termos de competitividade de mercado só restam duas opções: adequação ou extinção.

Procuramos deixar claro que não se deve adotar a concepção de integridade como um sistema exclusivo de combate à corrupção em *sensu stricto*, mas sim, em sentido amplo, isto é, abrangendo práticas de suborno, propina, fraude, evasão fiscal, corrupção, infrações éticas e disciplinares, entre outras, ou seja, um efetivo Sistema de Gestão de *Compliance* (integridade) conforme os padrões internacionais. Daí a importância do instituto da integridade ser analisado à luz do movimento Neoconstitucionalista, pois ficou provado através dos últimos escândalos noticiados que a corrupção subtraiu parte dos recursos públicos que seriam destinados aos serviços públicos essenciais, melhor estrutura na saúde e na educação, etc. Nesse sentido, as normas de *Compliance* precisam ser aplicadas à luz da ponderação desses interesses, um dos atributos do Neoconstitucionalismo.

De outro lado, a concepção de Boa Governança Pública perpassa por vários aspectos, entre eles o da transparência e de sistemas eficazes de gestão de integridade. Contudo, há que se observar que um programa de integridade, para ser efetivo, deve pautar-se minimamente em duas bases de sustentação. A primeira diz respeito à utilização de um sistema de gestão anticorrupção, que não tem a ver apenas com diplomas legais ou aspectos jurídicos, mas com estruturas e ferramentas gerenciais customizadas em relação ao escopo da organização. A segunda está atrelada ao ordenamento jurídico nacional e internacional e, sobretudo, com o texto constitucional pátrio. Assim, de acordo com esse segundo pilar, deve-se ter em mente a importância da identificação do momento constitucional em que vivemos hoje, isto é, o Constitucionalismo Contemporâneo, pois a Constituição não é uma mera folha de papel, permitindo-se sua interação com outros ramos do Direito.

Dito de outra forma, ao se falar de integridade é importante interpretar as leis e as próprias normas constitucionais com um contexto amplo de constitucionalidade, ou seja, utilizando-se a hermenêutica constitucional sob a perspectiva do método sistemático, prevalecendo o conteúdo sobre a forma, os fins a que se destinam e o ideal a ser alcançado, analisando-se a CRFB/88 de modo amplo e a concatenar os institutos para que seja possível vislumbrar esta Carta Magna com dispositivos correlacionados a mesma temática.

Ante a classificação quanto à finalidade da nossa Constituição, denota-se que a previsão das normas com políticas públicas e sociais, perfazem-se em normas de eficácia limitada programática vinculando-se aos já mencionados direitos de segunda geração e reivindicando uma atuação eficaz e direta da Administração Pública e das empresas privadas ao oportunizar o acesso a serviços e informações aos cidadãos, como ferramenta de controle da prestação de contas do governo e da participação democrática.

Em vista disso, a efetividade constitucional permite uma redução da arbitrariedade do administrador público, outorgando as diretrizes internalizadas pelos ordenamentos que formam esse microsistema anticorrupção a finalidade de estabelecer um controle interno em conjunto com a boa governança, tendo como base o programa de *Compliance* Anticorrupção de forma a complementar as diretrizes das Estatais e englobando a participação e o comprometimento das autoridades superiores do governo para evidenciar um nítido e inequívoco apoio ao programa.

Dessa forma, com o objetivo de buscar essa efetividade a que nos referimos alhures e termos, de fato, um sistema íntegro de gestão que reflita na Boa Governança e na observância do movimento constitucional atual, surgiram uma série de normas infraconstitucionais inspiradas em modelos estrangeiros.

Ocorre que de nada adianta termos leis inspiradas nos modelos mais rígidos do mundo, sem que haja uma efetiva modificação cultural e institucional dos envolvidos, seja na esfera pública ou privada. Significa dizer que a Administração Pública, especialmente a Direta (entes federativos), deve estar imbuída no sentido de ser pioneira quando na implementação

dos referidos sistemas e engendrar todos os esforços possíveis para compor da melhor forma sua estrutura operacional. Afinal, para que se tenha o tipo penal relativo à corrupção, faz-se necessária a participação de um agente público. Nesse sentido, andou bem o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) que, por meio da Portaria n. 57/19 alterou a Portaria n. 1.089/18 que regulamentou os Programas de Integridade do Governo Federal e concedeu novo prazo para criação de programas anticorrupção nos órgãos federais.

Neste mesmo sentido, é louvável a atuação deste mesmo órgão na regulamentação de procedimentos relativos ao acesso e tratamento de documentos e informações eletrônicos, por meio da Portaria n. 1.335/2018, como o estabelecimento de procedimentos para acesso e utilização do Portal do Observatório da Despesa Pública, evidenciando a regulamentação e o estabelecimento em conjunto com as ferramentas de otimização para uma maior transparência e efetividade, pilares de uma boa governança.

Diante de todo esse complexo contexto, espera-se de maneira bastante otimista, que todos os Poderes da República e, especialmente os novos governantes, estejam, de fato, comprometidos no exercício digno dos mandatos que lhe foram outorgados com o objetivo de administrar a coisa pública de uma forma eficiente e capaz. Afinal, a sociedade exige medidas mais eficazes no combate à corrupção, tornando-se em razão do descaso do gestor público e privado, intolerante e meticulosa quando se trata do descaso com os recursos públicos e, sobretudo, com os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Em linhas gerais, o objetivo final das normas de *Compliance* é focar no resultado a ser atingido, ou seja, evitar os riscos decorrentes do cometimento de condutas *pessoais* ou *organizacionais* consideradas *ilícitas* ou *incoerentes* com os princípios, missões, visão ou objetivos de cada empresa observando as suas particularidades e o seu segmento de mercado.

Por fim, deixamos para reflexão, o famoso axioma do ex-Sub-Procurador de Justiça americano, *Paul McNulty*: “*If you think Compliance is expensive, try non-compliance*”.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Renovar, 2013.
- CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. *El Canon Neoconstitucional*. Madri: Editora Trota. 2010.
- CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal*. Salvador: Juspodivm. 2017.
- _____. *Compliance na Administração Pública. Uma necessidade para o Brasil*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. v. 3 n. 01 (2016). Disponível em <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103>.
- CARNEIRO, Claudio e FILHO, Humberto Eustáquio C. Motta. *Compliance: O Estado da Arte: Regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura da integridade no Brasil e no mundo*. Curitiba: Instituto Memória. 2019.
- CARNEIRO, Claudio e JUNIOR, Milton de Castro Santos. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Belo Horizonte: Juruá. 2018.
- CARNEIRO, Claudio e NEPOMUCENO, Augusto. *Programas de Integridade como Instrumento de Boa Governança Pública: O FCPA e o U.K. BRIBERY como normas inspiradoras*. Juris Poiesis. vol. 22, no 29. 2019.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2009. 73 p. Disponível em: Acesso em: 10 janeiro de 2019.
- MOELLER, R. R. *COSO Enterprise Risk Management: establishing effective governance, risk, and compliance processes*. 2ªed. Wiley corporate F&A. 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SEGAL, S. *Corporate Value of Enterprise Risk Management: the next step in business management*. Wiley corporate F&A. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

A GOVERNANÇA DA INFORMAÇÃO: COMO TRATAR DADOS COM TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA?

*Humberto Eustáquio César Mota Filho*¹⁸

RESUMO:

Esse artigo explora a literatura da governança da informação de forma a buscar respostas para a seguinte pergunta: *como tratar dados com transparência e segurança jurídica?* Para tanto, aborda inicialmente as lógicas da *accountability* e dos laços de *confiança* nos setores público e privado, tendo como baliza alguns marcos legais e as boas práticas de mercado, os quais fornecem as normas, diretrizes e os controles de responsabilidade aplicáveis aos dados. A partir daí, sugere-se quais seriam as melhores estratégias para desenvolver políticas públicas e corporativas que contribuam para o valor, a qualidade e o *compliance* das informações.

ABSTRACT:

This article explores the information governance literature to seek answers to the following question: How to handle data with transparency and legal certainty? To this end, it initially addresses the logics of accountability and trust in the public and private sectors, with some legal frameworks and good market practices as guidelines, which provide

18 Doutor em Ciência Política (IUPERJ). Mestre em Direito (UCAM). Pós-graduado em Comércio Internacional (Shanghai Business School). Pós-Graduado em Direito da Empresa e da Economia (FGV). Pós-Graduado em Projetos Financeiros (UERJ). Bacharel em Direito (PUC/Rio). Coordenador da Pós-Graduação Compliance 4.0 do IAG/PUC. Presidente do Conselho Empresarial de Governança e Compliance da ACRJ. Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ. Consultor Jurídico e Professor. Autor de livros e artigos jurídicos e palestrante em eventos nacionais e internacionais. Ex-Assessor Sênior da Presidência do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ex-Conselheiro de Governança da Autoridade Pública Olímpica (APO).

the norms and controls applicable to data. From this, we suggest what would be the best strategies to develop public and corporate policies that contribute to the value, quality and compliance of information.

INTRODUÇÃO

Segundo o *International Data Corporation* (IDC, 2014), os dados digitais criados, replicados e consumidos no mundo no período de um ano dobrarão de tamanho a cada dois anos e, em 2020, alcançarão 44 *zettabytes* (ou 44 trilhões de *gigabytes*). Novos marcos legais e a expansão do universo digital obrigam as organizações a reavaliar suas estratégias em relação à guarda e uso da informação. Governos, empresas e indústrias estão se tornando mais digitais, dependentes das novas tecnologias de comunicação e conectividade, em um contexto caracterizado pelo crescimento acentuado no volume e na complexidade dos dados. Nessa sociedade do conhecimento, tanto as novas oportunidades quanto os novos desafios colocados levam a seguinte pergunta: *como gerar valor para as organizações, a partir do gigantesco universo digital* (FARIA e SYMPSON, 2013)? Uma possível resposta é investir na governança da informação.

Se a abundância de informação nas organizações oferece um grande potencial de desenvolvimento social e econômico ela também traz riscos operacionais e legais que precisam ser geridos e mitigados. É fundamental investir em governança para criar estratégias, políticas e procedimentos em torno da distribuição da informação dentro e fora das organizações. Em termos gerais é possível afirmar que a governança da informação é o conjunto de normas, diretrizes e controles de responsabilidade desenvolvidos para assegurar o valor, a qualidade e o *compliance* das informações. Associada tanto a governança pública quanto a governança corporativa, a governança da informação está intimamente relacionada aos princípios da transparência e da prestação de contas (*accountability*), pois tanto cidadãos, quanto executivos e governantes necessitam de informações confiáveis para a tomada de decisões e para assegurar que seus dados estão protegidos e não foram adulterados, corrompidos, destruídos, descartados ou tratados e armazenados de forma indevida. Daí se revela a importância

de outra indagação presente em todas as organizações nos dias de hoje: *Como tratar dados com transparência e segurança jurídica?*

Usualmente o termo *dados* é utilizado como um sinônimo do vocábulo *informação*, mas há também quem reconheça uma distinção semântica importante (DONEDA, 2014). Ao fazer-se essa distinção, o termo *dado* ganha uma conotação mais fragmentada, sugerindo uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida ou um estado de “pré-informação”, anterior à interpretação e a um processo de elaboração, enquanto que o vocábulo *informação* alude a algo além da representação contida no dado, sendo capaz, por isso mesmo, de se revestir de sentido instrumental e fornecer conteúdo voltado a redução de incertezas. De todo modo, em busca de uma estratégia para o tratamento de dados com transparência e segurança jurídica, é preciso ter em mente todo o ciclo de vida dos dados, significa dizer que a organização deve ser capaz de assegurar o valor, a qualidade e o *compliance* dos dados ou informações necessárias às suas atividades ao longo do tempo, desde o momento da decisão em tratar determinado dado ou informação até quando da escolha em se eliminar certo dado ou informação de seus arquivos.

Então, cabe indagar quais são as melhores estratégias para fazer avançar uma agenda de governança da informação, especialmente uma vez que não existe algo como uma receita única de sistema de governança ou de sistema de *compliance* (MENZEL, 2005).

Este artigo sugere um caminho que favoreça a busca dessa resposta, a partir de alguns marcos legais brasileiros e critérios objetivos que possam ser seguidos por governos e empresas na governança das suas informações, em especial na coleta, tratamento, armazenamento e eliminação de documentos e dados. Nesse sentido são sugeridas quais as lógicas reitoras das políticas públicas e corporativas voltadas a essa modalidade de governança, no campo da transparência e da segurança da informação e são destacadas algumas de suas principais diretrizes, controles e responsabilidades.

Nesse artigo, propõe-se que a governança da informação seja aferida pelos elementos da transparência e da segurança da informação e são apontadas algumas medidas e práticas que podem contribuir com o seu avanço em nosso país, a partir de dispositivos legais específicos.

I - INFORMAÇÕES TRANSPARENTES: A LÓGICA DA ACCOUNTABILITY

Crises de confiança nas instituições, crises econômicas, precarização do bem-estar social e problemas em serviços públicos levam a um descontentamento generalizado com o Estado e com as corporações empresariais. As demandas por mais *accountability* desafiam as ordens políticas vigentes. A *accountability* é um princípio fundamental das democracias, por meio do qual governantes e administradores prestam contas de suas ações aos cidadãos e ao mercado e podem ter o seu comportamento autorizado, chancelado ou simplesmente sofrerem sanções em caso de mau desempenho, ineficiência, corrupção ou arbitrariedade no uso do poder.

De fato, a noção de *accountability* sugere um processo abrangente, envolve não apenas instituições representativas, mas também organizações da burocracia e instituições com atores não eleitos (OLSEN, 2016). Há enormes variações no que se entende e no que implica a *accountability*. A *accountability* é ainda um conceito em evolução (Campos, 1990) o qual comporta uma nova reflexão sobre a ordem política e um princípio de organização das relações entre governados e governantes, proprietários e não proprietários. Nessa evolução, importante notar que esse termo não parece se esgotar nas preocupações da administração pública tradicional, numa *accountability* de processos, restrita ao exame da conformidade das leis e normas procedimentais, a partir de um ponto de vista hierárquico e descomprometido com resultados.

Numa acepção mais abrangente, tal termo alude a responsabilidade perante alguém, a uma obrigação dos governantes ou administradores a explicarem e justificarem suas ações – por exemplo, como mandatos e contratos foram tratados, como a autoridade e os recursos foram aplicados, e com quais foram os resultados (OLSEN, 2016).

Mais especificamente, a lógica da *accountability* democrática corresponde a uma série de mecanismos pelos quais os agentes públicos são obrigados a prestar contas por seu desempenho e suas atividades em relação aos cidadãos (ABRUCIO e LOUREIRO, 2005). Essa lógica demanda uma interação qualificada Estado-sociedade, baseada em: trans-

parência, imputabilidade, controle, responsabilidade e responsividade (KOPPEL, 2005) e dever de justificativa – *answerability* (SCHEDLER, 1999; FIABANE, 2011).

Ao compreender essa lógica de uma interação mais qualificada, a definição clássica de O’Donnell de *accountabililty* horizontal para definir as relações entre atores estatais das diversas esferas de poder, sem a ideia de hierarquia e *accountabililty* vertical, para identificar a relação principal-agente ou mandante-mandatário, pela qual o titular originário das prerrogativas relacionadas ao exercício do poder político as transfere para representantes dele incumbidos afigura-se insuficiente. Assim, o controle do poder público e da prestação de serviços públicos demanda uma mobilização, interlocução e articulação dos mais diversos atores públicos e privados na produção, tratamento e disponibilização de informações destinadas aos órgãos de controle estatal e aos cidadãos diretamente. Numa dinâmica de “círculo virtuoso”, informações transparentes tendem a favorecer a lógica da *accountabililty* democrática e estimular uma interação mais qualificada entre atores públicos e privados. É possível criar e manter um fluxo de informações transparentes a partir de um conjunto dado de *normas, diretrizes e controles de responsabilidade* desenvolvidos para assegurar *o valor, a qualidade e o compliance* das informações. Para tanto, algumas políticas públicas e corporativas podem contribuir para o fluxo de informações mais transparentes.

I.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INFORMAÇÕES MAIS TRANSPARENTES

A governança da informação relaciona-se com questões públicas fundamentais. Na ótica da governança pública, a boa governança requer a transparência dos atos de governo, ou seja, a prestação de contas pela produção e a divulgação sistemática de informações (MOTA FILHO; ALFRADIQUE, 2018) e objetiva a geração de benefícios sociais. Nessa visão normativa de governança pública, a prestação de contas dos administradores públicos é compreendida como sendo um bem básico da democracia – a *accountability* democrática (DIAMOND, 1999). Tanto é assim que para os próprios conselheiros de administração das estatais

federais, o maior avanço da Lei das Estatais¹⁹ consistiu na determinação de uma maior transparência na divulgação das informações relevantes (SARDENBERG, 2018, p. 14).

A publicidade dos atos de governo é uma das bases do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituinte de 1988. Segundo os próprios constituintes: o acesso às informações dos órgãos públicos é fundamental para o aperfeiçoamento da máquina de governo, para a correção de eventuais abusos, para o combate à corrupção e para o exercício pleno da cidadania. Por essas razões, o direito à informação está inscrito no rol de direitos e garantias fundamentais da nossa Constituição (CF, art.5º, XIV e XXXIII).

Em busca de mais legitimidade e da recuperação da confiança de seus cidadãos, governos democráticos investem na transparência e na divulgação dos seus atos e políticas públicas, tal como as empresas também investem na comunicação dos seus atos com consumidores e o público em geral. Assim o fazem, por acreditarem que ao se tornarem mais conhecidos e compreendidos, a confiança do público em suas ações será recuperada ou aumentará. Então as políticas públicas e as políticas corporativas terão mais chance de avançar e obter melhores resultados se contarem com mais credibilidade e apoio.

O conceito de transparência na gestão pública se divide em duas vertentes: a *transparência ativa* e a *transparência passiva*. A transparência ativa é caracterizada pela publicação e disseminação pelo poder público de informações essenciais sobre suas políticas e ações, de forma proativa, em portais da transparência, por exemplo. Isso significa que a atuação é ativa, quando um órgão ou instituição pública disponibiliza dados sem necessidade de pedidos prévios. Já na transparência passiva, o poder público fornece informações mediante solicitações e pedidos realizados pela sociedade civil, empresas ou qualquer cidadão, mediante a demanda desses interessados, de forma reativa.

Políticas de Dados Abertos (“PDA”) tendem a qualificar o diálogo público privado e geram mais credibilidade e legitimidade nas informações públicas repassadas, permitindo que as políticas públicas sejam

19 Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

concebidas, implementadas e avaliadas com base em melhores critérios e que se aumente a participação social em todas as fases do ciclo de desenvolvimento das políticas públicas. Nessa lógica, o governo federal brasileiro regulamentou recentemente uma PDA²⁰, contendo princípios orientadores e uma lista de objetivos, dentre os quais se destaca: (i). promover a publicação de dados da administração pública federal; (ii). aprimorar a cultura de transparência pública; (iii). franquear aos cidadãos o acesso aos dados produzidos ou acumulados pelo Poder Executivo federal, sobre os quais não recaia vedação expressa de acesso; (iv). facilitar o intercâmbio de dados entre a administração pública federal e as diferentes esferas da federação; (v). fomentar o controle social e o desenvolvimento de novas tecnologias destinadas à construção de ambiente de gestão pública participativa e democrática e à melhor oferta de serviços públicos para o cidadão.

Segundo a PDA, dados abertos são aqueles “acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte”²¹. E complementando tal definição vale notar que os dados considerados acessíveis ao público são aqueles gerados ou acumulados pelo Governo federal que não estejam sob sigilo ou sob restrição de acesso nos termos da Lei de Acesso à Informação. Então, via de regra é responsabilidade dos órgãos e entidades públicas assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação, só vedando o acesso do público às informações em casos excepcionais²².

Dentre suas responsabilidades, a Controladoria Geral da União (CGU) – o órgão de controle interno do Governo Federal – deve zelar pelo incremento da transparência da gestão pública. Para tanto, o órgão também conta com um portal de dados abertos, no qual estão disponíveis informações sobre auditorias realizadas; empresas inidôneas e suspensas

20 Decreto nº 8.777/2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal.

21 Art. 2º, inciso III do Decreto nº 8.777/2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal.

22 Art. 6, incisos I da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

e; processos disciplinares, em linha com os objetivos expressos na PDA, por exemplo.

Mas é possível ir além, para o avanço da governança da informação, no âmbito da transparência pública, especialmente na questão da *qualidade* da informação, ao tratar os dados para demonstrar como uma organização pública gera valor. Lançado em 2013 pelo *International Integrated Reporting Council* (IIRC) – uma coalizão global de reguladores, investidores, empresas, organismos de normatização, entidades contábeis e organizações não governamentais – o relato integrado tem exatamente o objetivo de integrar informações financeiras e não financeiras, de forma concisa, para demonstrar como uma organização gera valor para seus públicos de relacionamento.

Já existem alguns exemplos de promoção do relato integrado em nosso país. No Brasil, em geral, a adoção do modelo de relato integrado é feita de forma voluntária pelo setor privado, mas iniciativas do governo começam a tornar a utilização desse modelo obrigatória para alguns entes públicos. As empresas públicas e as sociedades de economia mista devem divulgar anualmente relatório integrado ou de sustentabilidade.²³ Recentemente, o Tribunal de Contas da União (TCU) promoveu mudanças no processo de prestação de contas anuais da administração pública federal, incluindo a adoção do modelo do relato integrado para o relatório de gestão. Assim, com essa exigência do TCU²⁴ válida para todos os órgãos e entidades da administração pública, as mais de 1.100 unidades que prestam contas ao TCU deverão adotar o modelo do relato integrado em seus relatórios de gestão.

Políticas públicas podem favorecer uma boa governança da informação sempre que forneçam os meios para a transparência ativa e passiva estar a serviço da prestação de contas dos administradores públicos (*accountability* democrática). Dito de outro modo, a governança da informação pública terá mais legitimidade e credibilidade se o conjunto de suas normas, diretrizes e controles de responsabilidade assegurar os *valores* da prestação de contas e da informação pública, a *qualidade* da informação

23 Art. 8º da Lei 13.303/2016.

24 Decisão Normativa TCU 170.

pela adoção das boas práticas organizacionais e gestão documental e o *compliance* das informações, pela forma correta de coleta, tratamento, armazenamento e eliminação de dados pessoais e coletivos dos cidadãos necessários ao desenvolvimento das políticas públicas. Alguns desses temas serão abordados mais a frente ao tratar-se da segurança da informação.

I.2 - POLÍTICAS CORPORATIVAS PARA INFORMAÇÕES MAIS TRANSPARENTES

Em consonância com a governança corporativa e a governança de tecnologia da informação (TI), a governança de informação pode assegurar transparência as empresas. Para que organizações privadas possam garantir o valor, a qualidade e o *compliance* de seu ambiente informacional e prosperar elas devem possuir políticas corporativas transparentes que protejam seus clientes, seu modelo de negócios e preservem sua credibilidade e reputação.

No mundo corporativo, a agenda de governança das grandes empresas abertas, concentrada inicialmente em recuperar o poder de deliberação dos acionistas sobre o destino das empresas, foi uma reação as fragilidades demonstradas pelos casos de corrupção da Enron, WorldCom e Parmalat na década de 90 (FONTES FILHO, 2009) e evolui para o campo da responsabilidade social corporativa, para além dos requisitos legais, principalmente naquelas empresas multinacionais, como tentativa de contrapor o vácuo regulatório na governança global (SCHERER; PALAZZO, 2011). A globalização de negócios, que afeta tanto as grandes quanto as pequenas e médias empresas, trouxe oportunidades de expansão e também uma grande variedade de riscos regionais, não só as fraudes corporativas ainda experimentam tendência de alta como muitos executivos evitam investir em determinados países em função desses riscos (KROLL, 2017).

As boas práticas de governança corporativa, aí incluída a governança das informações, convertem princípios básicos em recomendações objetivas, a fim de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização empresarial, envolvendo os relacionamento entre proprietários e não proprietários, com a facilitação de acesso a recursos,

melhoria da qualidade da gestão da organização e contribuindo para sua longevidade e bem comum (IBGC, 2015). Assim, no âmbito empresarial, a governança das informações legitima a ação das empresas, ao incluir a transparência das informações nas políticas públicas.

Segundo o Código das Melhores Práticas do Instituto Brasileiro Governança Corporativa, o princípio da transparência consiste na *decisão* de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse, e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Com base nesse princípio, tais informações não devem se restringir ao desempenho econômico-financeiro, abarcando também os elementos extra-financeiros e os ativos intangíveis das empresas, de modo a preservar e otimizar o *valor* da organização. A transparência empresarial não se esgota no *compliance* operacional do cumprimento de obrigações de fornecimento de informações exigidas legalmente, também conhecido como *estar em compliance*, mas pode ser ampliada numa política corporativa estratégica de governança, direcionada para *ser compliance*, alinhada a princípios e comportamentos éticos (IBGC, 2018). A estratégia voltada ao *ser compliance* pode conferir mais *qualidade* às informações e preservar e agregar mais *valor* a organização empresarial, especialmente quando associada aos demais princípios básicos consagrados no âmbito do Código do IBGC.

Ainda no Código, tanto o preceito da transparência quanto os demais princípios básicos – equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa – procuram redirecionar as atividades das sociedades empresárias de forma responsável e sustentável, a fim de compatibilizar lucro e função social, mitigando externalidade negativas e potencializando as positivas em benefícios de todas as partes interessadas. Mais detidamente, o princípio da prestação de contas, bem entendido no âmbito mais amplo da *accountability*, agora lido no campo do setor privado, recomenda que os agentes de governança devem revelar de modo claro, conciso, compreensivo e tempestivo os motivos e os resultados de suas decisões corporativas, assumindo as consequências de seus atos ou omissões. Não por acaso, o princípio da equidade, caracterizado pelo dever de tratamento justo de todos os sócios e partes interessadas pelos administradores e o princípio

da responsabilidade corporativa, qualificado pelo dever de zelo pela viabilidade econômico-financeira das organizações em bases sustentáveis, ao longo do tempo, são comunicados ao mercado por meio de informações transparentes. Tudo isso somado, compreende-se melhor por que só uma política corporativa de governança de informação transparente pode comunicar de modo efetivo a dinâmica de geração de valor das empresas, seus programas de integridade e os seus compromissos éticos.

Em sintonia com esses princípios, Adam e Lachman (2008) identificam características especiais das informações transparentes para a garantia de práticas de mercado equitativas: (i). relevância, amplitude e fidedignidade dos dados; (ii). acesso fácil e linguagem simples e direta dos dados; (iii). agilidade na transmissão dos dados. Essas características podem ser sintetizadas no relato integrado, instrumento de comunicação corporativa já comentado anteriormente neste artigo.

De fato, o relato integrado visa promover uma abordagem mais coesa e eficiente ao processo de elaboração de relatos corporativos, visando melhorar a qualidade da informação disponível aos investidores. O objetivo principal de um relatório integrado é explicar aos provedores de capital financeiro como uma organização gera valor ao longo do tempo e, portanto, beneficia todas as partes que estejam interessadas na capacidade que uma organização tem de gerar valor, incluindo empregados, clientes, fornecedores, parceiros comerciais, comunidades locais, legisladores, reguladores e formuladores de políticas. Isto é possível, pois tal relato pretende explicar: (i). quais são os recursos e os relacionamentos utilizados e afetados por uma organização; (ii). como uma organização interage com o ambiente externo e como ela é geradora de valor no curto, médio e longo prazos com seus capitais. Assim, o relato integrado aumenta a capacidade da organização em produzir informação de qualidade e em comunicar ao mercado como ela gera valor e permite o retorno financeiro aos seus investidores. Isto está relacionado ao valor gerado por uma organização para as partes interessadas e para a sociedade como um todo, por meio de uma ampla gama de atividades, interações e relacionamentos. Quando estes forem relevantes à capacidade de uma organização de gerar valor para si mesma, devem ser incluídos no relatório integrado (IRII, 2013).

Neste momento, as empresas privadas brasileiras não estão legalmente obrigadas a adotar o relato integral, mas talvez exatamente por isso aquelas que o fizerem podem comunicar de forma mais clara seus compromissos éticos. Nada impede o setor privado de avançar nessa agenda e fortalecer sua transparência e *accountability* corporativa. Políticas corporativas podem favorecer a governança da informação nas empresas sempre que seus administradores incorporem em suas normas os princípios básicos da governança corporativa e forneçam aos seus proprietários, ao mercado e as partes interessadas, em geral, a prestação de contas dos seus atos e dos resultados das suas atividades, com responsabilidade social (*accountability*), comunicando a capacidade das suas empresas em gerar valor no presente e no futuro. Indo mais além, a governança da informação corporativa terá mais legitimidade e credibilidade se o conjunto de suas normas e diretrizes assegurar a publicação e a disseminação de informações relevantes para o mercado e a sociedade e comunicar de forma clara e objetiva seu compromisso com o desenvolvimento sustentável, permitindo controles de responsabilidade mais efetivos (MOTA FILHO, 2019).

II - INFORMAÇÕES SEGURAS: A LÓGICA DA CONFIANÇA

Segundo o dilema da confiança (MOTA FILHO, 2018), explorado por Ovanessoff, Plastino e Faleiro (2015), é preciso de confiança para cooperar, entretanto, também é preciso cooperar para ganhar confiança, seja na interação entre agentes públicos, agentes privados ou na interação entre agentes públicos e privados. E, de uma maneira geral, estudos apontam que a maioria dos brasileiros tem dificuldades no estabelecimento de novas relações de confiança (CNI, 2014) e que mesmo as empresas brasileiras consideradas inovadoras colaboram menos com outras organizações nacionais ou internacionais do que as empresas de grande parte dos países da OECD. Essas lacunas na confiança social acabam por comprometer a colaboração necessária nas relações negociais. Por seu turno, nas relações público-privadas não há razão para supor que o quadro é muito melhor.

Mais recentemente, foi feita uma pesquisa nacional a fim de investigar qual o nível de confiança dos brasileiros em suas instituições, especifi-

camente entre as ONGs, Empresas, Mídia e Governo (ETB, 2017). É revelador notar que nenhuma dessas organizações atingiu níveis satisfatórios de confiança. As ONGs e as Empresas ao menos não despertaram a desconfiança entre os brasileiros, contudo a Mídia e o Governo não mereceram a confiança dos brasileiros. Essas pesquisas ainda revelaram que os brasileiros consideram as suas fontes oficiais suspeitas. A maioria dos consultados considerou que os indivíduos são mais confiáveis que as instituições e que as informações vazadas têm mais credibilidade que os comunicados das companhias para a imprensa.

Ainda que essa crise de confiança seja global, a chamada *era da economia da reputação* (FAGUNDES, 2017.) parece intensificar suas consequências no ambiente empresarial brasileiro. Nessa nova economia da reputação, 84% do valor de mercado de uma empresa listada no S&P 500 dos EUA estão atrelados a valores intangíveis como a reputação, e o Brasil não parece fugir dessa tendência. Os riscos reputacionais estão no topo das preocupações dos membros dos conselhos de administração e segundo pesquisas internacionais, as principais causas da perda de reputação são os comportamentos à margem da ética e da integridade (DELOITTE, 2014). Sem sombra de dúvida, no meio empresarial a confiança é um ativo valioso e a falta de ética é um passivo fatal, um ambiente geral de baixa confiança social, como no caso brasileiro, afeta negativamente a sociedade, os negócios e o governo.

Todos esses dados indicam a necessidade de mais governança pública e corporativa, ou seja, as soluções para o problema da confiança precisam ser legitimadas por uma agenda de mudança dos processos decisórios que incluam a sociedade desde o início das discussões. É preciso retomar níveis de confiança satisfatórios que permitam um ambiente propício ao debate público e ao desenvolvimento de mais negócios e investimentos em nosso país. É fundamental enfrentar o problema da confiança, com o diagnóstico e com as ferramentas certas.

Para avançar nessa agenda de mudança dos processos decisórios que fortalecem os laços de confiança sociais, a lógica da *accountability* é fundamental, mas não é suficiente. Uma estratégia efetiva para o avanço da governança da informação pede que junto com a transparência das

informações esteja também associada a sua segurança, assim será possível ganhar a *legitimidade* e a *credibilidade* necessárias para vencer o problema da confiança (MOTA FILHO, 2018). Políticas públicas e corporativas podem auxiliar a fortalecer a segurança das informações utilizadas pelas organizações.

II.1 - POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INFORMAÇÕES MAIS SEGURAS

Na governança pública, a informação é um bem público, na medida em que atende a demandas públicas e, se converte em direito constitucional dos cidadãos em nosso ordenamento jurídico. O emprego de informações incorretas, corrompidas ou indevidas pode acarretar prejuízos substanciais às políticas públicas e tornar suas ações ineficazes ou contraproducentes.

Ninguém dúvida que as organizações governamentais armazenam e criam uma quantidade de informações cada vez maior a cada dia que passa. Entretanto, essas informações nem sempre criam valor para essas organizações, muitas vezes não têm a qualidade desejada nem estão em conformidade com as leis e seus regulamentos. Problemas com a governança da informação são cada vez mais frequentes nas organizações, sejam eles referentes a vazamentos de dados privilegiados, prejuízos decorrentes de ataques cibernéticos, sistemas contábeis e controles bancários corrompidos, chegando até mesmo a casos de processos fraudulentos automatizados pelos sistemas de certos bancos (LAJARA, 2013).

Na sociedade do conhecimento, a segurança da informação é um dos elementos característicos e essenciais da governança da informação (WILLIAMS, 2008). Em termos gerais, o conceito de segurança da informação envolve a proteção da confidencialidade, integridade e disponibilidade (acessibilidade) da informação (POSTHUMUS; VON SOLMS, 2004). Mais especificamente, segundo esses três pilares que norteiam a segurança da informação (FONTES, 2000): a informação deve estar acessível quando necessária para o funcionamento da organização e a realização dos seus fins (disponibilidade); a informação deve ser acessada e utilizada exclusivamente por quem devidamente autorizado

para tal (confidencialidade); a informação deve ser verídica e não estar corrompida (integridade)²⁵.

Precisamente nessa linha, a Política Nacional de Segurança da Informação (“PNSI”)²⁶ instituída no âmbito da administração pública federal, tem por objetivo assegurar a disponibilidade, integridade, confidencialidade e a *autenticidade*²⁷ da informação a nível nacional e abrange os campos da segurança e defesa cibernética, segurança física e proteção de dados organizacionais. Sob a ótica dessa Política, a governança da informação encontra, em termos gerais, as principais *diretrizes* desenvolvidas para assegurar a proteção de dados dessas organizações. Aqui vale ressaltar que é responsabilidade dos órgãos de governo, em todos os níveis, a proteção da informação custodiada por eles, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal²⁸.

Mas antes mesmo da edição da PNSI, já se consagrava legalmente esses pilares, ao dispor sobre o processo de digitalização, ou seja, “sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos”²⁹. Nesse sentido, já se reconhecia no nosso sistema legal que tal processo deveria ser realizado de forma a manter a integridade, autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil³⁰. Assim, em regra, para a

25 Conceitos técnico-legais de disponibilidade, autenticidade e integridade podem ser encontrados no Art. 4, incisos VI, VII e VIII da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

26 Decreto nº 9.637/2018.

27 Aqui vale recordar que a autenticidade é uma qualidade do documento, ou seja, significa que aquele documento é o que diz ser que é, livre de qualquer adulteração e corrupção. Já a autenticação é uma declaração desta qualidade, quer dizer, ela é uma manifestação sobre um documento, num determinado momento, por uma pessoa física ou jurídica investida de autoridade para fazer tal declaração (servidor público, notário, autoridade certificadora). Portanto, procedimentos que visam à certificação de conferência com o original, por exemplo, tratam da questão da autenticação de uma cópia. A observância desses procedimentos é importante pois afeta diretamente a segurança das informações.

28 Art. 6, incisos II e III da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011

29 Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012.

30 Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012. Art. 1º A digitalização, o armazenamento em meio eletrônico, óptico ou equivalente e a reprodução de documentos públicos e privados serão regulados pelo disposto nesta Lei.

validade jurídica ou valor probatório de uma cópia ou reprodução de um documento original é preciso que alguém investido de fé pública³¹ ateste, com segurança, que verificou os elementos da autoria e da integridade do original em cotejo com a cópia a ele apresentada naquele ato. Portanto, esses procedimentos também devem ser incluídos no rol de uma política de governança da informação.

Prosseguindo-se, na seara da proteção de dados, vale recordar que tal matéria é disciplinada na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet. Contudo, a nova Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) singulariza-se pela sua abrangência, enunciando princípios, direitos, responsabilidades e demais aplicações decorrentes do tratamento de dados pessoais. Portanto, aqui vale concentrar nossa análise nesse marco regulatório em especial, pois ele estabelece as diretrizes para o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, realizados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Tendo em conta esse histórico, resta claro que a LGPD se encontra inserida num sistema legal de proteção de dados mais amplo, não detendo a exclusividade do tratamento legislativo sobre a proteção de dados pessoais. Ela certamente se aplica ao tratamento de dados por pessoa jurídica de direito público e impacta a governança pública ao buscar a proteção de direitos e garantias fundamentais da pessoa natural. Assim, na ocorrência de infrações à LGPD, em especial no caso de incidentes de segurança da informação, a autoridade regulatória avaliará a boa-fé do infrator, a adoção de políticas de boas práticas e de governança e a pronta adoção de medidas corretivas, entre outros critérios³². Portanto, destaca-se a importância da adoção de uma política de governança da informação para a proteção de dados pessoais também no âmbito do setor público.

A LGPD regula a proteção dos dados dos cidadãos no setor público, aplicando-se a qualquer órgão ou entidade pública e empresas públicas

31 Fé pública é o crédito que se deve dar a documentos emanados de autoridades públicas ou serventuários da justiça, em virtude da função ou ofício exercido.

32 Art. 52, § 1º da Lei nº 13.709/2018.

e sociedades de economia mista, especialmente quando da utilização desses dados para a elaboração e execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a implementação da LGPD no setor público exige a revisão de todos os processos que envolvam dados pessoais e sensíveis³³, com o desenvolvimento de uma política de governança para o mapeamento de dados e o tratamento dessas informações em conformidade com a nova legislação. De fato, essa nova lei dedicou todo um capítulo ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público em busca de estabelecer um equilíbrio entre o acesso à informação nas mãos da administração pública e a proteção dos dados pessoais dos cidadãos, fazendo inclusive expressas menções ainda à Lei de Acesso a Informação³⁴.

É preciso cuidado especial nos casos de incidentes de segurança que possam acarretar riscos ou danos relevantes aos cidadãos, titulares das informações utilizadas pelo setor público. Vale recordar que diversos órgãos e entidades públicas tratam dados pessoais tanto de contribuintes quanto de servidores e empregados públicos, por exemplo, sendo que muitos desses dados se enquadram na definição de dado pessoal sensível. Na ocorrência de incidente de segurança é imprescindível comunicá-lo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados³⁵ e ao titular dos dados, via órgão público, entidade pública, empresa pública ou sociedade de

33 Dado pessoal é todo e qualquer dado que possa ser vinculado ou associado a uma determinada pessoa. Dados sensíveis são os que revelam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa.

34 Várias regras foram criadas especificamente para o setor público, como as relativas a compartilhamento de dados pessoais, transparência e bases autorizativas dos tratamentos de dados pessoais exclusivas para órgãos e entidades públicas. Há a previsão de diferentes sanções, a depender do regime concorrencial ou não da entidade pública, com impacto relevante para empresas públicas e sociedades de economia mista, que ora atuam como entidades privadas, ora como gestores ou executores de políticas públicas.

35 O conteúdo dessa comunicação notificação deve abarcar a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; informações sobre os titulares envolvidos; indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados; riscos relacionados ao incidente; motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a depender da gravidade do incidente, pode determinar a adoção de outras providências, tais como a ampla divulgação do fato em meios de comunicação e medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente.

economia mista que desempenhar o papel de controlador, sempre que o incidente de segurança “possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”, em um prazo razoável³⁶.

Seguindo adiante, a segurança das informações também é impactada diretamente pela gestão da documentação governamental. Essa gestão documental é regulada pela própria Constituição Federal de 1988³⁷ a qual determina que cabe à administração pública, na forma da lei, realizar essa gestão e franquear a consulta dos arquivos públicos à sociedade. Nessa esteira, foi promulgada a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados (“PNAPP”). Essa Política compreende a definição e adoção de um conjunto de normas e procedimentos técnicos e administrativos para disciplinar as atividades relativas aos serviços arquivísticos da administração pública, visando à melhoria desses arquivos, no âmbito de um processo de reestruturação da própria Administração. Nesse sentido, essa Política adota como objetivos de um programa de gestão de documentos o controle sobre a produção documental e a racionalização de seu fluxo³⁸, para permitir, com isso, que os arquivos públicos cumpram sua função social³⁹, aumentem sua eficácia e garantam o cumprimento dos direitos da cidadania⁴⁰, dando suporte

36 A ser definido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Na legislação europeia que trata do mesmo tema (“General Data Protection Regulation – GDPR”) o prazo definido foi de 72 horas.

37 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 216, §2º.

38 art. 1º e art. 13, incisos I a IV do Decreto nº 4.073, de 03 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei nº 8.159, de 08 de janeiro de 1991, a qual, por sua vez dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados.

39 A função social dos arquivos é revelada pelo registro documental, o qual tem a capacidade de “capturar os fatos, suas causas e consequências, de preservar e estender no tempo a memória e a evidência desses fatos”, atestar “ações e transações, e (...) sua veracidade dependente das circunstâncias de sua criação”. DURANTI, Luciana. Registros documentais contemporâneos como prova de ação. Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p.49-64, 1994.

40 Na Administração Pública, graças à Constituição Federal de 1988, os arquivos estão associados à conquista de direitos civis e ao exercício pleno da cidadania. No capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal, assegurou a todos o direito ao acesso à informação e o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo geral (art. 5º, incisos XIV, XXIX), conferindo assim um papel de destaque a formulação de política pública de gestão de documentos, nos termos da Lei federal n. 8.159/91, que regulamentou o artigo 216 da Constituição Federal.

às decisões político-administrativas do Estado⁴¹. Apesar de elaborada no início da era digital, ao incidir sobre a gestão e o ciclo de vida dos documentos de interesse público, essa Política também pode orientar o desenvolvimento de informações mais seguras se harmonizada com os diplomas legais mais recentes da Política de Segurança da Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados, especialmente na questão da integridade e da eliminação dos documentos.

Para cumprir a PNAPP e os objetivos da gestão de documentos, foi organizado um Código de Classificação de documentos de arquivo para a Administração Pública, aprovado pelo Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ), vinculado ao Arquivo Nacional. Mas os próprios representantes do CONARQ reconhecem que as atividades da Administração Pública são dinâmicas e requerem alterações periódicas, a fim de garantir sua atualização frente às constantes transformações desse setor⁴².

Assim sendo, a eliminação de documentos no setor público obedece a procedimentos previstos na legislação arquivística específica⁴³, entre os quais, a constituição de comissão permanente de avaliação de documentos, a elaboração de tabela de temporalidade e destinação de documentos e o cumprimento do disposto nas Resoluções do CONARQ, que tratam da eliminação de documentos. No setor público, a eliminação deve ser precedida pela elaboração de listagem de eliminação de documentos, que depois de aprovada pela instituição arquivística na específica esfera de competência, deverá ser publicada e, quando for efetivada a eliminação, será lavrado o termo de eliminação de documentos, segundo a legislação vigente. Caso o original seja considerado de valor permanente, este não poderá ser eliminado, conforme também determina a legislação. Nesse sentido, a observância da PNAPP pretende garantir a segurança jurídica na eliminação dos documentos constantes dos arquivos públicos.

41 Arquivo Nacional (Brasil). Conselho Nacional de Arquivos. Classificação, temporalidade e destinação de documentos de arquivo; relativo às atividade-meio da administração pública. Arquivo Nacional. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2001. Apresentação, p. 7.

42 <http://conarq.arquivonacional.gov.br/documentos-eletronicos-ctde/perguntas-mais-frequentes.html>. Consultado em 16 de julho de 2018.

43 arts. 1º e 2º da Resolução nº 5, de 30 de setembro de 1996, que dispõe sobre a publicação de editais para eliminação de documentos nos Diários Oficiais da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Indo mais além, é fundamental incluir no planeamento de governança da informação do setor público a avaliação se os prazos constantes da proposta de arquivamento de documentos⁴⁴ estão alinhados com os prazos prescricionais previstos no nosso ordenamento jurídico para a defesa dos direitos reais e pessoais dessas entidades.

Afinal, o Poder Judiciário⁴⁵ entende que as ações de ressarcimento de dano ao erário são imprescritíveis. Ou seja, no limite, os órgãos e empresas públicas podem ser demandados a produzir, por tempo indeterminado, documentos relativos a condutas suspeitas de terem gerado dano ao erário. Nesse contexto, recomenda-se a preservação de especial cuidado na classificação, manutenção e eliminação de arquivos públicos que, por sua natureza, documentem operações com maiores riscos potenciais de caracterizar algum dano relevante ao erário público.

II.2 - POLÍTICAS CORPORATIVAS PARA INFORMAÇÕES MAIS SEGURAS

A informação pode ser entendida como um bem das organizações com finalidades econômicas, na medida em que ela é necessária para o planeamento e a implementação de estratégias empresariais, com a consequente realização dos negócios e a obtenção do lucro. Mas isto é apenas parte da história. Até recentemente, o mercado tratava os dados coletados como um ativo próprio, a ser livremente utilizado e comercializado por quem deles se apropriasse, sem maiores preocupações. Entretanto, na sociedade do conhecimento, essa perspectiva se alterou. Sob uma ótica mais cuidadosa e consciente da titularidade dos dados pessoais e das potenciais consequências do seu uso indevido houve recentemente uma mudança substancial na regulação do uso de dados pessoais nos negócios empresariais, sintetizada no marco legal da LGPD. Assim, os dados pessoais coletados pelas empresas privadas revelam-se claramente como pertencentes às pessoas naturais às quais se referem, de

44 Código de Classificação e Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos de Arquivo Relativos às Atividades-Fim das entidades públicas previstos na PNAPP.

45 STF, RE 852475, Plenário, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin, j. 08.08.2018. O Tribunal, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

modo que quem coleta os dados deve prestar contas do seu uso ao seu titular, seja ele seu consumidor, seu empregado, seu acionista, ou quem quer que seja. Nessa linha, o uso de dados pessoais por empresas deve respeitar as bases legais da nova LGPD, sob pena de imposição de multas pesadas aos seus infratores e risco de perdas reputacionais adicionais.

No mundo empresarial, uma estrutura de governança da informação deve atribuir responsabilidades claras pela custódia dos dados e seu fluxo de vida na corporação, integrando as áreas de negócio com as tecnologias existentes e com os projetos de tecnologias futuras, em bases jurídicas seguras. Não há um formato único para tal estrutura. As contingências as quais a organização está exposta, seja na relação com o ambiente externo, seja na conexão com a estrutura organizacional interna, certamente afetam a sua configuração estrutural.

Apesar de não haver uma receita única para proteger dados nas organizações privadas, especialistas internacionais sugerem uma estratégia voltada ao desenvolvimento da segurança da informação, baseada na implementação de um conjunto de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de *software* e *hardware*, a fim de assegurar que os objetivos do negócio sejam atendidos. A nova LGPD parece seguir essa mesma estratégia recomendada pelos especialistas⁴⁶, nesse sentido, a segurança da informação compreende técnicas de tecnologia da informação, mas não se esgota nelas.

Pela LGPD, além da boa fé, as atividades de tratamento de dados pessoais devem seguir diversos princípios, dentre os quais se destaca aqui o princípio da segurança⁴⁷. Assim sendo, tanto o controlador, responsável pelas decisões referentes ao tratamento desses dados quanto o operador, responsável pelo tratamento dos dados em nome do controlador são legalmente designados como os agentes de tratamento de dados incumbidos de implementar a *política* de proteção de dados da sua organização, ao adotarem as medidas de segurança técnicas e administrativas. As medidas técnicas circunscrevem-se ao campo da tecnologia da informação, com o

46 Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR ISSO/IEC 27002: Tecnologia da Informação – Técnicas de Segurança. Código de prática para controles de segurança da informação. Rio de Janeiro, 2013.

47 Art. 6º, incisos VII, VIII e X da Lei nº 13.709/2018.

uso de recursos informáticos dotados de funcionalidades voltadas à garantia da segurança da informação, tais como ferramentas de autenticação de acesso a sistemas, recursos de criptografia e segregação de servidores. Já as medidas administrativas englobam medidas gerenciais e jurídicas, tais como as políticas corporativas para a proteção de dados, contratos de confidencialidade e políticas de privacidade (JIMENE, 2019).

Os *agentes* de tratamento de dados pessoais, no âmbito de suas competências, individualmente ou por meio de órgãos colegiados, poderão formular e implantar regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento dos dados, além das ações educativas, dos mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e de outros aspectos relacionados ao mapeamento e tratamento dos dados pessoais. Essas regras integrarão tanto a política de governança da informação quanto o programa de integridade da empresa, revelarão e documentarão o seu grau de comprometimento com a proteção de dados pessoais e eventualmente excluirão ou reduzirão a aplicação das penalidades impostas às empresas pelos incidentes de segurança da informação e seus possíveis danos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados⁴⁸.

Ao impor aos agentes de tratamento o dever de adotar medidas de segurança aptas a resguardar os dados pessoais, a LGPD incorpora os mesmos pilares da segurança da informação expressos na PNSI, assimilando a ideia de que tal segurança é uma questão que vai muito além da tecnologia e representa um verdadeiro desafio de governança e de política corporativa.

Assim como visto no setor público, é preciso prevenir e ter condições de mitigar os casos de incidentes de segurança que possam acarretar riscos ou danos relevantes aos titulares das informações utilizadas pelo setor privado. Vale repetir que o controlador dos dados pessoais tem o dever

48 Parte da inspiração para formular as regras de boas práticas e de governança pelos agentes de segurança pode vir da Norma Técnica ABNT NBR ISO/IEC 27002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, um verdadeiro código de boas práticas e melhores técnicas mundialmente reconhecidas para controles de segurança da informação.

de comunicar a ocorrência de incidentes de segurança para a ANPD e para o titular dos dados pessoais, sempre que o incidente de segurança “possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”, em um prazo razoável. Então, sob a ótica jurídica, para justificar a sua comunicação o incidente de segurança deve ser capaz: (i). de possibilitar a ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou prejuízo, suscetível a acarretar a responsabilidade civil na sua reparação e; caso tal incidente se efetive, (ii). os impactos negativos ou prejuízos sofridos sejam potencialmente expressivos, ao atingirem bens de ordem econômica ou moral.

No âmbito da LGPD, nem todo e qualquer incidente deve ser comunicado. No caso da perda de um *pen drive*, o furto de um *notebook* ou a interrupção de acesso a um sistema haverá um incidente de segurança do ponto de vista técnico, no âmbito da governança da tecnologia da informação, pois os dados corporativos estarão ameaçados de exposição, entretanto não necessariamente esse incidente será digno de notificação à ANPD ou aos titulares de dados, caso não se revele como uma potencial ameaça de dano aos titulares de dados pessoais, passível de reparação civil. Uma boa governança da informação conjugada com um programa de integridade efetivo deve ser capaz de mapear dentre os potenciais incidentes de segurança de informação aqueles mais relevantes e impactantes para a corporação e para os titulares dos dados pessoais envolvidos e suas possíveis consequências, com a confecção de planos preventivos e de contingência.

Seguindo a lógica da proteção jurídica no tratamento de dados, há regulamentações específicas para atividades intensivas no uso de dados pessoais como a atividade bancária, com muitos riscos de incidentes de segurança potencialmente relevantes e volumoso tráfego de dados digitais, ao redor do mundo todo, ensejando possíveis danos de grande monta. As instituições financeiras (“IFs”) devem conhecer seus clientes para avaliar o risco de crédito dos seus mutuários na concessão de financiamentos ou para evitar operações de lavagem de dinheiro, por exemplo. Para tanto, tais instituições devem seguir as regulamentações do Banco Central do Brasil, a autoridade responsável pelo sistema financeiro nacional, em especial os normativos que tratam da política de segurança cibernética (“PSC”)

e sobre os requisitos para contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem⁴⁹.

Vale notar, que essa PSC contempla: (i). os procedimentos e os controles adotados para reduzir a vulnerabilidade das IFs aos incidentes; (ii). os controles específicos, incluindo os voltados para a rastreabilidade da informação, que busquem garantir a segurança das informações sensíveis; (iii). o registro, a análise da causa e do impacto, bem como o controle dos efeitos de incidentes relevantes para as atividades da instituição; e (iv). os mecanismos para disseminação da cultura de segurança cibernética nas IFs. A PSC vem confirmar que a manutenção da segurança da informação decorre de uma estratégia corporativa e de uma mudança de cultura e não somente de investimentos em novas tecnologias e oferece um roteiro para avançar na implementação dessa estratégia baseada no reconhecimento da importância da proteção de dados para a credibilidade do sistema financeiro como um todo, para a estabilidade dos negócios bancários e o desenvolvimento de novos modelos de negócios que favorecem o crescimento dessa atividade econômica.

Nessa linha, a PSC pode servir de inspiração para outros ramos de atividades econômicas que necessitem estar apoiados em sólidas medidas de segurança da informação. Em termos mais gerais, no âmbito da lógica da LGPD e dos seus limites rígidos no tratamento de dados pessoais, as medidas de segurança serão mais efetivas quando observadas desde a concepção do produto ou do serviço próprio de cada atividade empresarial. Não por acaso, a LGPD acolhe a ideia de *privacy by design* (Cavoukian, 1990), ou seja, o desenho e o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou mesmo modelos de negócios precisam levar em conta a segurança e o sigilo dos dados como um elemento essencial de seus projetos corporativos, desde o seu início. Isso permite a adoção de controle mais efetivos, favorece o mapeamento e a auditoria dos riscos e estimula uma mudança organizacional nas empresas com maior respeito a privacidade das pessoas naturais. Mais particularmente, a ideia de *privacy by design* pode assegurar não apenas o cumprimento de parâmetros regulatórios e o *compliance* da proteção de dados, mas servem para

49 Resolução nº 4.658/2018, do Banco Central do Brasil.

direcionar o agente de tratamento de dados rumo a políticas corporativas que efetivamente avaliem os impactos das atividades empresariais nos usuários de seus produtos e serviços e nos terceiros interessados. Tais políticas corporativas poderão transformar os processos de criação, desenvolvimento, aplicação e avaliação de produtos e serviços e, portanto, serão capazes de criar informações com mais *valor* internamente para a organização e externamente para o mercado. Informações mais seguras juridicamente tendem a diminuir a litigiosidade processual e reduzir os riscos reputacionais das atividades empresariais e, desse modo, será possível avaliar os benefícios concretos do avanço da governança da informação em tais empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O emprego das lógicas da *accountability* e dos laços de *confiança* contribui para o tratamento de dados de forma transparente e segura, seja no setor público ou no setor privado. Os marcos legais e as boas práticas de mercado existentes já servem de guia para a identificação das normas, diretrizes e dos controles de responsabilidade aplicáveis aos dados. A partir daí, é fundamental traçar as estratégias para desenvolver e aplicar políticas públicas e corporativas que contribuam para o valor, a qualidade e o *compliance* das informações.

Políticas públicas mais transparentes devem estar a serviço da prestação de contas dos administradores públicos e dos resultados das suas ações e omissões (*accountability* democrática).

Políticas públicas para proteção de dados devem fortalecer os três pilares que norteiam a segurança da informação: a informação deve estar acessível quando necessária para o funcionamento da organização e a realização dos seus fins (disponibilidade); a informação deve ser acessada e utilizada exclusivamente por quem devidamente autorizado para tal (confidencialidade); a informação deve ser verídica e não estar corrompida (integridade).

A governança da informação pública terá mais legitimidade e credibilidade se o conjunto de suas normas, diretrizes e controles de responsabilidade assegurar os *valores* da prestação de contas e da infor-

mação pública, a *qualidade* da informação pela adoção das boas práticas organizacionais e gestão documental e o *compliance* das informações, pela forma correta de coleta, tratamento, armazenamento e eliminação de dados pessoais e coletivos dos cidadãos necessários ao desenvolvimento das políticas públicas.

Políticas corporativas serão mais transparentes sempre que seus administradores incorporem em suas normas os princípios básicos da governança corporativa e forneçam aos proprietários, ao mercado e as partes interessadas, em geral, a prestação de contas dos seus atos, com responsabilidade social (*accountability corporativa*), comunicando claramente a capacidade das suas empresas em gerar valor no presente e no futuro. A transparência empresarial não se esgota no *compliance* operacional do cumprimento de obrigações de fornecimento de informações exigidas legalmente, também conhecido como *estar em compliance*, mas pode ser ampliada numa política corporativa estratégica de governança, direcionada para *ser compliance*, alinhada a princípios e comportamentos éticos. A estratégia voltada ao *ser compliance* pode conferir mais *qualidade* às informações e preservar e agregar mais *valor* a organização empresarial.

Políticas corporativas para proteger dados nas organizações privadas demandam uma estratégia voltada ao desenvolvimento da segurança da informação, baseada na implementação de um conjunto de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de *software* e *hardware*, a fim de assegurar que os objetivos do negócio sejam atendidos. A segurança da informação compreende tecnologia, tal como a criptografia, mas não se esgota nelas. Tais políticas englobam além das medidas técnicas, a adoção de medidas administrativas, a fim de prover segurança jurídica em contratos de confidencialidade, políticas de privacidade e na caracterização de incidentes de segurança, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, democracia e *accountability*: debate teórico e o caso brasileiro. In: ARVATE,

- Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Orgs.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campos, 2005, p. 75-102.
- ADAM, Avshalom M.; LACHMAN, Ran. The concept of information transparency: a spectrum in four dimensional spaces. 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1422637>>.
- CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v.24, n° 2, p.30-50, fev./abr. 1990.
- CAVOUKIAN, Ann. *Information and Privacy Commissioner of Ontario*. Publicado em agosto de 2009. Revisado em janeiro de 2011. Disponível em: www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). “Retratos da Sociedade Brasileira: Confiança Interpessoal, março de 2014”.
- DIAMOND, Larry. *Developing Democracy: Toward Consolidation*, pp. 1-19. Baltimore: John Hopkins University Press, 1999.
- DONEDA, Danilo. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais, *In* Direito Privado e Internet. Coordenador: Martins, Guilherme Magalhães. Ed Atlas. São Paulo, 2014, p. 63.
- ETB. 2017. Edelman Trust Barometer. Trust and the CEO. Annual Global Study, 2017. <https://www.ifac.org/system/files/uploads/Comms/Day%201%20-%20Trust%20Barometer%20-%20Justin%20Blake.pdf>.
- FAGUNDES, Suzana. Integridade como novo paradigma da reputação. Revista Governança e Compliance da Associação Comercial do Rio de Janeiro. n. 1, ano 1 (5 dez, 2017). Rio de Janeiro, RJ: ACRJ, 2017. pgs. 30-34.
- FARIA, F.A.; SYMPSON, G. (2013). Bridging the gap between business and IT: An information governance perspective in the banking industry. In N. Bhansali, *Data governance: Creating value from information assets* (pp. 217-241). Boca Raton, USA: Taylor & Francis.
- FIABANE, Danielle Fabian. **Controle Social: um novo frame nos movimentos sociais**. 180f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2011.
- FONTES, Edison. *Vivendo a segurança da informação: orientações práticas para pessoas e organizações*. São Paulo: Ed. Sicurezza, 2000.

- FONTES FILHO, Joaquim Rubens. O conceito e a prática de governança corporativa. Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito/Elvira Cruvinel Ferreira Ventura, coordenação geral; Joaquim Rubens Fontes Filho, Marden Marques Soares, coordenação. Brasília: BCB, 2009. pgs. 31-48.
- 2014 Global Survey on reputation risk. Reputation@Risk. October, 2014. https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Governance-Risk-Compliance/gx_grc_Reputation@Risk%20survey%20report_FINAL.pdf.
- KOPPELL, J.G.S. *Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of “Multiple Accountabilities Disorder”*. **Public Administration Review**, v. 65, nº 1, p. 94-108, jan./fev. 2005.
- IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC, Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, 2015.
- IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Compliance à luz da governança corporativa / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2018. (Série: IBGC Orienta). 56 p.
- IDC. International Data Corporation. (2014). *The digital universe of opportunities: Rich data and the increasing value of the internet of things*. <http://brazil.emc.com/leadership/digitaluniverse/2014iview/executive-summary.htm>
- IIRC. 2013. A Estrutura Internacional para Relato Integrado. Tradução: FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos. Março, 2014. <https://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2015/03/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-Portuguese-final-1.pdf>.
- JIMENE, Camilla do Vale. In: LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. Viviane Nóbrega Maldonado, Renato Opice Blum, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- KROLL. Relatório “Anti-bribery and Anti-Corruption Benchmarking Report – 2017”. <https://www.kroll.com/en/insights/publications/anti-bribery-and-corruption-benchmarking-report-2017>.
- LAJARA, Tamara Tebaldi. Governança da Informação na perspectiva de valor, qualidade e compliance: Estudo de casos múltiplos. 2013. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Administração. Porto Alegre, 2013.

- MENZEL, Donald C. (2005) Research on Ethics and Integrity in Governance: A Review and Assessment, *Public Integrity*, 7:2, 147-168. <http://dx.doi.org/10.1080/10999922.2005.11051272>.
- MOTA FILHO, Humberto E. C. *Como manter um ambiente ético nas empresas?* In: Revista Compliance Rio. n. 1, ano 1 (out, 2018). Rio de Janeiro, 2018. pgs. 30-37.
- MOTA FILHO, Humberto E. C.; ALFRADIQUE, Cláudio Nascimento. *A Governança e o controle da função pública: a transparência pública nos trinta anos da Constituição Cidadã*. In: Estado, democracia e direito no Brasil: trinta anos da constituição cidadã. Geraldo Tadeu Moreira Monteiro (Org.). Rio de Janeiro: Gramma. Cebrad, 2018.
- MOTA FILHO. *Compliance e Transparência: Programas de Integridade Efetivos*. In: Compliance: o estado da arte – regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura da integridade no Brasil e no mundo. (Orgs.). Cláudio Carneiro, Humberto E.C. Mota Filho. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019. 192 p.
- OLSEN, Johan P. Accountability democrática, ordem política e mudança: explorando processos de accountability em uma era de transformação europeia /Johan P. Olsen; tradução, Eliane Rio Branco. -- Brasília: Enap, 2018.
- OVANESSOFF, Armen. PLASTINO, Eduardo e FALEIRO, Flaviano. Por que o Brasil precisa aprender a confiar na inovação colaborativa. Accenture, 2015.
- POSTHUMUS, Shaun; VON SOLMS, Rossouw. A framework for the governance of information security. *Computers & Security*, v. 23, 2004.
- SARDENBERG, Dalton. (2018) Integridade Pública, Regulação e Controle Social. Fundação Dom Cabral. Apresentação no Seminário de Governança Privada e Integridade Pública da Associação Comercial do Rio de Janeiro, em 07/06/2018. <http://www.acrj.org.br>.
- SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Eds.) **The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Boulder, CO, USA; London: Lynne Rienner, 1999.
- SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CRS and its Implications for the Firm, Governance and Democracy.

Journal of Management Studies 48:4, June 2011. Doi: 10.1111/j.
1467-6486.2010.00950.x.

WILLIAMS, Patricia A.H. In a “trusting” environment everyone is responsible for
information security. **Information Security Technical Report I3**, 2008.

PRESTAÇÃO DE CONTAS E O COMPLIANCE NA JUSTIÇA ELEITORAL

*Katia Valverde Junqueira*⁵⁰

1. O COMPLIANCE

Muito se discute atualmente sobre *compliance*, vocábulo de origem inglesa, que vem sendo utilizado para traduzir que as práticas da empresa, órgão ou entidade estão em conformidade com a legislação vigente do país.

Essa terminologia, nos últimos anos, especialmente depois de escândalos nacionais e internacionais envolvendo grandes empresas e o descompasso de suas práticas empresariais com as normas regulatórias e legais aplicáveis, tem ganhado *status* de conjunto de procedimentos, programas, rotinas e controles previstos ou não na legislação, que devem ser adotados pelas pessoas jurídicas e seus prepostos para prevenir infrações às normas e garantir a adequação de suas atividades à legislação do país, evitando prejuízos à sociedade.

Estamos falando dos chamados programas de integridade, que envolvem, dentre outras, ações conjuntas de auditoria, incentivo à denúncia e códigos de ética e conduta que surgiram por demanda de uma sociedade cada vez mais eivada de competitividade entre as empresas, cujos objetivos devem ir muito além de apenas gerar dividendos aos acionistas, mas de atuar com responsabilidade social e corporativa.

A sociedade está farta de corrupção e ilegalidades, que acontecem não só no Brasil, mas no mundo inteiro, e exigem a adoção efetiva e séria de programas de integridade que não podem servir de meros instrumentos de propaganda institucional e/ou tentativa de defesa em processos para

50 Desembargadora do TRE-RJ. Mestranda em Direito Constitucional pela UFF. Diretora de Assuntos Ambientais do IARA. Membro do Conselho Jurídico-Estratégico da ACRJ. Ex-Diretora Jurídica da CEG - (Grupo Naturgy Brasil).

apuração de práticas indevidas, mas sim, representar uma nova cultura, para garantir o interesse público.

1.1 O COMPLIANCE E AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

O legislador brasileiro, por meio da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), dispôs sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Conforme previsão contida no artigo 7º. da citada Lei, dentre outros fatores, são levados em consideração na aplicação das sanções legais, os seguintes aspectos: “VIII - a existência de mecanismos e *procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*”.

– grifos nossos –

Já o Decreto 8.420/2015, regulamenta a lei anticorrupção. O artigo 41 do Decreto regulamentador, define um programa de integridade, como sendo aquele que consiste:

“... no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

A Lei Anticorrupção e sua regulamentação buscam em relação ao *compliance* a sua efetiva implementação e o real comprometimento da alta administração da empresa na prevenção dos atos ilícitos de corrupção e não meramente uma atividade cosmética da empresa, situação muitas vezes ocorrente na prática.

1.2 O COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na esfera da Administração Pública, o legislador não editou Leis específicas a ela destinadas para efeito de *Compliance*.

Porém, por meio da Lei 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas

subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – sendo denominada de Estatuto das Estatais – o legislador elencou artigos pertinentes às práticas de boa gestão e de conformidade a serem adotadas por tais entidades – da Administração Pública Direta –, tudo em consonância com o disposto no artigo 173, parágrafo 1º. da Constituição Federal. Vejamos o que dispõem alguns artigos da referida legislação pertinentes ao *Compliance* na Administração Pública:

“Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

“Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

...

II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei”.

Ademais dos citados dispositivos há outros normativos em legislações esparsas ordinárias que podem servir de referência à obrigatoriedade do *Compliance* na esfera da Administração Pública Direta, como a Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa; o Decreto Federal 1.171/94 – Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal; e a Lei 12.813/13 – Sobre conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores.

O legislador introduziu também a obrigatoriedade de práticas de *Compliance* para a Administração Pública Indireta. Com efeito, a Lei 13.848/19 estabeleceu tais práticas para as Agências Reguladoras, autarquias especiais integrantes da Administração Pública Indireta, notadamente, elaboração e divulgação de programa de integridade.

Todos esses dispositivos demonstram uma efetiva mudança de cultura no país, seguindo uma tendência internacional, que deve ser estendida a todas as esferas, tanto pública quanto privada.

2. A JUSTIÇA ELEITORAL

A Constituição Federal de 1988, expressa extremado respeito ao sufrágio e ao voto, tendo como fundamentos:

“Art. 1º

...

II - a *cidadania*;

...

Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, nos termos desta Constituição”.

“**Art. 14.** *A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto* direto e secreto, com valor igual para todos...” – grifos nossos –

Como instrumento para viabilizar esses direitos fundamentais, existe a Justiça Eleitoral. Conforme descrito no site do Tribunal Superior Eleitoral – TSE – <http://www.tse.jus.br/justica-eleitoral>, acesso em 19/12/2019:

“a Justiça Eleitoral brasileira é um ramo especializado do Poder Judiciário, com atuação em três esferas: jurisdicional, em que se destaca a competência para julgar questões eleitorais; administrativa, na qual é responsável pela organização e realização de eleições, referendos e plebiscitos; e regulamentar, em que elabora normas referentes ao processo eleitoral”.

A Justiça Eleitoral vem se modernizando e desenvolvendo a cada dia e estendendo suas competências jurisdicionais, fiscalizatórias e de controle. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental interposto no INQ 4435, que reconheceu a competência da especializada para processar e julgar crimes comuns que apresentem conexão com crimes eleitorais.

2.1 O CONTROLE DOS RECURSOS FINANCEIROS PELA JUSTIÇA ELEITORAL – PRESTAÇÃO DE CONTAS

Em vista de tudo quanto até aqui exposto, indaga-se: há previsão expressa do legislador para a adoção das práticas de *Compliance* na esfera matéria eleitoral?

No momento, a resposta é negativa. Porém, isso não significa que não seja possível ou necessária tal implementação, ou ainda, que não haja, atualmente, mecanismos de prevenção e controle, especialmente no que tange aos recursos públicos geridos pelos partidos políticos e pelos candidatos, atribuindo a estes, obrigações de adequação à legislação.

Dentre as várias naturezas de processos jurisdicionais em tramitação na Justiça Eleitoral, uma significativa quantidade deles se refere a tema de grande relevância, qual seja, a prestação de contas de partidos políticos e de candidatos, relativamente aos recursos públicos e privados geridos por ambos.

No caso dos partidos políticos essa prestação de contas independe dos anos eleitorais, devendo ser prestada anualmente, independentemente da realização de eleições.

A obrigatoriedade imposta pela legislação eleitoral relativa à prestação de contas anual pelos partidos políticos está delineada em capítulo próprio da Lei 9.096/95, que estabelece entre os artigos 30 e 37, procedimentos exigidos para sua plena realização e as sanções correspondentes, decorrentes da sua não realização ou da sua inadequada realização.

Em paralelo, sob o ponto de vista da fiscalização da Justiça Eleitoral realizada no processo de prestação de contas, o artigo 34 da Lei 9.096/95, por exemplo, estabelece que

“A Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre a prestação de contas do partido e das despesas de campanha eleitoral, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e os recursos aplicados nas campanhas eleitorais”.

Os recursos geridos por partidos e candidatos podem ser de origem pública – Fundo Partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos) –, ou de origem privada – recursos próprios e/ou doações.

Não há dúvidas de que a Lei 9.096/95 e as Resoluções do TSE que a regulamentam, preveem procedimentos que buscam garantir a correção dos procedimentos e práticas eleitorais com o vivo propósito de legitimar o sufrágio, especialmente no que tange à gestão de recursos.

A recente Resolução TSE 23.604, de 17/12/2019, que substituiu a Resolução TSE 23.546, de 18/12/2017, regulamenta o disposto no Título III – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos – da Lei nº 9.096/95, notadamente a prestação de contas anual e dispõe sobre em seu artigo 3º. que:

“Os estatutos de partidos políticos devem conter disposições que tratem, especificamente, das seguintes matérias:

I - finanças e contabilidade, estabelecendo, inclusive, normas que fixem os limites das contribuições dos filiados e que definam as diversas fontes de receita do partido;

II - critérios de distribuição dos recursos do Fundo Partidário entre os órgãos de âmbito nacional, estadual ou distrital, municipal e zonal;

III - critérios de integridade aplicados à gestão de finanças e contabilidade dos partidos políticos”. – grifos nossos –

Não à toa a supra mencionada Resolução faz referência a *critérios de integridade* aplicados à gestão de recursos.

Especificamente para a prestação de contas dos partidos políticos e candidatos nas *eleições 2020*, foi recentemente editada a Resolução TSE 23.607/2019, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas próximas eleições.

A necessidade e importância dessas prestações de contas e da fiscalização sobre elas exercida pela Justiça especializada, se destaca na medida em que, se está lidando, em muitos casos, com recursos públicos, oriundos do Fundo Partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos).

Adicionalmente, há casos em que nos deparamos com o uso de recursos de origem ilícita, fontes não identificadas e/ou fontes vedadas, o que deve ser absolutamente combatido, evitando-se ainda o abuso de poder econômico no processo eleitoral, assegurando-se, contudo, o devido processo legal.

Não é demais lembrar que um dos grandes desafios nas próximas eleições será combater o abuso do poder econômico e a lavagem de dinheiro e a principal origem desse problema é o crime organizado.

A boa gestão dos recursos financeiros sejam eles públicos ou privados, pelos partidos políticos e pelos candidatos é de extrema relevância para a sociedade e para o interesse público, posto que, não existindo o *Compliance* com as normas vigentes, isso pode gerar sério e indevido desequilíbrio de forças políticas no cenário local e/ou nacional, ensejando consequências deletérias à democracia do país.

A conformidade das práticas eleitorais se traduz pela busca da transparência e pelo controle dos procedimentos adotados pelos atores envolvidos no processo eleitoral e é esse o intuito observado nos processos de prestação de contas na Justiça Eleitoral, em que podem ocorrer as seguintes situações e sanções:

Contas aprovadas: naturalmente sem sanção alguma;

Contas desaprovadas: Art. 37, da Lei 9.096/95 – Sanção de devolução da importância apontada como irregular, acrescida de multa de até 20% (vinte por cento) – Art. 37, § 13 da Lei 9.096/95 – A responsabilização pessoal civil e criminal dos dirigentes partidários decorrente da desaprovação das contas partidárias e de atos ilícitos atribuídos ao partido político somente ocorrerá se verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do partido.

Contas não prestadas: Art. 37-A, da Lei 9.096/95 – Suspensão de novas cotas do Fundo Partidário enquanto perdurar a inadimplência e penalização dos responsáveis conforme previsto em lei.

3. O COMPLIANCE POLÍTICO-ELEITORAL – TENDÊNCIA INTERNACIONAL

No âmbito internacional, a *United Nations Convention Against Corruption*, convenção de 2004, ratificada por 140 países, inclusive pelo Brasil, prevê no artigo 7º. Item 3 que:

“Each State Party shall also consider taking appropriate legislative and administrative measures, consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to enhance transparency in the funding of candidatures for elected public office and, where applicable, the funding of political parties”. – grifos nossos –

Em países como Estados Unidos, Canadá e na União Europeia, o *Compliance* eleitoral já vem sendo implantado há anos. Diversos são os exemplos que podem ser citados. Na página destinada às eleições da província de Manitoba, no Canadá, está registrado o fato de que desde 2000 os partidos políticos acordaram em desenvolver um código de ética e conduta com a finalidade de alcançar a integridade do processo eleitoral – https://www.electionsmanitoba.ca/en/Political_Participation/Ethical_Conduct, acesso em 18/12/19. Vejamos:

*“In 2000, all of Manitoba’s registered political parties agreed to develop a common **code of ethical conduct** with the goal of fostering confidence in the integrity and fairness of the electoral process”*. – grifos nossos –

Também em países não tão conhecidos e bem mais longínquos, a implantação do Código de Ética e Conduta para os partidos políticos tem sido realizada para se tentar preservar a lisura do processo eleitoral. É o caso do Quirguistão, país da Ásia Central. Vejamos trechos do Código de Ética e Conduta implantado para as eleições de 2010 – <https://www.osce.org/bishkek/71167?download=true>, acesso em 18/12/19:

“We, the undersigned political parties of the Kyrgyz Republic, speaking for holding free and fair elections, in keeping with the laws, voluntarily accept this ethical code of conduct for political parties during elections (the Code).

The Code was adopted in order to:

- *Prevent and avoid the destabilization of the situation during the elections and the violations of the law;*
- *Ensure **compliance** with basic voting principles;*
- *Recognize voting as a free and credible electoral choice, the result of which to be acceptable to all”* – grifos nossos –

Por meio do Regulamento (UE, EURATOM) n.º **1141/2014 o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia**, instituíram uma Autoridade independente encarregada de garantir o respeito às normas e previsões relativas à implantação de programas de adequação legislativa para os partidos políticos, considerando premissas, dentre as quais destacamos:

“A fim de aumentar a independência, a prestação de contas e a responsabilidade dos partidos políticos europeus e das fundações políticas europeias, certos tipos de doações e contribuições de outras fontes que não o orçamento geral da União Europeia devem ser proibidos ou sujeitos a limitações”;

“Regras devem prever estrita transparência, contabilidade, auditoria e controle financeiro dos partidos políticos europeus e de suas fundações políticas europeias afiliadas, bem como a imposição de sanções proporcionadas, inclusive no caso de violação de um partido político europeu ou de um europeu”;

“A fim de garantir o cumprimento das obrigações estabelecidas no presente regulamento no que se refere ao financiamento e às despesas dos partidos políticos europeus e das fundações políticas europeias e a outras questões, é necessário estabelecer mecanismos de controle eficazes”;

4. O COMPLIANCE ELEITORAL – PERSPECTIVAS NO BRASIL

Seguindo a tendência internacional e considerando a necessidade do momento político e a demanda da sociedade brasileira em geral por regras que viabilizem o *Compliance* e seus programas de integridade, há uma propensão do legislador pátrio em criar mecanismos específicos destinados à aplicação aos partidos políticos e afiliados, já que, como visto, a integridade, a ética e a transparência dos processos eleitorais, tem sido a tônica mundial e o Brasil não poderia ficar de fora dessa onda mundial de integridade.

Em 16/06/2019, foi publicado no sítio do jornal Gazeta do Povo - <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-compliance-e-os-partidos-politicos-em-tempos-de-lava-jato/> artigo do qual sou co-autora, intitulado “O *Compliance* e os Partidos Políticos em Tempos de Lava-Jato”. Nele foi abordada a importância de se estabelecer as normas de *Compliance* para os Partidos Políticos, comentando-se os projetos de lei que, atualmente, tramitam sobre o tema no Congresso Brasileiro.

O Projeto de Lei 60/2017 - <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128349>, acesso em 23/12/2019 - do Senador Ricardo Ferraço objetiva atribuir responsabilidade objetiva ao

partido político cujos dirigentes, no exercício de suas funções, praticarem atos contra a Administração Pública, prevendo ainda, a **responsabilização pessoal** dos mesmos. Vejamos o resumo do projeto:

Ementa: Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, para aplicar aos partidos políticos as normas legais sobre responsabilidade objetiva e *compliance* e estimular no plano interno código de conduta e programa de integridade e auditoria.

Explicação da Ementa: Os partidos políticos respondem objetivamente pela prática de atos contra a administração pública por seus dirigentes, nessa condição; a responsabilização do partido político não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe de ato ilícito.

Já o projeto de lei do Senado no. 429/2017 – <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131429>, acesso em 23/12/2019 – de autoria do Senador Bernardo Anastasia, estende aos partidos políticos a obrigatoriedade dos **programas de integridade**, por meio de previsão em seus Estatutos, possuindo a seguinte Ementa e Explicação:

Ementa: Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 14, § 3º, inciso V e 17, da Constituição Federal, a fim de aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade.

Explicação da Ementa: Altera a Lei dos Partidos Políticos, para dispor que o estatuto partidário deve prever programa de integridade para coibir desvios, fraudes e atos ilícitos. A violação implica cancelamento imediato da filiação. A falta de programa efetivo implica suspensão de recebimento do fundo partidário.

A implantação efetiva desses projetos de lei, com maior responsabilidade de seus dirigentes, tem a perspectiva de incrementar a confiabilidade dos controles já existentes, aprimorando a transparência da origem e da gestão dos recursos dos partidos e candidatos, viabilizando a real e livre escolha do eleitor por candidatos com as melhores propostas políticas. Trata-se de um novo aprendizado de como fazer política.

Manifestando-se sobre este tema o Subprocurador-geral da República, Antônio Fonseca opinou no sentido da “importância dos partidos estabelecerem programas efetivos de integridade, fundamentados nas duas características de seu escopo constitucional: viabilizar o exercício do poder e satisfazer os anseios sociais. Ele defendeu que a medida não afronta a autonomia partidária, e sim fortalece a credibilidade dos partidos” – <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-que-partidos-politicos-instituam-programas-de-integridade-e-compliance>, acesso em 21/12/19.

Como visto, o objetivo dessas medidas é combater a corrupção no ambiente político e fomentar atitudes pautadas na responsabilidade social e ética dentro dos partidos, aprimorando os mecanismos de controle da Justiça Eleitoral e viabilizando o pleno e livre exercício do direito de voto pelos cidadãos.

CONCLUSÃO

Segundo dados do TSE relativos à eleição brasileira de 2018 – <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>, acesso em 05/01/20 – o Brasil se encontra entre os maiores processos eleitorais do mundo, com 147.306.275 eleitores. Com um processo dessa magnitude, não raro, nos deparamos com escândalos envolvendo a malversação de verbas relacionadas aos Fundos Partidários ou recursos de origem duvidosa ou comprovadamente ilegal, o que ocorre não só no Brasil, como no mundo inteiro.

Esses eventos geram riscos transnacionais envolvendo o tráfico de drogas e o crime organizado em geral e sua prevenção deveria ser não apenas um anseio da sociedade, mas uma reivindicação dos partidos políticos e candidatos, com a finalidade de preservar suas credibilidades e estimular a confiança dos cidadãos.

Nesse cenário, a sociedade não pode prescindir das boas práticas introduzidas pelos programas de *Compliance*, instrumentos aptos a alcançar maior transparência e ética na política. Trata-se de um caminho sem volta, da implantação de uma nova cultura, uma evolução civilizatória, um fluxo de democracia que a cada dia ganha mais capilaridade.

Em um tema com tamanha importância para um país como o tema eleitoral, mesmo com todos os mecanismos de controle já existentes como exemplificado acima relativamente ao processo de prestação de contas na esfera eleitoral, os programas de *Compliance*, que trazem em seu bojo a necessária integridade e confiabilidade das instituições, não podem ser deixados de lado, afinal, o voto do eleitor se constitui em um direito fundamental do cidadão, relacionado à ordem interna e democrática do país.

Dessa forma, a expectativa é a de que, em curto espaço de tempo o legislador estabeleça a obrigatoriedade legal dos programas de *Compliance* aos partidos políticos no Brasil, evitando manipulações e abusos de poder político e econômico que comprometem a legitimidade desse processo, viciam o voto, frustram a real vontade do eleitor e desequilibram a harmonia competitiva que esse processo deve respeitar afetando, em última análise, a própria democracia e soberania do país.

A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE E SUPERVISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Marcia Andrea dos Santos Peres⁵¹

1. INTRODUÇÃO

A expressão “transparência pública” nos remete, em um primeiro reflexo, à obrigação de os governos darem acesso às informações para a sociedade. A Constituição Brasileira de 1988 aborda diretamente essa obrigatoriedade em três dos seus dispositivos: inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, dos quais originaram a Lei nº 12.527, de 12 de novembro de 2011, que regula esse acesso.

A importância da transparência pública, com esse contexto, é um dos enfoques apresentados no presente artigo, retratando a transparência pública como uma ferramenta de estímulo ao controle e à supervisão pela sociedade das ações dos governos e da prática denominada *accountability* social.

Outro aspecto igualmente relevante é abordado, retratando a transparência pública como uma ferramenta de melhoria dos controles institucionais exercidos internamente pelos Estados, denominado *accountability* horizontal.

Partindo da transparência, este artigo pretende dialogar com a utilização dessa ferramenta, demonstrando seus benefícios para a administração pública, internamente, bem como para a sociedade como um todo.

2. TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

Em um recorte histórico, podemos dizer que, há apenas algumas décadas, era necessário deslocamento físico dos cidadãos para realizarem

51 Controladora-geral do Município do Rio de Janeiro.

quase todas as atividades. As bibliotecas e os museus eram equipamentos exclusivos como instrumentos na busca pelo conhecimento e nas pesquisas acadêmicas. Além desses, os supermercados, farmácias, papelarias, bancos, cinemas, todos esses dependiam exclusivamente de presença física de seus clientes. As universidades, igualmente, ofereciam atividades somente em suas dependências, assim como os atendimentos médicos e as intervenções cirúrgicas, que somente poderiam ser realizados nos locais onde os profissionais de saúde estavam. Para reclamar de algum produto que apresentou problema ou por um serviço mal prestado, o deslocamento às lojas físicas era a única chance de o consumidor registrar sua insatisfação e ter atendida a sua reclamação. A interação na busca de serviços do Estado, como por exemplo, emissão de certidões e de licenças, era somente possível por meio de idas às repartições públicas.

Para examinar as contas públicas, não era diferente. Nesse ponto é importante registrar que o §3º do art. 31 da Constituição Federal de 1988 trouxe algo novo para aquela época quando, ao prever a possibilidade de um relevante controle social, definiu que “as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”. Assim, para ter acesso às contas, era necessário que o interessado se dirigisse à Câmara Municipal.

O avanço da tecnologia mudou esse cenário, sendo preponderante a criação da rede mundial de computadores (internet), em 1989⁵². Com isso, os deslocamentos físicos foram sendo preteridos e substituídos por formas automatizadas de contato e de obtenção de informações e de serviços. Assim, é possível comprar quase tudo pela internet, efetuar transações bancárias, realizar cursos, visitar alguns museus, fazer videoconferências, obter atendimentos médicos, realizar cirurgias por meio de robôs comandados por cirurgiões situados em outros continentes, solicitar serviços públicos e reclamar sobre inadequações em seus atendimentos.

Igualmente, o acesso às informações públicas foi beneficiado por esse avanço tecnológico. É nesse sentido que a Lei Federal nº 12.527/2011,

52 A rede mundial de computadores (World Wide Web - WWW) foi criada por Tim Berners-Lee em 12 de março de 1989. Ver STOLFI, Ariane. 2010. p. 50

em seu art. 8º estabelece a obrigatoriedade de que os órgãos e entidades públicas promovam, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso e também em seus sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), de informações de interesse coletivo ou geral, por eles produzidas ou custodiadas. Dentre essas informações, encontram-se aquelas voltadas às despesas públicas, licitações e acompanhamentos de programas e ações do governo. Prevê, ainda, o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina.

Voltando à questão das contas públicas, ir à Câmara Municipal para poder conhecê-las, não é mais a única forma de acesso.

A disponibilização das informações do setor público na internet, incluindo bases de dados editáveis (dados abertos), a possibilidade de compartilhamento de softwares desenvolvidos, como o Portal do Software Público Brasileiro (2007) e as iniciativas de unificação de portais, como o Portal gov.br (2019), são exemplos resultantes da tecnologia em prol da tal transparência, e *vice-versa*. São ferramentas harmônicas, que se alavancam.

Na medida em que a tecnologia avança, a forma de interação do Estado para com ele mesmo e, também, da sociedade para com o Estado vão igualmente se aperfeiçoando. E, com isso, a transparência também tem sempre novas possibilidades.

Nas próximas subseções, serão apresentadas como essa transparência beneficia o controle e a supervisão no âmbito interno da administração pública e também o controle e a supervisão pela sociedade.

2.1. A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE E SUPERVISÃO NO ÂMBITO INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A disponibilização de informações públicas diminui a necessidade de requerimentos para acessos e obtenções de senhas e outras maneiras que dificultam os acessos. Com isso, outras formas de avaliações e auditorias dos órgãos de controle são possibilitadas na administração pública e seu reflexo pode ser também traduzido em benefícios para seu uso pela administração.

A atividade de controle da administração foi sendo redirecionada com o uso da transparência por meio da tecnologia. A obtenção de bases de dados disponibilizadas na internet possibilita análises com cruzamentos entre bases de dados. Isso sem precisar qualquer deslocamento ou permissão de acesso. Enalteça-se, também, a possibilidade de cruzamento de dados entre entes governamentais, ampliando sobremaneira a abrangência de atuação e a integração dos controles. A necessidade de auditar cada um dos itens de uma amostra para se concluir sobre o universo auditado é revolucionado para possibilidade de se auditar todo o universo, por meio de análise dessas bases de dados. A necessidade de programar exames de auditoria para analisar questões em um determinado período é ampliada pela possibilidade de se auditar de forma contínua as operações por meio de bases de dados disponíveis.

Nesse sentido, é interessante comentar o conceito de Auditoria Contínua – Continuous Audit, que introduz à auditoria também a ótica de monitoramento. Bumgarner e Vasarhelyi (2015, p. 48) redefinem a Auditoria Contínua como sendo:

Uma metodologia que permite auditores oferecerem garantias sobre uma questão para a qual a entidade é responsável, usando um monitoramento contínuo de forma quase simultâneo, ou de um curto período de tempo depois, com a ocorrência de eventos subjacentes ao assunto. A auditoria contínua pode implicar em módulos preditivos e pode completar controles organizacionais. O ambiente de auditoria contínua será progressivamente automatizado e com os auditores assumindo progressivamente funções de maior julgamento. A auditoria será por métodos analíticos, por exceção, adaptável, e cobrirá funções financeiras não-financeiras (BUMGARNER; VASARHELYI, 2015, p.48, *apud* Codesso, 2018, p.48).

A transparência pode trazer também o reforço na atuação dos órgãos e controle, criando sinergias, como prevê o artigo 74 da Constituição Federal de 1988 de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno, considerado como *accountability* horizontal.

A *accountability* horizontal depende da existência de instituições autorizadas e dispostas a controlar, supervisionar, retificar e punir as

ações adicionadas pelos agentes públicos, que sejam consideradas ilícitas por parte de outras agências e que representem um descaminho do interesse público. Diz respeito aos mecanismos de *checks and balances* dos três poderes republicanos, incluindo instituições do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Espera-se que o funcionamento destas instituições seja efetivo e resultado não de uma ação isolada de cada uma delas, mas de uma complexa rede que compõe um sistema de instituições, cujo cume é a Constituição (O'DONNELL, 1998, *apud* MATTIELLO, 2018, p.26).

Resumindo as possibilidades acima indicadas, um exemplo interessante acerca de como a transparência pública pode, com auxílio da tecnologia, alavancar as atividades de controle, realizar auditorias contínuas e ampliar a integração entre informações dos diversos entes pode ser dado com a criação do Robô Alice, Acrônimo de “Análise de Licitações e Editais”. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União, a ferramenta analisa os editais de licitação e as atas de pregão eletrônico publicados, diariamente, no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet. O resultado pode ser utilizado também por outros Estados e Municípios (GROSSMANN, 2017), criando sinergia na atuação, ampliando a abrangência e otimizando recursos para detecção dos indícios de problemas no tema.

Pelo exposto nesta subseção, entende-se que, se por um lado, dar acesso às informações públicas à sociedade é, em uma primeira análise voltada à sociedade, a transparência precisa ser benéfica também na utilização das atividades internas do Estado. Esse é uma potencialidade a ser explorada no âmbito do controle interno.

2.2. A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE E SUPERVISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA SOCIEDADE

O conceito que será abordado nesta subseção é de que a Transparência Pública é um meio para que a sociedade exerça o Controle Social, que é uma forma para que essa sociedade pratique a Participação Cidadã.

Assim, a abordagem apresentada estará vinculada a esse tripé composto por: transparência, controle social e participação cidadã, para ser referir ao controle exercido pela sociedade, denominado *accountability* social.

Citando Lavalle; Castello, 2008; Nascimento, 2015, Mattiello (2018, p. 16) conceitua a *accountability* social como uma forma de participação popular voltada para o controle social, que pode ser iniciada por atores sociais coletivos, por cidadãos, pelos meios de comunicação e também por diferentes formas de atuação em rede na sociedade moderna.

Adstrita ao enfoque do presente artigo, é considerada transparência pública como a obrigação legal que o Estado tem de fornecer informações à sociedade. Esse fornecimento deve ser de acordo como definido na Lei Federal nº 12.257/2011, exige que o Estado disponibilize informações e documentos de interesse público independente de requerimentos e que atenda aos pedidos de acesso, quando esses ainda não estiverem disponíveis.

A transparência legal exigida requer estruturação tecnológica e de recursos humanos para dar conta dessas necessidades legais. Isso em prol do que define a Lei Federal nº 12.257/2011 de que seus procedimentos se destinam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo, como exceção.

Se ser transparente e dar acesso à informação são obrigações do Estado, isso somente faz sentido se houver interessados na sociedade que utilizem essas informações para analisar, para avaliar a gestão e para contribuir com sua melhoria.

Muito temos que avançar na transparência, em especial na transparência ativa, reduzindo a necessidade de requisições por meio da transparência passiva. Contudo, esse tema será aprimorado na medida em que os interessados tomem posse das informações já disponíveis, as usem, as analisem, sintam falta de novos dados e requeiram novas informações, alimentando, assim, um saudável processo de melhoria e aprimoramento da transparência ativa. A transparência precisa de um círculo de relacionamento no qual o governo dispõe e a sociedade usa, retorna e sugere aprimoramentos. E esse uso efetivo da transparência pela sociedade, como um instrumento de melhoria da gestão pública, é o que será considerado, adstrito a este artigo, como Controle Social.

O controle social não deve ser uma finalidade em torno de si mesmo. Complementar aos controles institucionais internos e externos. O controle pela sociedade deve ser capaz de auxiliar a administração no cumprimento de seus objetivos precípuos, relacionados à prestação de serviços à própria sociedade. Essa forma de atuação da sociedade requer interesse. E vontade de contribuir.

Ao direcionar a efetividade da transparência ao seu uso pela sociedade, cabem alguns desafios: como estimular as pessoas para usarem as informações; como entender o que elas precisam conhecer; como conhecer o que pode interessá-las e motivá-las a procurarem por informações; como perceber se linguagem apresentada é efetiva para dar-lhes entendimento; como saber o que as motivaria a contribuir com análises e sugestões de melhoria; como recepcionar as sugestões; e como atender a essas sugestões e dar retorno aos interessados que contribuíram.

Assim, o conjunto Transparência - Controle Social - Participação Social constitui esse processo: ser transparente permite o controle social e esse controle deve ser agente propulsor para a administração desenvolver a participação social na gestão pública. Nesse contexto, a participação deve ser a finalidade desse conjunto, a etapa mais avançada desse processo, na qual podem ser gerados resultados efetivos de melhoria dos serviços prestados pelo governo à sociedade.

A convivência do Estado com a Sociedade traz alguns desafios para ambos. Na esfera da complementariedade do controle social ao controle institucional interno, são citados a seguir, alguns exemplos de ações que melhor harmonizam essa convivência, partindo da experiência de atuação da CGM Rio com a sociedade civil:

- a) Potencializar a participação da sociedade - criar parcerias sistemáticas;
- b) Conscientizar acerca dos papéis e estratégias de cada órgão e instituição;
- c) Combinar Estratégias;
- d) Adequar as necessidades da sociedade à capacidade de cada órgão;
- e) Equilibrar as expectativas da Sociedade com a capacidade de atender do Estado;

- f) Prestação de contas, pela sociedade, do uso das informações solicitadas (o atendimento à sociedade requer esforço de tempo e custo do Estado. É importante que seja útil para a própria sociedade, para a administração pública e que gere benefícios públicos. Por que não?);
- g) Construir um relacionamento respeitoso; e
- h) Ter uma comunicação cuidadosa um com o outro.

A sociedade tem acesso à informação por meio da transparência. Usa essa informação por meio do exercício do Controle Social. Mas o empoderamento do cidadão é complementado por meio do deslocamento de sua atuação reativa aos fatos consumados e proposições de melhorias, dando sua opinião sobre o que foi feito, para a sua participação na construção dessas políticas, que, para efeitos desse artigo, é considerada como participação cidadã.

Tenório (2016, pg.260) reforça a importância da participação da sociedade no desenvolvimento da gestão pública, representando a gestão social, ao concluir que:

a Gestão Social significa a possibilidade de instituir processos gerenciais que não sejam caracterizados por iniciativas tecnoburocráticas, monológicas, em que predomina o cálculo utilitarista das consequências, mas por meio de atividades dialógicas nas quais os envolvidos têm direito de participar, conjuntamente, na solução de problemas. (...) O intento é tipificar a necessidade de uma gestão pública ampliada, na qual o público não está sob a égide exclusiva do Estado e tampouco do mercado, mas da sociedade como um todo.

Para o pleno exercício da gestão social, Tenório (2016, p. 259) destaca a necessidade de integração entre os diversos setores e do reconhecimento, por esses, da sociedade civil como sujeito do processo.

[...] tanto o setor público quanto o segundo setor observem a sociedade civil não mais como “alvo” ou “cliente” de suas pretensões, mas como sujeito do processo. Na realidade a relação entre o primeiro, segundo e terceiro setores parecer ocorrer de acordo com critérios em que esta conexão não se dá de forma linear, do primeiro para o segundo, mas por meio de uma interação na qual os três setores procuram convergir seus interesses.

No campo de significação da vertente societal, vale destacar a produção conceitual polissêmica da gestão social. Para Cançado, Airton Cardoso; Pereira, José Roberto; Tenório, Fernando Guilherme (2013, p. 114), a gestão social se compreende:

Como processo gerencial dialógico em que a autoridade decisória é compartilhada entre os participantes da ação (ação que possa ocorrer em qualquer tipo de sistema social – público, privado ou de organização não governamental). O adjetivo *social* qualificando o substantivo *gestão* será entendido como o espaço privilegiado de relações sociais no qual todos têm o direito à fala, sem nenhum tipo de coação.

Destaca-se também que a sociedade civil vem adotando alternativas de participação para buscar soluções para os problemas sociais, por meio da inovação social e da constituição de organizações não governamentais.

Para Pazetto (2018, p.17), a inovação social desempenha um papel importante no desenvolvimento das localidades, indicando oportunidades e respostas a necessidades sociais específicas. Citando Correia, de Oliveira e Gomez (2017), recorre à definição de que as inovações sociais “são o resultado de habilidades específicas dentro das comunidades que possibilitam o aproveitamento do potencial local, bem como a estruturação de um novo modelo de desenvolvimento”.

Cabe o destaque de que o terceiro setor tem atuado como apoio para os problemas sociais que afligem a sociedade contemporânea. Problematicando a atuação do terceiro setor sob a égide da gestão estratégica (ou gestão tradicional), Tenório (2016, p. 169) define:

como organizações do *terceiro setor* aqueles agentes não econômicos e não estatais que procuram atuar, coletiva e formalmente, para o bem-estar de uma comunidade ou sociedade local, sub-regional ou regional, nacional ou internacional. Ação coletiva-formal que pressupõe a democratização de sua maneira de agir visando à emancipação da pessoa humana enquanto sujeito social, sob o exercício da cidadania.

Conforme expõe Tenório, a participação dos agentes pressupõe que estes “sejam os sujeitos de direito e de fato no processo de tomada de decisão no concernente aos destinos do território” (TENÓRIO,

2017, p. 76) e direitos envolvidos. A participação também é um processo educativo e contribui para ao bem-estar da coletividade.

Do exposto nesta subseção, constata-se que a transparência é importante para que a sociedade tenha acesso às informações. Com esse acesso, é exercido o controle social, representado pelo uso dessas informações pela sociedade e pelo retorno acerca das informações utilizadas pela proposição de melhorias e geração de benefícios públicos. O controle social é ampliado para a participação da sociedade na formulação das políticas, trazendo sua atuação como partícipe das decisões, no exercício da gestão social. Existe atitude mais transparente do que a de fazer junto?

2.3. A DESCONFIANÇA

O estímulo à participação da sociedade na formulação das políticas públicas é um caminhar junto das partes: cabe ao governo criar procedimentos e espaços sustentáveis que permitam essa participação efetiva, bem como cabe à sociedade exercer essa participação. Com isso, a confiança mútua para engajamento das partes nesse processo compartilhado de fazimento das ações e políticas com o governo é tema complexo (PERES, 2019, p.48).

Iocken (2017, p.17) explora essa situação e instiga a mudança de postura pelo governo e pelos órgãos de controle, atuando como indutores da proximidade com a comunidade. Traduz a necessidade de aproximação das instituições públicas com os cidadãos para construir a confiança necessária para a atuação compartilhada efetiva, quando diz:

O status de proximidade na relação entre o cidadão e a instituição permite que ainda que os interesses individuais não sejam atendidos, o que tornaria a decisão potencialmente nula em termos de legitimidade, possa haver uma percepção positiva em termos de respeito e identidade. Assim, quanto mais consolidada a instituição em termos de imparcialidade e proximidade, mais confiança também sentirá o cidadão. Iocken (2017, p. 249)

Em sua obra *Le Bon Gouvernement* (2015), para reduzir a distância que separa eleitos de eleitores, Rosanvallon reivindica maior transparência das ações governamentais, tornando-as compreensíveis e avaliáveis – tarefa que ele atribui às ONGs, à mídia e às redes sociais – com base no que

ele chama de o ‘direito de saber’, para acabar com as suspeitas a que se prestam as instituições públicas. (SCHRAMM, 2016, p. 125).

Se, por um lado, a sociedade desconfia dos governos, por outro, os agentes públicos também podem desconfiam da sociedade, em suas intenções em realmente participar e construir juntos. Peres (2019, p.52) enfrenta a participação da sociedade civil junto à administração pública como um processo colaborativo efetivo, que supere as desconfianças, a partir do respeito, da combinação das estratégias e do entendimento dos relevantes papéis que cada um tem.

Um dos grandes desafios que temos é potencializar a participação social, a qual, em meu entender, não deve ser espectadora ou episódica. (...) O equilíbrio dessas forças fará com que os atores deste processo entendam seus papéis mutuamente, estruturando seus processos de modo a permitir a conciliação do desenvolvimento das atividades normais da administração com as necessidades mais urgentes trazidas pela sociedade. Somente com a total colaboração de ambas as partes, seremos capazes de criar um ambiente de controle colaborativo em todo o município.

Pelo exposto nesta subseção, infere-se que a participação cidadã necessita de convívio entre as partes e tempo a fim de que as desconfianças sejam amenizadas e, por fim, para que os papéis se integrem de forma que a construção conjunta e colaborativa seja uma realidade e uma constância. Parece um grande desafio. E assim o é.

2.4. A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE E SUPERVISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL PELA SOCIEDADE

Para conceituar cidade, devem ser considerados, os períodos históricos, as localizações geográficas e as formações dos autores. Seria a mesma coisa a cidade medieval com seus muros separando do campo e a metrópole atual sem limites definidos? Seria a mesma coisa a dispersa cidade norte-americana, a concentrada cidade europeia, a desigual cidade brasileira, sem falar das cidades africanas e asiáticas? (VASCONCELOS, 2015, p.22).

Apesar dos conceitos relativos à cidade se adequarem às suas épocas, uma questão está sempre presente: É no seu espaço que as pessoas vivem. Cabe ao município a organização político-administrativa para a prestação de serviços públicos às cidades. Assim, a esfera municipal é, dentre as três esferas de governo brasileiro – federal, estadual e municipal – aquela mais próxima dos cidadãos.

No âmbito municipal, circunscrito à Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, os temas Transparência, Controle Social e Participação Cidadã fazem parte do Sistema de Integridade Pública Responsável e Transparente. Instituído pelo Decreto Rio nº 45.385, de 23 de novembro de 2018. Composto por onze eixos temáticos, o Sistema Integridade Carioca objetiva promover e manter, no âmbito da Administração Municipal e em suas relações com usuários de serviços públicos municipais e com terceiros, um ambiente de legalidade, ética, moralidade, confiança mútua, probidade, eficiência, transparência e sujeição ao interesse público, contribuindo para a melhoria contínua do bem-estar ético-sustentável e da efetividade da prestação dos serviços públicos municipais. É um sistema que estruturante da gestão. Envolve todas as ações da administração municipal, o exercício de suas competências legais, de seus planejamentos e o acompanhamento de seus resultados. Os eixos que compõem o Sistema Integridade Carioca são os seguintes: Eixo I – Governança Pública Responsável e Engajamento da Alta Administração; Eixo II – Alinhamento Organizacional; Eixo III – Ambiente ético e de Prevenção a Atos ímprobos; Eixo IV – Detecção, Controle e Responsabilização de Atos ímprobos; Eixo V – Avaliação Sistemática da Capacidade de Gestão; Eixo VI – Prestação de Contas; Eixo VII – Gestão de Riscos; Eixo VIII – Controles Internos; Eixo IX – Aperfeiçoamento Contínuo dos Serviços Prestados aos Usuários; Eixo X- Transparência Municipal; e Eixo XI – Controle Social e Participação Cidadã.

Esses eixos atuam de forma interligada, integrada e harmônica, alavancando-se simultaneamente, de forma que seu conjunto possibilite o alcance dos objetivos propostos para o Sistema.

Junto com o Integridade Carioca, foi instituído o Sistema Compliance Carioca, que é definido e composto por atividades de

revisão e de verificação para avaliar as atividades desenvolvidas no âmbito do Sistema Integridade Carioca. Ele deve confirmar se o regramento, as diretrizes e os resultados estabelecidos para o funcionamento do Sistema Integridade Carioca estão sendo cumpridos em sua completude e de forma correta.

O Sistema Compliance Carioca atua em três dimensões de avaliação e revisão, sendo: I – Primeira Dimensão de Avaliação: revisão interna pelo próprio órgão ou entidade da Administração Municipal que desenvolva as atividades estabelecidas no Sistema Integridade Carioca; II – Segunda Dimensão de Avaliação: a verificação pelo órgão central do sistema institucional municipal designado na legislação como responsável pela normatização e supervisão técnica das atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades da Administração Municipal no respectivo eixo temático constante do regramento do Sistema de Integridade Pública Responsável e Transparente – Integridade Carioca; e III – Terceira Dimensão de Avaliação: a verificação pela Controladoria Geral do Município – CGM, como órgão central do Sistema de Compliance, nos termos do Decreto Rio n.º 44.297/2018, de 13 de março de 2018, que atribui à Controladoria Geral do Município a responsabilidade pela formulação de metodologia para implantação e desenvolvimento de atividades sistêmicas de compliance e de atividades sistêmicas de gestão de riscos e de controles pela Administração Municipal.

Todos os órgãos e entidades municipais devem desenvolver atividades voltadas para cada um dos eixos. Contudo, cada Eixo possui uma centralidade temática em uma secretaria responsável pela organização, regulamentação e diretrizes, conforme definido no Decreto que instituiu o Sistema. Em geral, a centralidade dos temas fica com a Secretaria Municipal da Casa Civil e com a Controladoria Geral do Município.

Cada eixo tem uma legislação específica estruturante que define as diretrizes, conceitos e formas de desenvolvimento e de manutenção.

A Controladoria Geral do Município do Rio de Janeiro atua na coordenação dos Eixos: Ambiente Ético e de Probidade; Detecção, Apuração e Responsabilização de Atos Ímprobos; Avaliação Sistemática da Capacidade da Gestão; Prestação de Contas; Gestão de Riscos; Controles

Internos; Aperfeiçoamento contínuo dos serviços prestados aos usuários; Transparência Municipal; e Controle Social e Participação Cidadã. Além disso, atua na terceira dimensão estabelecida no Compliance Carioca. Tem também como função a Presidência do Comitê Central de Integridade, que tem como objetivo principal formular as diretrizes gerais de funcionamento do Sistema de Integridade Pública Responsável e Transparente do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro – Integridade Carioca, assim como acompanhar o seu desenvolvimento, ficando os órgãos e entidades municipais responsáveis pela execução e pelos resultados relativos à implementação e funcionamento de cada eixo temático em seu âmbito.

A representação gráfica dos Sistemas é estão apresentados na figura 1.

Figura 1 – Representação Gráfica do Sistema de Integridade Carioca e Sistema de Compliance Carioca



Fonte: Decreto Rio nº45.385/2018

O Sistema Integridade Carioca foi desenhado como uma forma de atuação de Estado. Assim, objetiva que suas ações perpassem os governos e seus ciclos, de forma que a estrutura de gestão funcione de forma sustentável ao longo do tempo. Esse é um desafio.

No que se refere à complementariedade da atuação da sociedade civil junto ao Controle Interno, a Controladoria Geral do Município do Rio de Janeiro vem adotando, de 2017 a 2020, diversas ações no sentido de oportunizar o controle social e à participação cidadã. Como exemplo, podemos as seguintes práticas:

- Realização de Auditorias em conjunto com a sociedade civil – por meio de atuação de voluntários da sociedade civil, são realizados trabalhos em conjunto, em todas as etapas da auditoria, sendo: a concepção do tema a ser avaliado, planejamento operacional do trabalho, realização do trabalho de campo, consolidação dos resultados, elaboração da minuta do relatório de auditoria, discussão da minuta com o órgão avaliado; e monitoramento da implantação das sugestões apresentadas – Resolução CGM nº 1.383/2018;
- Disponibilização e gestão do Portal Contas Rio⁵³ e ampliação contínua das suas informações e em sua base de dados abertos;
- Aperfeiçoamentos realizados no Portal Contas Rio, que disponibiliza as informações sobre as receitas, despesas e contratações da Prefeitura, com base em sugestões solicitadas à sociedade civil;
- Consulta Pública para revisão do Código de Ética dos Agentes Públicos Municipais – Resolução CGM nº 1594/2019;
- Consulta Pública para a elaboração do Código de ética de Colaboradores Externos, inédito na Prefeitura – Resolução CGM nº 1595/2019;
- Projeto Control+Up – Resolução CGM nº 1.464/2018, que tem como objetivo criar e manter espaço colaborativo permanente de troca de ideias, de experiências práticas e de discussões com Universidades para o desenvolvimento de propostas e iniciativas nas áreas de competências da CGM Rio;
- Projeto Aconselhando Controle – Resolução CGM nº 1.493/2019, que objetiva transmitir aos conselheiros municipais de políticas públicas

53 Instituído pela Resolução CGM nº 1.572/2019, em substituição ao Sistema Rio transparente, é gerido pela CGM Rio e objetiva demonstrar a execução orçamentária da receita e despesas municipais, as prestações de contas e informações sobre as contratações realizadas. É o Portal de Transparência das Contas Públicas da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro.

(constituídos pelo governo e sociedade civil) e a gestores de fundos especiais, conhecimentos básicos que permitam a compreensão e análise das informações disponibilizadas pela CGM Rio e que possam auxiliar suas funções;

- Projeto Orientando Parcerias – Resolução CGM N° 1.525/2019, que promove ações orientadoras de controle aos profissionais de organizações da sociedade civil que recebam recursos da Prefeitura; e
- Projeto Irradiando Controle – Resolução CGM n° 1.465/2018, que transmite aos cidadãos interessados conhecimentos básicos que permitam a compreensão das informações disponibilizadas pela CGM Rio.

Com base nas informações apresentadas nesta subseção, é percebido que a transparência pública deve parte de um processo da gestão pública. A administração precisa ser transparente e responsável, adotando práticas que tenham seu olhar dirigido à sociedade e ao interesse público. Em âmbito municipal, onde as tensões inerentes às prestações de serviços públicos estão mais próximas, é importante que a transparência, o controle social e a participação cidadã sejam políticas de Estado. Eventuais discontinuidades nas práticas estruturadas de gestão exigirão maiores esforços de recondução e de reconquista da confiança uma vez alcançada.

CONCLUSÃO

Este artigo destacou a importância dos avanços tecnológicos para a expansão da transparência e, em outra mão, exemplificou a relevância da transparência para o uso das potencialidades da tecnologia. Foi retratada a importância da transparência como ferramenta de melhoria de controle do Estado sobre ele mesmo e para a articulação e integração entre entes públicos. Chamou a atenção para o novo redirecionamento de atividades de controle potencializado pela transparência pública. A importância da transparência para o exercício do controle pela sociedade, em particular, para a complementariedade das ações do controle interno institucional foi destacada. Como um som que precisa ecoar, ressaltou a necessidade de criação de espaços para o exercício da participação cidadã efetiva. E,

por fim, a desconfiança foi alertada como um potencial limitador para o exercício dessa participação.

Novos avanços tecnológicos ensejarão novas formas de transparência pública e de novos procedimentos de controle e de participação da sociedade. Mas de nada adiantará a transparência pública se seus gestores, responsáveis por implementá-las, entenderem esse relevante ato, tão somente como mais uma obrigação legal; se os cidadãos não forem interessados por conhecer a coisa pública; se não tiverem vontade e disposição para participar; se entenderem que o público é de todos e, por isso, não é só dele. O esforço de transparência, assim, não faz sentido.

Este artigo provoca no sentido em que, mais do que uma obrigação legal, a transparência é uma das mais importantes ferramentas para o exercício do controle pela sociedade. E o controle interno é relevante nesse processo visto que, no modelo do Governo Federal, reverberado em muitos Estados e Municípios, as Controladorias são responsáveis pela promoção da transparência pública, sendo, seus gestores e guardiões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30/01/2020.

_____. **Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 31/12/2019.

_____. **Decreto Federal nº 9.756, de 11 de abril de 2019.** Institui o portal único “gov.br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9756.htm>. Acesso em 29/01/2020.

_____. **Governo Digital.** Disponível em <https://www.gov.br/governodigital/pt-br>. Acesso em 30/01/2020.

BUMGARNER, N., VASARHELYI, M. **Continuous Auditing - A New View, Audit Analytics and Continuous Audit: Looking Toward The Future**, AICPA, New York, 2015.

- CANÇADO, Airton Cardoso; PEREIRA, José Roberto; TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Gestão social: epistemologia de um paradigma**. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, 2013.
- CODESSO, Mauricio Mello. **Modelo de Auditoria Continua: Framework de Integração de Dados**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico, Programa de Pós-Graduação em Administração, Florianópolis. p. 94. 2018. Disponível em < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/54855>>. Acesso em 01/02/2020.
- GROSSMANN, Luis Osvaldo. **TCU vai abrir robô que varre licitações para estados e municípios**. Convergência Digital. 18/05/2018. Disponível em < <http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=48019&sid=16>>. Acesso em 02 /02/2020.
- IOCKEN, Sabrina Nunes. **O controle compartilhado das políticas públicas: uma nova racionalidade para o exercício democrático na sociedade da desconfiança**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis. p. 279. 2017
- MATTIELLO, Kerla. **Observatório Social de Maringá: as ações e os efeitos sobre a gestão pública**. Tese (CDAPG) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo. p.107. 2018.
- O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. Lua Nova, n.44, p.27–54, 1998.
- PAZETTO, Alexandre Zawaki. **O bem-estar animal como inovação social: a prática de preceitos éticos promovida pelo projeto de uma organização da sociedade civil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-graduação em Administração. p. 124. 2018.
- PERES, Márcia Andréa dos Santos. **E viva o ônibus! Participação cidadã e controle interno compartilhado: avaliação da qualidade dos serviços de transporte público de ônibus do município do Rio de Janeiro, por meio de auditoria realizada em conjunto com a sociedade civil, e utilizando a técnica cliente oculto**. Dissertação (Mestrado). 2019. EBAPE FGV. Disponível em <[86](https://biblioteca-</p></div><div data-bbox=)

digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28624/MARCIA%20ANDREA%20auditoria%20em%20transporte%20de%20%C3%B4nibus.pdf>. Acesso em 02/02/2020.

RIO DE JANEIRO (CIDADE). **Decreto Rio nº 45.385, de 23 de novembro de 2018**, que institui o Sistema de Integridade Pública Responsável e Transparente - Integridade Carioca e o Sistema de Compliance do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro - Compliance Carioca, e dá outras providências. Disponível em < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8777878/4225507/Decreto45385SistemadeIntegridadePublicaeSistemadeCompliance.pdf>>. Acesso em 29/01/2020.

_____. **Decreto Rio nº 44.297, de 13 de março de 2018**, que atribui à Controladoria Geral do Município a responsabilidade pela formulação e metodologia para implantação e desenvolvimento de atividades sistêmicas de compliance e de atividades sistêmicas de gestão de riscos e de controles pela Administração Municipal.

_____. Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.383, de 20 de abril de 2018**, que divulga o resultado do trabalho pioneiro realizado pela Controladoria Geral em conjunto com a Sociedade Civil e utilizando a técnica cliente oculto. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/7884121/4213033/ResCGM1383_2018_RESOLUCAOAGRADECIMENTOCLIENTEOCULTO.pdf>. Acesso em 01/02/2020.

_____. Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.464, de 19 de dezembro de 2018**, Institui o Projeto de Controle Compartilhado e Colaborativo - CTRL+UP, da Controladoria Geral do Município do Rio de Janeiro - CGM-Rio, na forma que menciona. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8885547/4226804/ResCGM1464_2018_CGM_CTRL_UP.pdf>. Acesso em 01/02/2020

_____. Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.465, de 19 de dezembro de 2018**, Institui o Projeto de Disseminação de Conhecimento em Controle Interno da Controladoria Geral do Município - IRRADIANDO CONTROLE, no âmbito da CGM Rio, na forma que menciona. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8885547/4226805/ResCGM1465_2018_CGM_Irradiando_Control.pdf>. Acesso em 01/02/2020.

_____.Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.493, de 14 de março de 2019**, que institui o Projeto de Disseminação de Conhecimento em Controle Interno da Controladoria Geral do Município – ACONSELHANDO CONTROLE, no âmbito da CGM Rio, na forma que menciona.. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9346016/4232318/ResCGM1493_2019_ProjetoAconselhandoControle.pdf>. Acesso em 01/02/2020

_____.Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.525, de 17 de junho de 2019**, que institui o projeto de orientação sistemática de controle aos profissionais de organizações da sociedade civil que tenham celebrado instrumentos jurídicos com a administração municipal – ORIENTANDO PARCERIAS, no âmbito da CGM-Rio, na forma que menciona. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9821594/4242606/ResolCGM_1525_2019_institui-caoprojetoorientandoparcerias.pdf>. Acesso em 01/02/2020.

_____.Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.572, de 21 de outubro de 2019**, que institui o Portal Contas Rio em substituição ao Portal Rio Transparente e dá outras providências. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/10512548/4258247/ResolCGM1572_2019_lancamentocountasrio.pdf>. Acesso em 01/02/2020.

_____.Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.594, de 26 de dezembro de 2019, que** divulga a realização de consulta pública acerca da atualização e modernização do Código de Ética do Agente Público do Poder Executivo Municipal. Disponível em < http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/10773815/4264608/ResolCGM_XXXXX_2019_Divulga_CONSULTA_PUBLICA_AP.pdf>. Acesso em 01/02/2020.

_____.Controladoria Geral do Município. **Resolução CGM nº 1.595, de 26 de dezembro de 2019, que** Divulga a realização de consulta pública acerca da elaboração do Código de Ética de Colaboradores Externos do Poder Executivo Municipal.. Disponível em < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/10773816/4264609/6590419.pdf>>. Acesso em 01/02/2020.

ROSANVALLON, Pierre. *Le Bon Gouvernement*. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

- SCHRAMM, Luanda Dias. **O desprezo da política eleitoral: crise da representação e legitimidade contra-democrática na obra de Pierre Rosanvallon.** Revista Debates. Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 107-129, set.-dez. 2016
- STOLFI, Ariane. **World Wide Web: forma aparente e forma oculta.** FAUUSP. São Paulo, 2010. Disponível em < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16134/tde-16062010-083032/publico/dissertacao_stolfi.pdf>. Acesso em 30/01/2020.
- TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Uma alternativa: gestão social.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2016
- _____. (Org) **Cidadania, território e atores sociais** Vol. 4. eBook, FGV EBAPE, 2017
- VASCONCELOS, P. A. **As Metamorfoses do Conceito de Cidade.** Mercator, Fortaleza, v. 14, n. 4, Número Especial, p. 17-23, dez. 2015. ISSN 1984-2201 Universidade Federal do Ceará. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/mercator/v14nspe/1984-2201-mercator-14-04-spe-0017.pdf>>. Acesso em 03/02/2020.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS: COMO TORNAR AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS MAIS TRANSPARENTES?

*Marianna Montebello Willeman*⁵⁴

*Rodrigo Valverde Martínez Suárez*⁵⁵

RESUMO:

Esse artigo explora o papel dos Tribunais de Contas, enquanto Instituições Superiores de Controle – ISC, no fomento da transparência nas contratações públicas.

É apresentada como fundamento para a promoção da transparência a ampliação da participação social, essencial em uma democracia. Com efeito, foram tratados os fundamentos normativos do dever de transparência e o papel das cortes de contas na sua promoção, perpassando pela fiscalização financeiro-orçamentária e alcançando especial relevo em matéria contratual. Tratou-se da relação da *accountability* com a democracia e a transparência. Foram abordadas a exigência de transparência

54 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre e Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela mesma universidade. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Foi Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, aprovada em concurso público de provas e títulos (2000-2006). Foi Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, aprovada em concurso público (2006-2015). Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ocupando vaga destinada ao Ministério Público, desde junho de 2015.

55 Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-Graduado em Direito do Estado e em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública (PGE/FGV). Foi Assessor Jurídico-Chefe da Rio Trilhos (2007-2008) e Assessor Jurídico da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico (2005-2006). Procurador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, aprovado em concurso público de provas e títulos, desde 2008. Respondeu pela Procuradoria Geral da UERJ (2012) e foi Presidente da Comissão Permanente de Inquérito Administrativo – CINQA (2008-2015). Foi Assessor da Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (2015-2018). Chefia a Coordenadoria-Geral de Licitações e Contratos – CLC do TCE desde junho de 2019.

valorativa trazida pela lei nº 13.655/2018, e seu papel no controle dos atos administrativos, bem como a consensualidade e a função regulatória das licitações, enquanto novos paradigmas do direito administrativo, indutores da cultura ética e do *compliance* nos contratos públicos. Finalmente, foi analisada a transparência enquanto instrumento de combate à corrupção, trazendo, o artigo, instrumentos de fomento da transparência com base em experiências bem sucedidas em órgãos públicos e propostas de comissões e organismos internacionais.

ABSTRACT:

This article explores the role of the Brazilian Courts of Accounts, as Supreme Audit Institutions- ISC, in promoting transparency in public procurement. It is introduced as a foundation for the promotion of transparency and the expansion of social participation, essential in a democracy. In effect, the normative foundations of the duty of transparency and the role of the courts of accounts in their promotion were addressed, going through financial-budgetary inspection and reaching special importance in contractual matters. It was about the relationship of accountability with democracy and transparency. The valuation transparency requirement brought by law nº 13.655/2018, and its role in the control of administrative acts, as well as the consensuality and the regulatory function of bids, were addressed, as new paradigms of administrative law, inducers of ethical culture and compliance in contracts public. Finally, transparency was analyzed as an instrument to fight corruption, bringing the article instruments to promote transparency based on successful experiences in public agencies and proposals from international commissions and organizations.

*Information is the oxygen of democracy. If people do not know what is happening in their society, if the actions of those who rule them are hidden, then they cannot take a meaningful part in the affairs of that society.*⁵⁶

56 Trecho do texto *Public's right to know*, elaborado pela organização Article 19. Disponível em: <https://www.article19.org/resources/publics-right-know/>. Acessado em 30/11/2019. Em livre tradução: Informação é o oxigênio da democracia. Se as pessoas não sabem o que está acontecendo em sua sociedade, se as ações daqueles que as governam estão ocultas, então elas não podem tomar parte significativa nos assuntos dessa sociedade.

1. POR QUE TORNAR AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS MAIS TRANSPARENTES?

Essa a pergunta fundamental que antecede logicamente o estudo proposto pelo título do presente ensaio. Tenha-se em mente que a transparência contribui para o controle do poder público, seja o controle realizado pelos órgãos legal e constitucionalmente incumbidos desse mister, seja pelo titular do poder, o povo, que detém legitimidade para o exercício do controle social.

A bem da verdade, todas as despesas realizadas pela Administração Pública são pagas com os tributos pagos pela população. É justo que o contribuinte conheça o destino de sua participação na arrecadação tributária, velando por uma eficaz gestão pública.

Em linhas gerais esse é o fundamento do incremento da transparência em qualquer atividade estatal.

A rigor, vivemos em um Estado Democrático de Direito, de modo que a participação popular é fundamental, estando presente com maior nitidez nas democracias maduras em comparação às mais recentes.

A Constituição de 1988 enuncia, de plano, em seu preâmbulo, o caráter democrático do Estado de Direito brasileiro, medida reforçada no artigo 1º *caput* e ratificada nos seus incisos II e V, quando elenca, como fundamentos do Estado, a cidadania e o pluralismo político. Ainda no artigo 1º, logo a seguir, em seu parágrafo único, afirma o Constituinte: “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”, não deixando margem a qualquer dúvida acerca do regime de governo adotado, a democracia.

Pois bem.

A democracia exige a participação popular para se legitimar como tal, de sorte que um governo que não seja permeável aos anseios populares, ou, por outro lado, esteja distante das minorias (porque democracia não se faz apenas com as maiorias), não é democrático.

Nesse diapasão, o dever constitucional de transparência surge como mecanismo de legitimação governamental, pois é o mínimo para a possibilidade de participação popular na gestão. Sem transparência efetiva não se pode sequer cogitar de representatividade, haja vista serem reci-

procamente dependentes a participação popular e a transparência, vez que sem acesso aos dados, decisões e fundamentos não há condições para o povo, titular do poder, fiscalizar seus representantes. Também não há que se falar em responsividade do gestor sem o conhecimento de sua atuação por parte dos representados, que não terão elementos para avaliar a compatibilidade – ou não – do desempenho do mandato com os seus anseios.

A representatividade está atrelada à transparência, que, por sua vez, é pressuposto para o controle.

Há quem fale em democratização da democracia, o que significaria a promoção de uma descentralização do poder, com medidas anticorrupção e promoção da transparência.⁵⁷

De todo modo, o direito de acesso à informação, em um Estado Democrático de Direito, poderia ser considerado como um fim em si mesmo, além de constituir instrumento para alcance de diversos objetivos.

A garantia da transparência dos dados públicos está positivada na Constituição da República (art. 5º, XXXIII) com status de direito fundamental, sendo assegurado que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Nesse sentido, a Lei nº 12.527/2011 – conhecida como lei de acesso à informação (LAI) – regulamentando o dispositivo constitucional, consignou, peremptoriamente, estar assegurado o direito de acesso às informações pertinente “à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.” (art. 7º, VI)

57 “Para Giddens ‘Democratizar a democracia significa promover uma descentralização efetiva do poder, onde – como na Grã Bretanha – ele ainda está fortemente concentrado no nível nacional. Significa criar medidas anticorrupção efetivas em todos os níveis’ (2003, p. 85). Giddens aponta ainda outras condições para a democratização da democracia, tais como: reforma constitucional e promoção de maior transparência nos assuntos políticos; procedimentos democráticos alternativos que possibilitem que a tomada das decisões políticas se faça o mais próximo possível das preocupações cotidianas dos cidadãos, referendos e promoção de uma vigorosa cultura cívica. (2003, p. 87). Giddens aponta ainda a necessidade de uma mídia independente capaz de informar as pessoas sobre a realidade sócio-política.” CARVALHO JUNIOR. Natal dos Reis, e SILVA. Juvêncio Borges. Democratizar a Democracia: participação popular como meio de superação dos obstáculos a consolidação democrática no Brasil. In Revista Húmus, v. 7, n. 20 (2017).

Como se não bastara, a Administração Pública está sujeita à observância do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CRFB), de modo que podemos concluir que o dever de transparência nas contratações públicas decorre, genericamente, do regime democrático, bem como, em especial, do princípio da publicidade e do direito fundamental ao acesso às informações, regulamentado pela lei de acesso à informação.

Em 2017, a FGV (Diretoria de Análise de Políticas Públicas) e a *Open Knowledge Brasil* (OKBR) lançaram a edição anual do Índice de Dados Abertos para o Brasil (ODI, na sigla em inglês), na qual o Brasil estava na 8º posição entre os países analisados para formação do ranking mundial de Dados Abertos⁵⁸. Marinês Restelatto Dotti reputa essa boa classificação à Lei de Acesso à Informação (LAI).⁵⁹

Não podemos olvidar a lei complementar nº 101/2000 – lei de responsabilidade fiscal – que, preocupada com as finanças públicas, trouxe instrumentos de transparência, prevendo, já no ano 2.000, a divulgação dos dados em meio eletrônico, assentando a necessidade de incentivo à participação popular.

A LRF desenhou as leis orçamentárias, de diretrizes e os planos plurianuais como instrumentos para a transparência da gestão fiscal. Confira-se:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

58 Disponível em: <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2017/dados-abertos-no-brasil>. Acessado em 08/12/2019.

59 A exigência de prévio processo licitatório advém da Constituição, especialmente o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna. *In verbis*: “XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e
III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

[...]

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Com efeito, o legislador previu que a “responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente” (art. 1º, § 1º, Lei de Acesso à Informação – LAI), elegendo os meios eletrônicos como instrumento de divulgação de todos os atos e decisões, e demonstrando preocupação com a ampliação da participação social na gestão financeira (art. 48 e 48A).

Desse cenário constitucional e legislativo, intui-se o papel das cortes de contas na promoção da transparência, perpassando pela fiscalização financeiro-orçamentária, na forma do art. 70 da Constituição da República, e alcançando especial relevo em matéria contratual, seja pelo volume de recursos movimentados, seja pela imprescindibilidade da prévia licitação – ou procedimento administrativo de dispensa/inexigibilidade – para qualquer contratação pública, desde uma compra de material de escritório até aquisição de um tomógrafo de última geração; ou a pintura de uma sala até a construção de uma usina nuclear.

Vale, em síntese, reafirmar a importância da transparência para que seja possível o controle dos gastos públicos pelo titular do poder.

1.1. DEMOCRACIA E ACCOUNTABILITY PÚBLICA: O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

No que tange à democracia e participação popular, sabe-se que, sempre que há delegação para um terceiro atuar em nome de um delegante, existe tensão entre os interesses do delegatário e do delegante. A essa tensão se convencionou chamar conflito de agência⁶⁰, sendo o desafio central da boa governança estabelecer a forma como a autoridade e o poder são alocados e exercidos, de modo que a transparência é fundamental para o conhecimento, por parte dos delegantes, – *in casu* o povo – do que os delegatários estão fazendo.

Especialmente na vida pública, é fundamental o estudo das relações de poder e das formas de controle do seu exercício, sobretudo na sociedade brasileira, ainda entorpecida pelos escândalos recentes de corrupção, envolvendo lideranças políticas e empresários de destaque no âmbito nacional e internacional.

A corrupção corrói o tecido social, comprometendo a credibilidade das instituições, afugentando investimentos, amesquinhando os valores morais da sociedade.

Nas palavras do saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a “corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas”. Em resumo, “é a antítese da democracia”⁶¹.

A transparência contribui para o combate à corrupção, escancarando dados em formato aberto, números, nomes, contratos; permitindo o

60 A teoria da agência foi desenvolvida por Jensen e Meckling (1976), designando a existência de um sistema de compensações quando um ator principal estabelece um contrato que motive o agente a agir conforme interesse do principal. NASSIF, Elaine e Souza, CRISOMAR Lobo de. CAD. Vol. 7, n.1. Jan - Dez. 2013, p. 01-20. O ingrediente central da teoria reside, então, na existência de um ator (ou de um grupo de atores), denominado agente, que adota decisões e assume posturas em nome de outro ator (ou grupo de atores), denominado principal. O principal, por sua vez, pode tomar decisões que afetam os incentivos disponíveis ao agente para que pautar sua conduta, sendo que esse processo de estruturação de incentivos é um foco central da teoria da agência.

61 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *In* A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. Ed. Forum. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf. Acessado em 03/01/2020.

tratamento por robôs e o cruzamento das informações, trazendo a lume o que se quer esconder.

Falta de transparência é ausência de *accountability*. E “a falta de controle sobre a corrupção mina a própria legitimidade do estado democrático” (ACKERMAN)⁶², afastando os cidadãos da política. E esse distanciamento apenas favorece os mal intencionados, de sorte que há uma relação de retroalimentação entre o desânimo das pessoas de acompanharem e participarem das eleições e da implementação dos planos de governo (ou mesmo fiscalização dos mandatos legislativos) pelos eleitos e o distanciamento dos representantes dos anseios populares. Em outras palavras, quanto mais se afasta o eleitor do debate público, mais os atores eleitos para representá-lo se distanciam dos interesses públicos que os elegeram, pois sentem-se livres para atuar, egoisticamente, sem responsividade; e então o cidadão continua num processo de desânimo com a ordem das coisas, alijando-se, ainda mais, do processo político, em um círculo vicioso que precisa ser rompido.

A desconfiança dos cidadãos em relação às suas lideranças políticas não é exclusividade brasileira, tampouco um fenômeno recente, conforme comprova a clássica passagem do Federalista n° 51 (MADISON, James), na qual se comparam homens a anjos, concluindo-se no sentido de serem imprescindíveis controles, uma vez que o governo é um grande reflexo da natureza humana, naturalmente imperfeita e falível, ao contrário do que seria uma sociedade celestial. *In verbis*:

“But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A depen-

62 ACKERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability* Democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2ª ed. 2020, BH, Forum, p. 66.

*dence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions”.*⁶³

Diante dessa realidade, a *accountability* surge como um princípio legitimador da atividade política em qualquer ambiente democrático, eis que governo sem prestação de contas e, conseqüentemente, sem responsabilidade do governante perante o titular do poder – o povo – é tirania. Há até quem diga que a deficiência (ou ausência) de instrumentos de *accountability* é indicador de déficit democrático.⁶⁴

Analisando o atual cenário brasileiro, no qual impera a desconfiança nos representantes eleitos e nas instituições democráticas, conforme apurado nas pesquisas desenvolvidas pelo Instituto IBOPE, que utiliza um indicador para medição da confiança em instituições públicas e privadas (índice de confiança social – ICS), conclui-se ser fundamental a maximização da transparência para além da mera publicidade formal.

“Em 10 anos, nunca foi tão baixa a confiança dos brasileiros em 20 instituições pesquisadas pelo IBOPE Inteligência. O Índice de Confiança Social (ICS) em 2018 atingiu 48 pontos, quatro pontos abaixo do indicador do ano anterior (52), o que o torna o mais baixo de toda a série histórica. O ICS da instituição Presidente é a menor de todas: em uma escala de 0 a 100, atinge apenas 13 pontos. No topo do ranking, o Corpo de Bombeiros mantém-se na primeira posição pelo décimo ano consecutivo. No entanto, registra decréscimo de quatro pontos na confiança da população, passando de 86, em 2017, para 82 pontos.”⁶⁵

63 MADISON, James. *The Federalist Papers*, n. 51. 1788. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acessado em 10/12/2019. Em português, a passagem clássica tem o seguinte conteúdo: “Mas o que é o governo, senão o maior dos reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário; se anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos ou internos sobre os governos. Ao se moldar um governo que deve ser administrado por homens, a maior dificuldade reside no seguinte: primeiro é necessário capacitar o governo para controlar os governados; e, em seguida, forçá-lo a controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primário que se exerce sobre o governo; mas a experiência também adverte para a necessidade de algumas precauções auxiliares”. Livremente traduzida em WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability Democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2ª ed. 2020, BH, Forum.

64 Confira-se: BOROWIAK, Craig T. *Accountability and democracy: the pitfalls and promise of popular control*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 03. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op cit*, p. 44.

65 <http://www.abep.org/blog/noticias/indice-de-confianca-do-brasileiro-nas-instituicoes-e-o-menor-em-dez-anos/>. Acessado em 02/01/2020.

A confiança é fundamental para as relações jurídicas e sociais: um povo desconfiado não se permite transacionar, pois, vendo risco em tudo, retrai-se, de modo que a economia fica estagnada, porque negócios jurídicos deixam de ser realizados, o que é péssimo para toda a sociedade.

Mais uma vez a transparência é a chave para a superação dessa crise de confiança: quanto mais transparência menos desconfiado fica o cidadão, haja vista dispor de todas as informações relevantes, ainda que não sejam agradáveis. O sigilo é que estimula a desconfiança, afastando os cidadãos da vida política, criando barreiras entre as atividades – secretas – dos representantes e a compreensão dos representados, comprometendo o controle social.

Sem participação social não se pode falar em responsividade, noção-chave para a democracia representativa, equivalendo à aptidão do governo para corresponder às expectativas dos cidadãos representados. Um governo responsivo é capaz de identificar os desejos e anseios dos seus representados, atuando de acordo com tais preferências e oferecendo respostas por meio da adoção de comportamentos apropriados.

Guillermo O'Donnell, destacando a importância da solidificação dos mecanismos de *accountability*, divide-a em dois planos, um vertical e outro horizontal. No primeiro ter-se-ia uma *accountability* correlacionada à responsividade das políticas governamentais em relação às preferências dos eleitores, de sorte que intimamente conectada à democracia eleitoral-representativa. A *accountability* horizontal, por sua vez, seria a “*existência de instituições estatais que têm o direito e o poder legal e que estão factualmente dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina à aplicação de sanções legais ou até o impeachment contra ações ou omissões de outras instituições estatais que possam ser qualificadas como ilícitas*”⁶⁶

Desse modo, *accountability* vertical é uma forma de controle sobre a performance dos agentes públicos, normalmente mediante eleições periódicas. E é justamente em razão dessa periodicidade eleitoral que a *accountability* horizontal surge como uma forma de complementar o controle social verticalizado, atuando dentro da própria estrutura estatal

66 O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. In: O'DONNELL, Guillermo. *Dissonances*. Apud WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op cit.*, p. 46.

por meio das chamadas Instituições Superiores de Controle (ISC) e dos *ombudsmen*, em uma lógica de freios e contrapesos típica da separação de poderes em um estado democrático.

Os tribunais de contas brasileiros são exemplo de Instituições Superiores de Controle – ISC, atuando no controle horizontal da Administração Pública, e, nesse mister, não podem descuidar dos interesses dos verdadeiros titulares das prestações de contas: os cidadãos.

No exercício desse controle, as cortes de contas fiscalizam os contratos de seus jurisdicionados e analisam os processos de licitação e de contratação direta, tendo em vista a ampliação de suas competências pela Carta de 1988 (art. 71, por simetria aplicável aos tribunais locais), de modo que seu campo de ação vai muito além do confronto ou da análise de conformidade de atos de execução orçamentária. Ao estabelecer como parâmetros de controle a legalidade, a legitimidade e a economicidade, a própria Constituição aponta decisivamente para novos padrões de controle e supervisão. E, também de maneira inovadora, amplia o objeto de controle dos tribunais de contas, cuja atividade fiscalizadora incide não apenas sobre a gestão financeira, contábil, patrimonial e orçamentária, mas abrange, também, a gestão operacional do Estado.

Essa atuação operacional (focada na performance dos gestores públicos) não está imune às críticas da sociedade civil, titular última do poder delegado aos administradores da coisa pública. Com efeito, devem os tribunais de contas possuir meios de recebimento e processamento de representações em face dos jurisdicionados, inclusive no que concerne à legalidade, economicidade e eficiência de suas contratações, preservando, sempre que possível, o sigilo do denunciante. Também devem dispor de canais de denúncia, ouvidorias e corregedorias para recebimento de críticas e acusações acerca de sua própria atuação, permitindo um monitoramento contínuo de suas atividades.

Nessa linha, existiria uma *accountability* social⁶⁷, exercida verticalmente, porém não restrita aos ciclos eleitorais, de modo que a noção de freios

67 SMULOVITZ, C.; PERUZZOTTI, E. *Societal and Horizontal Controls: two cases of a fruitful relationship*. In: MAINWARING, S; WELNA, C. (Ed.). *Democratic Accountability in Latin America*. p.326. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op. cit.*, p56.

e contrapesos teria também outra força envolvida, a mobilização popular. É inegável que os movimentos sociais e as entidades organizadas da sociedade civil são meios para promoção desse engajamento cívico. Os protestos ocorridos nos últimos anos em vários países são exemplos do poder dessa organização, poder que pode influenciar os governantes e, também, as estruturas horizontais de controle (vg. os tribunais de contas).

O convívio entre esse poder de mobilização – *accountability* social – e as estruturas horizontais de controle é marcado por uma relação de reciprocidade e interdependência, designada doutrinariamente de *accountability* diagonal, caracterizada por três princípios fundamentais: (i) abertura de participação social sem a criação de novas instâncias; (ii) agregação de autoridade, porque as estruturas existentes são aproveitadas para exigirem respostas e, eventualmente, aplicarem sanções, tudo em virtude da pressão popular (de baixo para cima); e, finalmente, (iii) o fluxo informacional, imprescindível para o acesso da cidadania às informações necessárias – incluindo o acesso às decisões e deliberações – fundamental para o exercício do controle social.

Novamente a transparência emerge como ferramenta para o exercício da participação popular, pois sem o acesso – claro, fácil e intuitivo – aos dados da atuação estatal em sentido lato (incluindo-se gastos, investimentos e mesmo o conteúdo e motivação das decisões administrativas), impossível o controle popular das políticas públicas.

Para uma *accountability* social, imperioso o estímulo da participação da sociedade, não apenas nos cíclicos pleitos eleitorais, mas, rotineiramente, controlando, além da execução orçamentária, as próprias escolhas estatais, desde a definição das políticas públicas a serem desenvolvidas e sua previsão em planos plurianuais, ou seja, exercendo o controle social de forma ampla.

Sob essa diretriz, a lei 13.655/2018 acrescentou à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dentre outros dispositivos, o art. 20, segundo o qual “[...] não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, prosseguindo, em seu parágrafo único, com a exigência de demonstração da necessidade e adequação da solução adotada administrativamente, apresentando, inclusive, alternativas.

Marçal Justen Filho⁶⁸, ao abordar o dispositivo, fala em uma exigência de transparência valorativa no processo de formação das decisões administrativas, pois, por vezes, a mera invocação de valores abstratos pode ocultar os verdadeiros valores que informaram o ato, havendo o risco de a autoridade fundar sua decisão em valor negativo, altamente reprovável, uma vez que a simples invocação de valores tutelados pelo ordenamento, sem exposição clara e transparente do processo de concretização de tais valores, legitimaria a decisão tomada.

Na verdade, há uma dimensão axiológica do ato administrativo: toda decisão administrativa deve resultar de um processo de aplicação de valores abstratos, e, por isso, devem ser transparentes tanto os motivos determinantes quando os demais, sopesados em juízo de ponderação, demonstrando-se o raciocínio adotado, justificando-se a necessidade e adequação da medida adotada – elementos presentes na técnica de ponderação dos interesses e incorporados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB⁶⁹.

O procedimento de contratação ao qual está sujeita a Administração Pública (minuciosamente descrito nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, *vg.*) é uma sequência de atos administrativos, normalmente divididos em duas fases: uma interna e a outra externa. Na primeira, inserem-se as decisões estratégicas como o que comprar, ou quando comprar, sendo produzidos os estudos técnicos preliminares, projetos básicos e termos de referência. A segunda fase, conhecida como fase externa, inicia-se com a divulgação do instrumento convocatório.

Mesmo nos casos em que a licitação é dispensada ou inexigível, há um rito a ser seguido, com diversos pontos de convergência com o procedimento licitatório, como, por exemplo, a pesquisa de mercado, pois a vantajosidade da contratação deve ser atestada.

A exigência dessa transparência valorativa, trazida à baila no art. 20 da LINDB, pode servir de parâmetro de controle dos atos praticados

68 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Rev. Direito Adm.* Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), p. 13–41, nov 2018.

69 Para um estudo sobre a ponderação dos interesses confira-se SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, RJ, Lumen Juris, 2ª ed. 2000.

nos processos de contratações públicas, ainda, e especialmente, na fase interna, normalmente deixada de lado por alguns gestores.

Muito se ocupam os órgãos de controle com os editais de licitação, seus aspectos formais e prazos de divulgação, olvidando-se, porém, que é na fase preparatória, de planejamento, onde se pode direcionar uma contratação, forjando-se necessidades técnicas singulares restritivas de mercado, quiçá aniquiladoras da competitividade para justificar indevidas contratações diretas.

O simples ato de publicar um edital não garante transparência, embora assegure publicidade. A transparência é muito mais, perpassando pela adequada compreensão dos termos utilizados no documento (pela apreensão do que se está contratando, quais as condições, valores e atores envolvidos), chegando à abertura dos dados, de todos, desde a constatação inicial da demanda, passando por todas as fases de planejamento, até a liquidação da despesa oriunda da contratação celebrada.⁷⁰

2. COMO TORNAR AS CONTRATAÇÕES MAIS TRANSPARENTES?

O processo licitatório não é um fim em si mesmo, tampouco um jogo individual, pois, de um lado, a Administração precisa da participação do mercado para o sucesso de uma licitação e, de outro, a finalidade do procedimento, burocrático e amarrado, é a seleção da proposta mais vantajosa para o poder público, observando-se o princípio constitucional da isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e do julgamento objetivo das propostas (art. 3º, Lei nº 8.666/93).

Sem uma investigação adequada do mercado, o certame corre o risco de ser deserto ou fracassado.

Não há norma cogente, nacionalmente aplicável, a disciplinar a formação de custo nas contratações brasileiras. Assim, é tarefa altamente complexa e subestimada pelas instituições públicas a pesquisa de preços

⁷⁰ Para uma noção básica acerca dos dados abertos confira-se: <http://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>. Acessado em 02/01/2020.

e o tratamento estatístico das amostras encontradas, visando à interceptação do real preço de mercado para fins de estimativa de valor, bloqueio orçamentário e estabelecimento de critério de aceitabilidade.

Nesse ponto, os tribunais de contas devem atuar, inclusive exercendo sua função pedagógica, orientando os jurisdicionados e disseminando boas práticas, como, por exemplo, a aplicação das instruções normativas federais, tal qual a nº 05/2014 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; ou mesmo estimulando o recurso a pareceres, enunciados e minutas padronizadas de consultorias jurídicas tradicionais, como a AGU e procuradorias estaduais e municipais.

A preocupação com a acessibilidade à jurisprudência das próprias cortes de contas, com sua compilação em local de fácil acesso, disponibilizando-se mecanismos de busca eficientes (por assunto, expressão ou palavras), bem como a edição de enunciados e informativos periódicos, também contribui para o aprimoramento dos processos de contratação dos seus jurisdicionados, ou para o estudo dos temas em voga no tribunal, agregando, ainda, segurança jurídica, pois divulga o entendimento da corte acerca de questões específicas.

Desse modo, o incremento, em sede de contratações públicas, da transparência das decisões dos tribunais de contas e a ampla divulgação de suas próprias práticas (procedimentos e minutas) são exemplos de medidas que servem de estímulo aos demais jurisdicionados, fomentando a transparência e demonstrando coerência, pois um tribunal não pode cobrar, no exercício do controle externo, práticas diferentes das que ele mesmo promove enquanto órgão contratante.

2.1 OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO – A CONSENSUALIDADE E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO.

A consensualidade legitima o processo de regulação da sociedade.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Jéssica Acocella⁷¹, discorrendo sobre a alteração de paradigma em relação à ingerência do Estado na

71 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; e ACOCELLA, Jéssica. A exigência de programas de *compliance* e integridade nas contratações públicas: o pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. R. Bras. De Dir. Público – RBDP – BH, ano 17, n. 64, p. 9/30, jan./mar. 2019.

atuação dos agentes econômicos privados, tradicionalmente justificada pela supremacia do interesse público e operacionalizada pela incidência do poder de polícia, porém, modernamente, embasada em uma relação de consensualidade, em um modelo de indução – em oposição ao de repressão – abordam as licitações como instrumento de fomento.

Com efeito, a Administração Pública usaria seu poder de compra como instrumento de fomento e regulação de mercado, conferindo maior legitimidade ao processo regulatório, eis que resultante de uma relação consensual, horizontalizada, e não fundada em uma hierarquia apriorística entre o interesse estatal e os particulares, nem instrumentalizada em atos de império.

Observe-se que não basta o Estado pretender, sozinho, impor unilateralmente padrões de conduta, sem o envolvimento da sociedade civil, sobretudo em matéria de contratações públicas, pois a administração é tão consumidora quanto qualquer pessoa, física ou jurídica, dependendo do mercado para suprir suas necessidades, com a burocracia como fator complicador, não podendo simplesmente expropriar bens dos particulares.

Quem quiser, voluntariamente, fornecer para a Administração Pública deverá se submeter a processo licitatório, necessitando comprovar detalhada regularidade fiscal (inclusive previdenciária) e trabalhista, apresentando certidões e atestados, mantendo durante todo o período de contratação as condições de habilitação, além de se sujeitar a ritos de fiscalização e pagamento que usualmente demoram mais de 30 (trinta) dias após a efetiva prestação do serviço ou entrega do bem. Tal burocracia, por si só, tende a desequilibrar a equação econômico-financeira normalmente encontrada no mercado, de sorte que os fornecedores dispostos a percorrer essa *via crucis* para contratar com o Estado incluirão compensações econômicas em seus preços, mesmo em um cenário de queda de juros. Com esse expediente, oneram o Poder Público, e, conseqüentemente, o contribuinte, o pagador final da fatura.

A conformação da atividade privada pelo Estado tem sido tentada há tempos, seja por meio da legislação (inclusive a Lei nº 8.666/93), seja mediante o uso do poder de polícia, porém não foi suficiente para impedir os abusos e malfeitos investigados na “operação lava jato” e outras tantas, cotidianamente divulgados na mídia; tampouco a postura repressiva dos

órgãos de controle surtiu efeito dissuasivo das práticas corruptas. Pelo contrário, há estudos recentes que apontam direção diametralmente oposta, ou seja, o excesso de rigor formal dos órgãos de controle estaria afastando dos cargos de gestão pública pessoas bem intencionadas e bem preparadas, por receio de errarem – ainda que de boa-fé – e serem alvo de toda sorte de procedimento administrativo, e até judicial, por atos de improbidade.⁷² Outrossim, estariam sendo afastadas das licitações as boas empresas, as mais eficientes do mercado, haja vista o custo da corrupção, restando no jogo as dispostas a promover práticas desconformes, o que aumenta exponencialmente o custo de transação da Administração Pública.

Outro dispositivo acrescentado na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – pela lei nº 13.655/18, o art. 28, tem sido classificado como “cláusula geral do erro administrativo”, ou “antídoto ao apagão das canetas”⁷³, vindo claramente ao encontro dessa tendência consensual do direito administrativo, superando a lógica de um controle adversarial.

Gustavo Binenbojm e André Cyrino⁷⁴, reconhecendo a existência de uma inércia conservadora no serviço público em geral, e nos órgãos de controle em especial, enaltecem o dispositivo, observando que (i) o controle não é omnisciente, tampouco infalível, de sorte que não adianta uma pretensão maximalista do controle; (ii) essa pretensão tem custo alto; (iii) a insegurança jurídica gerada pelas possíveis interpretações futuras dos diversos órgãos de controle acerca dos atos praticados no passado, desconectada do contexto fático histórico e conhecimento disponível na época, tende a promover uma seleção adversa: os melhores se afastam da coisa pública, sobrando os menos aptos ou os mal intencionados; e (iv) a ausência de limites ao controle favorece abusos e desvios.

72 Nesse sentido confira-se: DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros – 1ª ed. RJ: Mundo Jurídico, 2019.

73 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e FREITAS, Rafael Veras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. CONJUR 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acessado em 22/12/2019.

74 O Art. 28 da LINDB – a cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm. Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov 2018.

Nesse contexto, a Administração Pública precisa do mercado para fornecer os bens e serviços indispensáveis ao atendimento do interesse público, não podendo isolar-se dos fornecedores. Por outro lado, deve observar os princípios constitucionais explícitos e implícitos, dentre os quais a eficiência e a publicidade.

Além do mais, mesmo com a burocracia do processo licitatório e do procedimento de liquidação das despesas públicas, o Estado tem um grande poder de mobilização de diversos setores da economia, havendo estudos que apontam no sentido das licitações públicas movimentarem recursos equivalentes a 10% ou 15% do PIB (produto interno bruto) nacional⁷⁵. Essa força acaba influenciando vários setores da economia, promovendo a conformação dos agentes às exigências estatais, as quais, paulatinamente, se distanciam do critério exclusivo do menor valor do bem ou serviço, passando pelo respeito ao meio ambiente, aos direitos humanos, sociais e trabalhistas, incluindo-se, na ordem do dia, as exigências de *compliance* aos contratados pelo Poder Público⁷⁶.

Com efeito, não é de hoje que a seleção da proposta mais vantajosa à Administração ultrapassa a análise meramente econômica do custo apresentado pelo particular, havendo aspectos não estritamente financeiros na seleção da melhor proposta, mesmo que o preço desembolsado seja mais alto. São exemplos desses fatores eventuais benefícios sociais, ambientais ou econômicos para a sociedade⁷⁷.

Marcos Juruena Villela Souto já defendia a existência de uma função regulatória das licitações, que poderiam ser utilizadas não apenas para a seleção da proposta mais econômica, mas, também, para a “criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência”.⁷⁸

75 Confira-se: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/contratacoes-publicassustentaveis>. Acessado em 07/12/2019.

76 Leis do Estado do Rio de Janeiro (nº 7.753/2017) e do Distrito Federal (nº 6.112/2018).

77 São exemplos dessa utilização da licitação com fins regulatórios o tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas (LC 147/2014) e as regras de desempate em favor das sociedades que empreguem pessoas portadoras de necessidades especiais (lei nº 13.146/2015) ou invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País (lei nº 11.196/2005).

78 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

Entendia, pois, que a Administração Pública poderia utilizar o seu poder de compra para disseminar valores e boas práticas no mercado, que, interessado em celebrar contratos administrativos, adotaria, voluntariamente, determinados comportamentos.

Essa pode ser uma porta de entrada para a cultura ética do *compliance* em vários nichos de mercado, caso o Poder Público venha a fomentar a adoção de programas de integridade pelos parceiros privados, como acontece no Rio de Janeiro e no Distrito Federal após a edição da lei estadual nº 7.753/2017 e da lei distrital nº 6.112/2018.

Conforme já mencionado, o maior entrave à liberdade de mercado e disseminação de uma cultura de integridade, sobretudo nas contratações públicas, enfoque do presente ensaio, é a corrupção. A corrupção destrói a confiança, afugenta investidores e bons prestadores/fornecedores, aumentando o custo dos bens e serviços, haja vista a restrição concorrencial artificialmente gerada pelo sistema da propina.

Um mercado ético tende a ser mais livre, sem barreiras artificiais à entrada de novos *players*, resultando em maior eficiência. E, para isso, a transparência é fundamental, pois ela estimula o controle social, expondo o que os beneficiados pela corrupção buscam esconder.

A transparência contribui para o combate à corrupção, diminuindo, conseqüentemente, a sensação de impunidade, de sorte que incentiva a participação da sociedade, que passará a exigir ainda mais transparência, e, com isso, poderá fiscalizar melhor os seus delegatários, em um círculo virtuoso.

Nesse contexto, os tribunais de contas, enquanto Instituições Superiores de Controle – ISCs, são “*watchdogs* da integridade financeira e da credibilidade informacional no setor público” (DYE e STAPENHURST)⁷⁹, atuando na *accountability* horizontal e estimulando a transparência como instrumento de fomento da *accountability* social.

79 DYE, Kenneth e STAPENHURST, Frederick. *Pilars of Integrity: the important of Supreme Audit Institutions in curbing corruption*. Washington: The Economic Development Institute of the World Bank, 1998, p. 5. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op cit*, p. 60.

3. DOS INSTRUMENTOS DE FOMENTO DA TRANSPARÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES: O RECURSO À NOVAS TECNOLOGIAS.

Quando o legislador positivou, no início da década de 90 do século passado, a necessidade de divulgação dos avisos de algumas modalidades de licitação em “jornal diário de grande circulação” (Lei 8.666/93, art. 21, III), não poderia prever a revolução tecnológica que estava por vir, com a disrupção do modo de comunicação e de circulação da informação vivenciada a partir dos anos 2.000.

Hoje não há que se pensar em tiragem de periódico, ou mesmo em sua circulação, como critérios de mensuração de publicidade, mas, sim, em cliques, seguidores e visualizações em *tablets* e *smartphones*. A internet deixou de ser uma fronteira a ser alcançada para se tornar parte do cotidiano das pessoas; ela integra o tecido social, conectando, em tempo real, usuários e prestadores, eleitores e mandatários, empresas, administradores e *stakeholders*, controladores e controlados. Tudo é digital, de sorte que qualquer proposta de fomento à integridade pública e à transparência nas contratações com recursos públicos perpassa pelo emprego da tecnologia.

Essa realidade orientou o Relatório final da Comissão de Juristas instituída pela Presidência da Câmara dos Deputados⁸⁰, que apresentou propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e do sistema de controle da Administração Pública, dentre as quais o estabelecimento das “*bases para a implantação e o desenvolvimento de boas práticas na área de governança da sustentabilidade e parametrização do emprego do Índice de Acompanhamento da Sustentabilidade na Administração (IASA)*” (proposta 7).

Com efeito, a comissão apresentou minuta de projeto de lei embasada nos decretos autônomos nº 8.638/16 e 9.319/18 (referentes à estratégia de governança digital – EGD instituída pela União) e no “*Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos*” da Espanha, cuja finalidade principal é disponibilizar o acesso às informações e aos dados públicos, dando transparência à execução

80 Comissão de juristas incumbida de elaborar propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e o sistema de controle da administração pública. Relatório final. Outubro de 2018

dos serviços públicos, permitindo seu monitoramento, estimulando a participação da sociedade (art. 2º II, IV, e VI da minuta de PL).⁸¹

Das propostas apresentadas, quanto ao aperfeiçoamento na gestão pública, emerge a preocupação com o estabelecimento de um índice para possibilitar o acompanhamento das boas práticas, bem como a elaboração de um plano de acesso às informações, com a utilização das tecnologias disponíveis, estimulando a participação da sociedade e fomentando o controle social – *accountability* social.

A ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com diversos órgãos dos Três Poderes) apresentou, em novembro de 2019 (XVII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), o plano com as estratégias e ações para o ano de 2.020, dentre as quais duas relacionadas à transparência, com foco nas contratações públicas visando ao fomento do controle social. Confira-se:

AÇÃO 10/2020: Elaboração e divulgação de um catálogo/portfólio de oportunidades de capacitação virtual e gratuita para observadores públicos, conselheiros de políticas públicas e servidores públicos, com foco em aspectos ligados à contratação pública e acompanhamento de políticas públicas, bem como adoção de outras iniciativas e instrumentos que estimulem a transparência e o fornecimento de dados abertos.

AÇÃO 11/2020: Fomentar a implementação da transparência ativa por meio da disponibilização *on-line*, com fácil acesso aos instrumentos referentes aos atos que impliquem a realização de despesas públicas, em âmbito nacional (em todas as esferas federativas), como forma de facilitar o controle social e dificultar a prática de desvio de recursos públicos e corrupção.

Da leitura dos trechos colacionados emerge a preocupação da ENCCLA com a transparência nas licitações e contratações públicas. Para tanto, adota, como padrão de divulgação de dados, a disponibilização, na

81 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/noticias/comissao-de-juristas-da-camara-recebe-sugestoes-para-melhorar-gestao-governamental>. Acessado em 26/10/2019.

internet, de forma fácil, em formato aberto, fortalecendo a transparência ativa, inclusive com o cuidado em incentivar o controle social por meio da formação de observadores públicos, mediante o estímulo à capacitação virtual e gratuita de servidores públicos e cidadãos interessados no acompanhamento das políticas públicas. É mais um exemplo de que o combate à corrupção – tarefa que inspirou a criação da ENCLA – se faz com transparência e participação da sociedade, utilizando-se as ferramentas tecnológicas como meio de divulgação, instrumento de acesso e veículo para a capacitação e treinamento, pois a participação da sociedade civil, mais do que uma demonstração de civismo, é imprescindível para o controle social, parte integrante da *accountability* e fundamental para a responsividade dos gestores públicos.

Outro exemplo interessante advém dos critérios utilizados pela CGU⁸² para a obtenção do selo pró-ética, que englobam seis áreas: (i) Comprometimento da Alta Direção e Compromisso com a Ética; (ii) Políticas e Procedimentos; (iii) Comunicação e Treinamento; (iv) Canais de Denúncia e Remediação; (v) Análise de Risco e Monitoramento e (vi) Transparência e Responsabilidade Social⁸³

De início observa-se a preocupação com a comunicação e treinamento internos, medida fundamental para a aderência dos colaboradores ao plano de integridade da pessoa jurídica, de inspiração em ideais de publicidade e transparência, ainda que restritos à esfera interna de cada pessoa jurídica.

Já com relação à área VI, percebe-se que a CGU, revelando preocupação com o ambiente externo da empresa, juntou transparência e responsabilidade social, demonstrando a afinidade entre as temáticas.

A propósito, merece ser ressaltado que, no questionário a ser preenchido pelas sociedades interessadas no selo pró-ética, devem ser indicados os *links* onde a empresa disponibilize na *internet* as seguintes informações: (a) atividades exercidas; (b) identificação de seus proprietários ou principais acionistas; (c) identificação e função de seus executivos e dirigentes;

82 A CGU pode ser qualificada como agência anticorrupção brasileira, haja vista seu desenho no texto constitucional e as atribuições a ela designadas pela lei anticorrupção (lei nº 12.846/13).

83 Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/avaliacao>. Acessado em 08/12/2019.

(d) demonstrações financeiras; (e) informações sobre contratos firmados com a Administração Pública; e (f) informações sobre patrocínios e doações realizados pela empresa. Conclui-se ser necessária a divulgação, de forma ampla, de uma série de dados, desde as informações pertinentes ao ramo de atividade da sociedade, seus contratos com o poder público, passando pelas referentes aos dirigentes e aos *stakeholders*, incluindo doações e patrocínios efetivados, e abrindo as demonstrações financeiras. Com efeito, qualquer empresa interessada no selo pró-ética precisa estar em um estágio de transparência bem avançado, sendo esse o elemento diferencial que se extrai do questionário trazido à baila.

Privilegiando a utilização das novas tecnologias, há exemplos na sociedade civil, sendo válido registrar a iniciativa do Instituto de Tecnologia e Sociedade – ITS Rio, organismo de pesquisa independente e sem fins lucrativos, formado por professores e pesquisadores de diversas instituições, incluindo a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que desenvolveu um aplicativo para celulares com o intuito de coletar e validar assinaturas, com recurso a algoritmos públicos e utilização de *blockchain*, que pode ser utilizado para a proposição de leis de iniciativa popular, instrumento de participação popular previsto na Constituição de 1988 (arts. 14, III, 29, XIII, e 61, § 2º), porém nunca efetivado, em razão das dificuldades burocráticas para reconhecimento da veracidade das assinaturas e sua autenticação, normalmente afetos a procedimentos cartorários, em papel.⁸⁴

4. À GUIA DE CONCLUSÃO.

A Constituição da República, ao dispor sobre a Administração Pública, elencou princípios explícitos, de observância obrigatória por todos os níveis estatais, a saber, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37). Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a boa administração não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público; antes disso, representa “um

84 Sobre o projeto confira-se: <https://itsrio.org/pt/projetos/mudamos-assinaturas-digitais-para-plips/>. Acessado em 05/01/2020.

dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos”.⁸⁵

A todo dever corresponde um direito, de sorte que poderíamos falar em direito à boa administração pública, que, segundo Juarez Freitas, é um direito fundamental “à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁸⁶.

Esse direito fundamental à administração transparente, responsável e permeada pelo controle social, é o que deve ser buscado pelos gestores públicos sempre que idealizam contratações, desde as mais simples e corriqueiras às mais inovadoras e ousadas, pois estão decidindo pela alocação de recursos públicos, escassos por natureza.

Nessa toada, as cortes de contas têm papel fundamental, especialmente no cenário constitucional atual, haja vista ter o Constituinte de 1988 inovado, ao ampliar-lhe o âmbito de atuação, de sorte a abranger a gestão operacional do Estado, além dos conhecidos controles de legalidade, legitimidade e economicidade, indo muito além da mera fiscalização contábil e análise de conformidade dos atos de execução orçamentária. Com efeito, os tribunais de contas não se limitam ao controle formal da observância das normas legais e regulamentares, mas, para além dessa análise silogística, examinam a efetividade da atuação da administração pública, contribuindo para aumentar a transparência e a responsividade no processo de execução do orçamento, atuando na *accountability* horizontal, sem olvidar o destinatário final do controle, o povo.

A *accountability*, em sentido amplo, e a representação são identificadas na doutrina como as “dimensões republicanas da democracia” (O’Donnell)⁸⁷, pois imprescindíveis ao sistema representativo adotado nas democracias modernas, e, nessa qualidade, dependem do acesso às

85 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *In* Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119.

86 FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed. SP: Malheiros, 2009. p. 22. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op cit*, p. 99.

87 O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? *Novos Estudos CEBRAP*, nº 31, p. 25-40, out. 1991. *Apud* WILLEMANN, Marianna Montebello. *Op cit* p. 45.

informações da atuação dos mandatários pelos mandantes (*accountability* vertical e social), o que tem sido maximizado graças às novas tecnologias e à utilização de dados abertos, que facilitam, inclusive, a atuação dos órgãos de controle (*accountability* horizontal), que podem racionalizar seus recursos humanos, realizando, por exemplo, auditorias remotas.

A integridade pública é uma meta que deve ser constantemente buscada, sendo a transparência uma *conditio sine qua non* para o alcance desse objetivo, de modo que o recurso às novas tecnologias, enquanto instrumento de promoção do acesso da sociedade à gestão pública, deve ser utilizado e estimulado pelas cortes de contas em sua atuação, preventiva e repressiva, pedagógica e punitiva. Na qualidade de instituição superior de controle (ISC), os tribunais de contas funcionam como um dos pilares do sistema de integridade, juntamente com a vontade política, reformas administrativas, agências anticorrupção e *ombudsmen offices*, parlamentos, engajamento público, instâncias judiciais, mídia, e setor privado, enfim, todos os interessados na boa gestão pública.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB – a cláusula geral do erro administrativo. *Rev. Direito Adm.* Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203–224, nov 2018.
- CARVALHO JUNIOR. Natal dos Reis, e SILVA. Juvêncio Borges. Democratizar a Democracia: participação popular como meio de superação dos obstáculos a consolidação democrática no Brasil. *In Revista Húmus*, v. 7, n. 20 (2017);
- DIONÍSIO. Pedro de Hollanda. O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros – 1ª ed. RJ: Mundo Jurídico, 2019;
- DOTTI, Marinês Restelatto. Governança nas contratações públicas: aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência. Inter-relação com o direito fundamental à boa administração e o combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018

- FORTINI, Cristiana; MOTA, Fabrício – Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a transparência internacional. *A&C – Revista de Dir Adm e Constitucional – BH – ano 16, n° 64*, p. 93/113 – abr/jun 2016;
- JUSTEN FILHO. Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretezude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Rev. Direito Adm. Rio de Janeiro*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei n° 13.655/2018), p. 13-41, nov 2018;
- MADISON, James. *The Federalist Papers*, n. 51. 1788;
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e FREITAS, Rafael Veras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *CONJUR* 25 maio 2018;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *In Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119;
- _____ A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. Ed. Forum;
- NASSIF, Elaina e Souza, CRISOMAR Lobo de. *CAD*. Vol. 7, n.1. Jan - Dez. 2013, p. 01-20;
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; e ACOCELLA, Jéssica. A exigência de programas de *compliance* e integridade nas contratações públicas: o pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. *R. Bras. De Dir. Público – RBDP – BH*, ano 17, n. 64, p. 9/30, jan/mar. 2019;
- SARMENTO. Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, RJ. *Lumen Juris*, 2ª ed. 2000;
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005;
- WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability Democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2ª ed. 2020, BH, Forum;

REGULAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E TECNOLOGIA: DESAFIOS PARA UMA MAIOR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira*⁸⁸

*Jéssica Acocella*⁸⁹

1. O ESTADO NA ERA DA INFORMAÇÃO E AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

O mundo atual é intensamente dinâmico. Vivemos, no século XXI, o que se conhece como *sociedade da informação*⁹⁰, marcada pela inovação e o rápido desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TICS), com impacto direto nas mais variadas relações sociais.

Diante desse cenário, não poderia o Estado, é claro, manter-se à parte do avanço diário da tecnologia. Ao contrário, cumpre ao poder público assumir postura ativa e direcionada tanto no que diz respeito à promoção da inovação nos setores privados, como ao desenvolvimento de sua própria capacidade inovadora, resultando no aprimoramento de seus processos.

88 Pós-doutor pela Fordham University School of Law-New York. Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico.

89 Mestre em Direito Público pela UERJ. Advogada do BNDES.

90 Manuel Castells (1999) destaca as principais características deste novo paradigma visando entender a base material desta nova sociedade, dentre as quais: (i) a informação é a sua matéria-prima; (ii) capacidade de penetração dos efeitos das novas tecnologias, na medida em que exercem poder de influência sobre a vida social, econômica e política da sociedade; e (iii) lógica de redes, que facilita a interação entre as pessoas.

Mas qual a influência desse fenômeno na relação do Estado com o cidadão? E como compatibilizar o desafio do Estado de acompanhar as inovações tecnológicas? Ao Direito Administrativo cumpre, assim, prospectar e analisar de que forma a internalização do ambiente digital na atuação pública é capaz de torná-la mais eficiente, legítima e transparente, consideradas os desafios inerentes ao regime público.

Pode-se colocar em xeque, no entanto, a capacidade do Poder Público em se adequar a tantas mudanças. Com essa finalidade, em 2018, o Governo Federal promoveu estudos que resultaram na *Estratégia Brasileira para a Transformação Digital* (E-Digital), que oferece um amplo diagnóstico dos desafios a serem enfrentados pelo Estado em face das transformações digitais. Segundo o documento, a tecnologia digital deve ser utilizada pelo Estado para: “i) aumentar a transparência e controle social das atividades estatais, ii) ampliar a participação social na formulação das políticas públicas, e iii) prover mais e melhores serviços públicos digitais.” (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES, 2018, p. 93).

Com isso, pretende-se garantir a transparência, formatar melhores canais digitais de colaboração entre Estado e sociedade, e implementar modelos mais modernos e rápidos para a prestação de serviços públicos. A aplicação das TICs no setor público deve, assim, incorporar um novo paradigma. Não basta mais a introdução de tecnologias para o aperfeiçoamento pontual de processos e serviços: é necessária a estruturação de um ecossistema digital que simplifique e facilite as interações entre Estado e os demais atores sociais.

O presente estudo pretende, assim, analisar o impacto de tais transformações sobre a atividade de regulação do Estado, notadamente no que diz respeito ao aperfeiçoamento dos canais de participação em prol da sua maior transparência e legitimação democrática.

2. A NOVA GOVERNANÇA NA RECENTE LEI 13.848/2019: EM BUSCA DA MAIOR TRANSPARÊNCIA REGULATÓRIA

Com a recente edição da Lei 13.848/2019 (nova lei das agências reguladoras), a governança se impõe com maior intensidade à atividade

regulatória, “incluindo aspectos como formato institucional do processo decisório, a articulação público-privada na formulação de políticas ou, ainda, a maior ou menor abertura para a participação de interessados” (FERRARI, 2019, p. 110).

A governança pode ser compreendida, ao menos para os propósitos do presente ensaio, como o conjunto de mecanismos e de procedimentos que garantem maior participação da sociedade na formulação das decisões estatais, que devem ser pautadas pela eficiência e submetidas a controle e social. No campo específico da regulação, a efetivação da governança regulatória encontra-se apoiada em três pilares: 1) legitimidade: consagração de instrumentos participatórios na elaboração das decisões do regulador; 2) eficiência: ênfase no planejamento e na busca dos resultados esperados; e 3) *accountability*: reforço e racionalidade do controle, social e institucional, por parte dos reguladores (OLIVEIRA, 2015, p. 259).

Importante ferramenta, que vai de encontro aos ideais de governança, é a institucionalização do processo de Análise de Impacto Regulatório – AIR, que tem como objetivo principal dotar a agência reguladora de ferramentas que permitam a tomada de decisão criteriosa e informada, por meio da sua racionalização. Este processo permite, de um lado, o recebimento de subsídios por parte da entidade para a construção do conhecimento sobre dada matéria e, de outro, torna o processo decisório mais transparente e controlável, na medida em que força a Administração a expor os motivos que tornam as soluções propostas mais adequadas que as demais alternativas disponíveis.

A AIR “é um processo de identificação sistemática e avaliação dos efeitos esperados das propostas regulatórias, por meio de método analítico consistente, tal como análise de custo/benefício” (OECD, 2008, p. 3).⁹¹ Com marco inicial no Decreto 4.176/2002, que estabelecia normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e

91 O processo administrativo, como sede de diálogo entre a Administração e o administrado, permite a melhor composição dos diversos interesses públicos e privados, eventualmente conflitantes, superando, na medida do possível, o caráter unilateral da atividade administrativa. A instituição de “canais participatórios” serve para a solução negociada dos conflitos de interesses, permitindo melhor ponderação pelas autoridades regulatórias dos interesses dos particulares (usuários e consumidores), identificando, com maior precisão, os problemas e as possíveis consequências da futura decisão. (OLIVEIRA, 2015, p. 269).

o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos executivos federais (SALGADO; BORGES, 2010), posteriormente revogado pelo Decreto 9.191/2017, a AIR foi intensificada por meio do “Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)”, instituído pelo Decreto 6.062/2007, com o objetivo de fortalecer os mecanismos institucionais para gestão regulatória, com ênfase na autonomia decisória das agências reguladoras e no aprimoramento do controle institucional e social.⁹²

Não obstante a institucionalização e a utilização da AIR no âmbito de algumas agências reguladoras federais, fato é que muitas agências ainda não possuem normas específicas sobre o assunto, o que justifica, em grande medida, a ausência de efetividade do instituto em determinados setores regulados.⁹³

Isso demonstra a relevância da previsão da AIR na Lei 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais. Trata-se, em verdade, de Lei-quadro das agências reguladoras federais que, em seu art. 6º, dispõe:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.⁹⁴

92 O art. 2º do Decreto n. 6.062/2007 elenca os objetivos específicos do PRO-REG, sendo possível destacar a necessidade de aprimoramento da “capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados”, a “melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório”, o “fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras”, bem como o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social do processo regulatório.

93 Mencione-se, por exemplo: a) ANVISA: item 5.5 do Manual de “Boas Práticas Regulatórias: guia para a melhoria do processo de regulamentação da Anvisa”; b) ANEEL: Resolução Normativa 798/2017; c) ANATEL: art. 62, parágrafo único, da Resolução 612/2013; d) ANCINE: Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 81/2018. Importante destacar que a AIR tem sido implementada também nas agências que não possuem norma própria sobre o tema, tal como ocorre, por exemplo, na ANP.

94 No mesmo sentido estabelece a recente Lei 13.784/2019 – Lei da Liberdade Econômica, no seu art. 5º.

Contudo, a efetividade de tais ferramentas depende da integração de mecanismos de participação social e de ampla comunicação ao público dos resultados da AIR. Ou seja, não basta a mera elaboração de um documento técnico para simples cumprimento de uma formalidade prevista em lei, que não envolva um debate efetivo com os grupos afetados.⁹⁵

Tal prática é, inclusive, consentânea com a orientação dada pela OCDE, em sua “Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória”, na qual a organização propõe, entre outras práticas, (i) que a regulação seja clara e compreensível aos grupos afetados; e (ii) seja elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva dos atores interessados.⁹⁶

Assim, por exemplo, no âmbito da ANVISA, a recente Portaria 1.741, de 14 de dezembro de 2018, estabelece, como uma das diretrizes para a melhoria da qualidade regulatória, *transparência e fortalecimento da participação social* (art. 3º, VIII). Prevê, ainda, que:

Art. 18. Os mecanismos de transparência e participação dos interessados e dos agentes afetados devem ser garantidos durante todo o Processo Administrativo de Regulação, tendo início tão logo quanto possível, ainda nas fases iniciais da análise.

§ 1º O objetivo da consulta aos interessados e agentes afetados é levantar informações e receber subsídios relevantes que contribuam para melhorar a qualidade da análise que orientará a decisão.⁹⁷

Por essa razão, é fundamental a formalização de processos administrativos abertos ao diálogo com os atores privados (empresários, usuários e consumidores). E, como sabido, no âmbito da atividade regulatória, alguns procedimentos são comumente utilizados com tal finalidade, notadamente as consultas e as audiências públicas.

95 ANATEL. *Manual de Boas Práticas Regulatórias*, agosto de 2018, p. 27. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=348609&pub=original&filtro=1&documentoPath=348609.pdf>>. Acesso em 15 out. 2019,

96 OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris, 1995. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)>. Acesso em 15 out. 2019.

97 Instrumentos de participação do cidadão são, ainda, estabelecidos nas normas de regulação do respectivo setor, tais como: art. 4º, § 3º, da Lei 9.427/1996 – ANEEL; arts. 3º, X e XI; 89, II, da Lei 9.472/1997 – ANATEL; art. 19 da Lei 9.478/1997 – ANP.

É o que estabelece a Lei 13.848/2019:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

Já no âmbito normativo das próprias agências reguladoras, a Resolução Normativa 273/2007 da ANEEL, por exemplo, estabelece que este é um instrumento de apoio ao processo decisório da agência, de *ampla consulta à sociedade*, que precede a expedição dos respectivos atos administrativos e projetos de lei (art. 15, *caput* e § 1º).

No entanto, nem sempre tais instrumentos, em seu modelo tradicional, são aptos a alcançar os diversos grupos afetados e, conseqüentemente, garantir o amplo debate acerca da medida regulatória resta comprometido. Não obstante o processo de amadurecimento crescente da realização de tais procedimentos, é notória a baixa participação de potenciais interessados, notadamente, usuários e consumidores do setor regulado.

Assim, é preciso buscar a melhor forma de interação capaz de efetivamente alcançar o público afetado, utilizando-se canais de comunicação que, de fato, viabilizem a cooperação e ampliem a transparência decisória: reuniões, debates, consultas, plataformas eletrônicas ou outros meios de diálogo.

Considerando o contexto – analisado acima – de transformação das ferramentas tecnológicas e da necessária participação do Estado nesse movimento, analisaremos aqui, entre as diversas ferramentas, de que forma os recursos digitais e virtuais têm penetrado no âmbito da atividade regulatória como instrumento de gestão, em busca de melhorias contínuas e em prol da sua maior legitimidade e transparência.

3. FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS COMO NOVOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE

Em razão da necessidade de atendimento à demanda reforçada por transparência no âmbito da atividade regulatória, nos termos da Lei 13.848/2019, surge a necessidade de inovação nas estruturas de cooperação. Inegavelmente, esse debate ganha ainda mais relevo em contextos de rápida transformação, cuja capacidade de adaptação do Estado às novidades é imprescindível para a adequada funcionalidade dos instrumentos jurídicos adotados (TOSTA, 2019, p. 56).

Assim, diante do cenário atual, de constante mudança das estruturas sociais e da existência de uma realidade virtual, que assume cada vez mais relevância e abrangência no cotidiano das pessoas, pode-se cogitar que o processo regulatório-decisório se beneficie, ao menos parcialmente, da utilização de ferramentas tecnológicas em rede, capazes de torná-lo mais ágil e dinâmico, aproximando a interação entre regulador, mercado regulado e usuário de serviço (FARAH, 2019, p. 165).

Nessa direção é o que aponta o Decreto 8.638/2016, que institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, abrindo caminho para que as instituições públicas possam repensar seu gerenciamento de processos.

Essa nova política estabelece como finalidades: (i) gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de TIC na prestação de serviços públicos; (ii) estimular a participação; e (iii) assegurar a obtenção de informações pela sociedade. Prevê, ainda, como alguns dos princípios da política: (i) *abertura e transparência*; (ii) *participação e controle*; e (iii) *inovação*. Para tanto, os programas e processos relativos à governança digital deverão, como diretriz, oferecer *canais digitais* de fácil acesso para a *participação social na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital*.

Na medida em que *o mundo online*, ao menos em tese, “dá paridade a oradores e ouvintes, nivelando a interação comunicativa e retirando do controle da agenda aqueles que antes tradicionalmente a possuíam”

(FARAH, 2019, p. 165), o uso de canais virtuais de participação, apesar de ainda incipiente no país, tende a tornar o exercício da atividade regulatória mais acessível ao cidadão, com significativos ganhos em termos de *accountability*.

Para aumentar a transparência e o controle social, a entidade pode manter, por exemplo, seu estoque de relatórios de AIR disponível para consulta em seus respectivos sítios eletrônicos, garantindo fácil localização e identificação do conteúdo ao público.

Por outro lado, as redes sociais e outras ferramentas digitais permitem a transmissão e o acompanhamento, em tempo real, das audiências por qualquer agente interessado, nas mais diversas localidades do país, além da possibilidade de gravação por meios eletrônicos com divulgação do respectivo teor na página da agência na *internet*.⁹⁸

Saliente-se, ainda, a maior ênfase na publicidade por meio da *internet*, não ficando restrita à mera publicação na imprensa oficial, o que facilita o acesso do público ao dia a dia da agência. Já a viabilização de participação por correspondência e meios eletrônicos amplia a participação de interessados.

A título ilustrativo, segundo informações apresentadas no Relatório Anual de 2018 da ANATEL, a agência dispõe, como canais de comunicação com a sociedade, de perfis no *facebook* e *twitter*, bem como canal no *youtube*, no qual são disponibilizados vídeos das reuniões do Conselho Diretor e do Conselho Consultivo, além da gravação de audiências públicas, vídeos institucionais e tutoriais sobre aplicativos e sistemas.⁹⁹

Na ANEEL, por sua vez, os temas passíveis de estudo e regulação constam na Agenda Regulatória e as Reuniões Públicas da Diretoria são semanais, abertas à participação de qualquer interessado, e transmitidas

98 Nesse sentido podemos citar, como exemplo, a audiência pública realizada em 10/09/2019 pela ANATEL sobre redução de barreiras regulatórias à Internet das Coisas, com transmissão ao vivo pelo Portal da agência. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/institucional/mais-noticias/2383-anatel-realiza-nesta-terca-feira-10-9-audiencia-publica-da-proposta-de-reducao-de-barreiras-regulatorias-a-expansao-da-internet-das-coisas>>. Acesso em: 15 out. 2019.

99 ANATEL *Relatório anual 2018*. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3r-N4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5qCMSr1EMcIpgzizi6JB11ZflGUkLQFuv-nQ2rlXU4epB-nwl_RtrJMm4TFmg79Z9fViv1qMyG2njP4-8SIBgOO>. Acesso em: 15 out. 2019.

ao vivo por meio do Portal da agência, ficando também disponíveis em seu canal no *youtube*.¹⁰⁰

No âmbito da ANS, a Resolução Normativa 242/2010 estabelece expressamente que “quando a audiência pública for realizada em ambiente virtual, qualquer interessado poderá ter acesso à sua transmissão pela internet, sem limite de vagas e independente de prévia inscrição (art. 15)”.¹⁰¹

Destaque-se, ainda, que a própria Lei 13.848/2019 determina que “As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico” (art. 8º), devendo a respectiva pauta ser divulgada no sítio da agência na *internet* com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

Com isso, consegue-se mitigar um dos principais problemas corriqueiramente apontados no que diz respeito ao processo participativo clássico, isto é, o fato de os interesses de empresas e grupos econômicos serem, em regra, mais organizados e coordenados *vis-à-vis* os interesses difusos dos cidadãos.

O objetivo, assim, da utilização das ferramentas digitais seria ampliar o diálogo e permitir que a maior parcela possível de atores relevantes possa contribuir para a qualidade da análise regulatória que orientará a decisão.

É inegável, portanto, que, quanto mais amplos e acessíveis forem os mecanismos de controle sobre a atividade regulatória, mais sólida será a sua legitimação democrática. Por outro lado, a maior abertura por meio do uso de ferramentas virtuais tende a incrementar a qualidade e a racionalidade do processo decisório, na medida em que possibilita que uma maior quantidade de informações relevantes seja transmitida ao regulador, a qual, num modelo tradicional, não estaria disponível.

No entanto, apesar de sermos otimistas quanto à utilização de todo esse arcabouço tecnológico pelo poder público, notadamente pelas agências reguladoras, há que se ter cautela quanto à efetiva representatividade

100 Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/participacao-social>>. Acesso em 15 out. 2019.

101 A respeito do tema, Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller (2018, p. 130) apontam que “a produção normativa protagonizada pelas agências reguladoras demanda uma extensa coleta e análise de informação técnica (...). Nesse sentido, tecnologias que auxiliam a organização, recuperação e análise de vastas quantidades de informação colaboram significativamente para a qualidade da regulação, provendo maior velocidade e precisão do resultado final.”

dos atores envolvidos, o que certamente é um dos principais desafios desse novo paradigma. É o que passamos a analisar brevemente a seguir.

4. NOVOS DESAFIOS

É claro que as novas práticas acarretam novos desafios. Não obstante a utilização da tecnologia digital possa contribuir para o incremento da transparência do processo decisório, ampliando os canais de interação com os mais diversos agentes sociais, não se pode desprezar a realidade do país no que diz respeito ao acesso a tais ferramentas.

Como relata Vilmar Gonçalves (2019, p. 40):

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, um total de 69,8% da população brasileira teve acesso à internet, o que representa um aumento de quase 10 milhões de pessoas em relação ao período 2016/2017. Mesmo com o significativo aumento do acesso a recursos tecnológicos, o fato é que ainda existe uma fatia significativa da população brasileira marginalizada desse processo (...).

Portanto, ainda há que se pensar no viés das desigualdades sociais em paralelo à inovação. A título ilustrativo, de acordo com o relatório global de tecnologia da informação de 2016, divulgado pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupava, até o período, a 72ª posição no ranking que classifica cada país de acordo com a forma com que ele se prepara para um futuro digital.¹⁰²

A efetividade de novas práticas tecnológicas voltadas à participação passa, assim, pela necessidade, primeiro, de superação do abismo tecnológico, “reduzindo-se as desigualdades por meio do incentivo à educação digital, universalização do serviço de internet, capacitar servidores, tudo isso compreendendo o contexto de ausência de recursos para execução de todas essas atividades” (CALIL, 2019, p. 24).

Como destaca André Farah (2019, p. 163), se, por um lado, “o mundo virtual viabilizou a troca de informações e juízos críticos, a um número cada vez maior de pessoas, democratizando o discurso e ampliando o

102 WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Information Technology Report 2016: Innovating in the Digital Economy*. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GITR2016/WEF_GITR_Full_Report.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

auditório, (...) por outro, abriu espaço exatamente para que se percorresse caminho oposto”.

Ou seja, para que a utilização de ferramentas virtuais de participação alcance os impactos pretendidos, o Estado deve, em alguma medida, desempenhar um papel ativo na implementação e consolidação de uma *sociedade de informação*. Do contrário, a tendência é que acabe se agravando o que se denomina *risco de captura*, isto é, que apenas os agentes economicamente mais fortes e politicamente mais influentes acabem se beneficiando da ampliação dos mecanismos de interação com a entidade reguladora e, conseqüentemente, exercendo influência predominante sobre o processo decisório.

Com isso, coloca-se em xeque a verdadeira amplitude das ferramentas tecnológicas e, conseqüentemente, a efetiva mobilização social em prol da maior transparência e possibilidade de controle dos atos regulatórios.

Por outro lado, faz-se necessário, ainda, desenvolver um arcabouço técnico-normativo capaz de guiar a adoção de tecnologia digital, conferindo-lhe base jurídica e, conseqüentemente, maior uniformidade e segurança jurídica aos grupos afetados pela atividade regulatória. A título de exemplo, poder-se-ia impor a realização de audiências virtuais e consultas eletrônicas para determinados tipos de decisões e edição de atos normativos, na forma dos parâmetros fixados na legislação, deixando margem de adaptação para as peculiaridades de cada setor regulado.

O sucesso das novas ferramentas de participação democrática também depende, assim, do reforço de sua previsão por meio de mecanismos normativos que definam procedimentos a serem obrigatoriamente observados pelo agente regulador, atribuam papéis aos diversos agentes envolvidos e reduzam a assimetria na participação virtual. Afinal, fazer uso ou não de ferramentas tecnológicas pressupõe planejamento adequado e treinamento dos agentes responsáveis, de forma que não se transforme em uma mera “aparência de modernidade, mas efetivamente corresponda a melhorias contínuas nos processos de trabalho” (PEREIRA JUNIOR, 2018, p. 295).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, num cenário de rápida transformação das relações sociais por meio da utilização de ferramentas tecnológicas, deve o Estado assumir papel protagonista, inclusive por meio do desenvolvimento de sua própria capacidade inovadora.

No âmbito específico da atividade regulatória – cujo novo marco legal impõe, mais do que nunca, sobretudo por meio do instituto da AIR, uma nova governança no sentido da maior abertura do processo decisório aos interessados – ganha relevo a utilização do ambiente digital para fins de aperfeiçoamento dos canais de participação em prol da sua maior transparência e legitimação democrática.

Redes sociais, transmissões ao vivo, publicidade por meio da *internet* e participação por meios eletrônicos, por exemplo, vêm se tornando importantes instrumentos de diálogo entre o público interessado e as entidades reguladoras ao longo de todo seu processo decisório.

No entanto, como qualquer nova realidade que se impõe, há que se ter cautela diante dos desafios impostos pela utilização de todo esse arcabouço tecnológico, atentando-se sobretudo para a efetiva representatividade dos atores envolvidos no processo participatório, bem como para a segurança jurídica e previsibilidade na utilização dos novos canais de interação.

REFERÊNCIAS

- ANATEL. *Manual de Boas Práticas Regulatórias*, agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=348609&pub=original&filtro=1&documento-Path=348609.pdf>>. Acesso em 15 out. 2019.
- _____. *Relatório anual 2018*. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hS-lk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5qCMSr1EMcIpgzizi6JB11ZflGU-kLQFuv-nQ2rlXU4epBnwl_RtrJMm4TFmg79Z9fViw1qMyG2njP4-8SIBgOO>. Acesso em: 20 15 out. 2019.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: *Regulação e novas tecnologias*. FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CALIL, Ana Luíza Fernandes. Inovação no setor público: o desafio de equilibrar o papel do Estado e do Direito. In: *Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FARAH, André. *O paradoxo democrático da internet: uma autorização para regulação*. In: *Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- FERRARI, Isabela. *Nova governança: insights para o aprimoramento da regulação estatal*. in: *Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GONÇALVES, Vilmar. *Direito Administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas*. In: *Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- KOOIMAN, Jan. *Governing as Governance*. Londres: Sage, 2003.
- LEITE, Leonardo Barém; BRANDÃO, Felipe Montalvo. Regulação Moderna e Sustentável. In: *Regulação e novas tecnologias*. FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. *Estratégia Brasileira para a Transformação Digital*

- (E-Digital), Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/estrategiadigital.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.
- OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris, 1995. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)>. Acesso em 15 out. 2019.
- _____. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *A tecnologia na atividade contratual do Estado*. In: *Regulação e novas tecnologias*. FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PETERS, B. Guy; PIERRE, John. *Governance without Government? Rethinking Public Administration*. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 8, n. 2, p. 223-243, abr. 1998.
- SABEL, Charles F; ZEITLIN, Jonathan. *Experimentalist governance*. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford Handbook of governance*. New York: Oxford University Press, 2012.
- SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*, Brasília: Ipea, 2010.
- TOSTA, André Ribeiro. O congelamento do Direito Administrativo: o judiciarismo e a ausência de responsividade da Administração Pública. I In: *Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Information Technology Report 2016: Innovating in the Digital Economy*. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GITR2016/WEF_GITR_Full_Report.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

COMO TORNAR A GESTÃO DO TERCEIRO SETOR MAIS TRANSPARENTE E EFICIENTE?

Tatiana Bastos¹⁰³

INTRODUÇÃO

A lei nº 13.019/14, conhecida como “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC”, estabeleceu um novo paradigma para a relação dos entes públicos e as Organizações da Sociedade Civil (OSC).¹⁰⁴

A partir dessa mudança legislativa, desenvolveremos três propostas de análise para enfrentar o título-problema: “como tornar a gestão do Terceiro Setor mais transparente e eficiente”? Como primeiro desafio, abordaremos as obrigações de transparência e publicidade estabelecidas pelas Organizações da Sociedade Civil (OSC) pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), pela Lei nº 13.019/14 e pelas legislações modificadoras. Na segunda etapa do artigo, apresentaremos um estudo de caso sobre as OSCs, com termos de colaboração ou de fomento assinados com o município do Rio de Janeiro, na área de assistência social. Por fim, apresentaremos possíveis respostas à questão-problema.

103 Advogada e presidente do Instituto de Direito Coletivo – IDC

104 Após alteração trazida pela lei nº 13.204/15, define-se como organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; e c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Antes de iniciar as abordagens propostas, faz-se fundamental esclarecer que não existe “um” Terceiro Setor unívoco, seja em forma, constituição, propósito, finalidade, composição ou, até mesmo, seriedade. Mesmo nessa amálgama de Organizações da Sociedade Civil, havendo relação destes com entes públicos e, principalmente, havendo transferência de recursos do ente público à Organização da Sociedade Civil, as obrigações de transparência, entre outras, devem estar presentes.

Outro ponto a ser previamente estabelecido é a definição da transparência dos recursos públicos como um princípio constitucionalmente previsto ao qual a administração pública direta e indireta estão vinculados, salvo exceções estabelecidas. No que tange à obrigação de transparência das OSCs, há uma obrigação legal quando envolve recursos públicos.

1. O CAMINHO DA TRANSPARÊNCIA

Desde o texto originário da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, o direito de acesso à informação pública de interesse particular ou coletivo está garantido no inciso XXXIII do seu art. 5º. Emendas constitucionais posteriores inseriam outras garantias de transparência, como as previstas no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 CF/88.

Entretanto, a mudança do paradigma de sigilo ao dado público à obrigação de transparência é uma batalha que se trava nas trincheiras da rotina administrativa. Nesse sentido, a efetivação do direito se inicia com a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/00 e se irradia com a promulgação da Lei de Acesso à Informação Pública (LAI), Lei nº 12.527/11, e sua regulamentação.

Além do estofamento normativo garantindo ferramentas para a tutela do direito à informação pública, a Controladoria-Geral da União (CGU) assumiu o projeto de implantação e sedimentação da cultura da transparência na administração pública federal. O papel de fiscal da aplicação da lei nos órgãos, entidades e recursos da União, ente público presente em todos os Estados do Brasil, com estrutura administrativa em muitas cidades, foi um grande desafio para a CGU.

A Lei de Acesso à Informação e sua regulamentação estabeleceram prazos, procedimentos de acesso, conteúdo mínimo de informações a ser disponibilizado de forma ativa, simplificação de acesso, meio digital como padrão, punição em caso de descumprimento e, talvez o mais transformador, ausência da necessidade de motivação para o pedido de acesso. Mesmo não havendo a possibilidade de requisição anônima de informação, qualquer pessoa física ou jurídica passou a ter o direito de requisitar qualquer tipo de informação, cabendo ao órgão ou entidade analisar a natureza da informação a ser prestada. Afinal, como saber se a informação pública é ou não do interesse individual ou coletivo se não há acesso?

Entretanto, não bastava a legislação e o esforço de implantação. Foi necessário investir na cultura da transparência para que, concretamente, o direito de acesso à informação pública fosse garantido. Palestras de sensibilização foram realizadas em todos os Estados do Brasil, houve centralização dos pedidos de acesso por meio de sistema; iniciou-se o acompanhamento dos prazos e qualidade de respostas; definiu-se instância recursal; construiu-se o *ranking* de transparência, entre tantas outras conquistas.

Paralelamente à implantação da LAI, o Brasil viveu uma intensificação de produção legislativa de combate à corrupção, a valorização do *compliance* e da conformidade e a formulação da lei das estatais, todos fatos de grande coerência com a valorização da transparência pública. Em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 652777) definiu a divulgação da remuneração dos servidores públicos com o nome dos respectivos titulares como de interesse coletivo, reordenando o senso comum quanto à definição de informação pública e da aplicabilidade da LAI. Apesar do longo caminho para a efetiva concretização da Lei de Acesso à Informação nos diversos níveis administrativos, são inquestionáveis os ganhos advindos da LAI.

A Escala Brasil Transparente, desenvolvida pela CGU com três edições, avaliando a transparência passiva, a Escala Brasil Transparente – Avaliação 360° com mudança de metodologia e inclusão da avaliação da

transparência ativa, o Ranking Nacional dos Portais de Transparência do Ministério Público Federal – MPF, o ranking dos Portais de Transparência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ, todos são exemplos bem-sucedidos dos reflexos da Lei de Acesso à Informação.

A Lei de Acesso à Informação se aplica a todos: administração direta, indireta, poder legislativo, poder judiciário, Ministérios Públicos, demais órgãos de controle e, como não deveria deixar de ser, entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, estabelecendo, nesse caso, sua aplicação no art. 2º da lei.

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, **recursos públicos diretamente** do orçamento **ou** mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Observa-se que a publicidade prevista se restringe no que tange ao recurso público concedido e não às ações de interesse público realizadas pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Entretanto, a previsão genérica de aplicação “no que couber” às entidades sem fins lucrativos não foi efetiva, comparativamente ao ocorrido com a administração pública direta e em parte da indireta.

O MROSC, posteriormente alterado pela Lei nº 13.204/15, inaugura uma nova fase para o Terceiro Setor, prevendo, inclusive, a categoria jurídica denominada “Organização da Sociedade Civil”, que engloba as entidades privadas sem fins lucrativos (associações e fundações privadas), as sociedades cooperativas e as organizações religiosas.

A *vacatio legis* foi alterada duas vezes por medida provisória, ambas convertidas em lei, distinguindo a entrada em vigor da lei para os municípios a partir de 1º de janeiro de 2017, conforme §1º do art. 88 da Lei nº 13.019/14. Os municípios e as Organizações da Sociedade Civil com parceria municipal tiverem mais de dois anos entre a promulgação do Marco do Terceiro Setor e o início da vigência da lei para adequação aos novos paradigmas legais.

O fundamento jurídico estabelecido pelo MROSC tem como esteio a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência

na aplicação dos recursos públicos, além dos princípios constitucionais da administração pública, incluindo a eficácia. Tais fundamentos visam assegurar a participação social como direito do cidadão, a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social.

A partir desse instrumento normativo, as Organizações da Sociedade Civil (OSCs), que recebem recursos públicos na forma prevista na lei, passam a ter obrigações de transparência expressamente previstas. Na seção III, denominada “Da Transparência e do Controle”, o legislador estabelece como obrigação das OSCs:

Art. 11. A organização da sociedade civil deverá divulgar na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. As informações de que tratam este artigo e o art. 10 deverão incluir, no mínimo:

I - data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável;

II - nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB;

III - descrição do objeto da parceria;

IV - valor total da parceria e valores liberados, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

V - situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo.

VI - quando vinculados à execução do objeto e pagos com recursos da parceria, o valor total da remuneração da equipe de trabalho, as funções que seus integrantes desempenham e a remuneração prevista para o respectivo exercício. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Interessante observar que a obrigação de transparência das OSCs é distinta da obrigação de transparência do ente público parceiro, não sendo suprida por seu cumprimento. Tal distinção amplia a divulgação da parceria e do controle do recurso público, uma vez que atinge ao público das próprias OSCs, público que não necessariamente teria conhe-

cimento da parceria por meio dos sítios públicos oficiais. A ampliação do público atingido pela informação da parceria coaduna com os propósitos constitucionais de publicidade e de transparência, assim como atua no estímulo à participação social.

Outro ponto a ser observado é que o art. 11 da Lei nº 13.019/14 determina a *internet* como um dos meios de divulgação das parcerias celebradas pela administração pública. Diferentemente do previsto no § 2º do art. 8º¹⁰⁵ da Lei de Acesso à Informação, o legislador do MROSC não especificou que a divulgação na internet deva ocorrer obrigatoriamente em sítios oficiais.

A princípio, a imposição de divulgação na internet estabelecida pela legislação às OSCs não acarreta ônus financeiro às entidades, uma vez que os itens obrigatórios de divulgação podem ser atendidos por meio de ferramentas gratuitas amplamente difundidas. Entretanto, considerando a heterogeneidade dessas entidades, é possível que muitas sequer tenham familiaridade com os meios digitais, tendo que, obrigatoriamente, contratar o serviço.

Das informações mínimas a serem disponibilizadas pelas OSCs, chamam especial atenção a previsão de transparência da prestação de contas e da remuneração da equipe em relação à obrigação de transparência. Primeiro pela própria definição de prestação de contas, enfatizando a importância da possibilidade de verificação do cumprimento do objeto da parceria e do alcance das metas e dos resultados previstos. Segundo, pela decisão referente à divulgação da remuneração da equipe paga com recursos públicos, seguindo o entendimento consolidado do STF para servidores públicos. Além da possibilidade de acompanhamento e comparação do valor pago por função, o quantitativo de funcionários dedicados à execução do objeto da parceria também passa a ser foco de transparência.

Outra alteração trazida pelo marco do Terceiro Setor foi a previsão de chamamento público das OSCs, que normatizou o procedimento

105 Lei nº 12.527/14, art.8, § 2º “Para cumprimento do disposto no **caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”.

de escolhas das OSCs com a observância dos princípios da administração pública e da seleção pública. A seleção isonômica e baseada em julgamento objetivo para a escolha é a regra para a seleção das OSCs, independente se a parceria é proposta originalmente pela OSC ou pela administração pública.

Importante apresentar também as diretrizes do regime jurídico de parceria trazidas no art. 6º da Lei nº 13.019/14, quais sejam:

I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público;

II - a priorização do controle de resultados;

III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação;

IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil;

V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade;

VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando a sobreposição de iniciativas e a fragmentação de recursos;

VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

Entre as diretrizes, destacamos a priorização do controle de resultados e a previsão de adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos. Quanto à priorização do controle de resultados, isso pressupõe também um reposicionamento dos órgãos de controle

da administração, uma vez que o foco deixa de ser a formalidade do processo e passam a ser os resultados alcançados pelas parcerias junto aos seus públicos alvos.

Na área de assistência social, alguns incautos poderiam afirmar que o resultado positivo da atuação da OSC é a diminuição do uso do próprio serviço oferecido pela entidade, o que acarretaria na redução do repasse da parceria. Ocorre que, em um país de grande desigualdade como o Brasil, a diminuição do atendimento na área de assistência social, dificilmente decorre da ausência de demanda. Portanto, o grande desafio, em verdade, é definir a efetividade dos resultados esperados da parceria, uma vez que a mera informação dos acessos quantitativos de atendimentos, não expressam o alcance das finalidades da parceria. A administração pública possui ferramentas de acompanhamento que possibilitem a análise da efetividade da parceria com as Organizações da Sociedade ou até mesmo de sua atuação direta?

No que tange à previsão expressa de adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou de vantagens indevidas, caberá futuramente um levantamento sobre o espelhamento da preocupação legislativa na forma do controle institucional dos órgãos nesse sentido, assim como a cooperação entre os entes para um intercâmbio de boas práticas.

2. O CASO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

A política de assistência social, incluindo o atendimento à criança e ao adolescente, ao idoso, a pessoas com deficiência e a pessoas em situação de rua, é fortemente marcada pela presença das Organizações da Sociedade Civil. Certamente, a parceria entre o poder público e as OSCs possibilita a capilaridade de atendimento aos assistidos.

A cidade do Rio de Janeiro possui uma rede histórica de assistência social formada por entidades que atuam nesse segmento há muitas décadas, assim como entidades de “grande”, “médio” e “pequeno” porte, que também atuam em cogestão com o município. Essa característica

heterogênea entre as entidades é refletida em sua forma de administração e no uso maior ou menor da tecnologia em suas atividades diárias e gestão.

O MROSC foi regulamentado na cidade do Rio de Janeiro pelo decreto municipal nº 42.696 de 26, de dezembro de 2016, que incluiu a transparência de informação das metas da parceria, no inciso III do art. 47. Com o intuito de promover a padronização dos procedimentos e aprimoramento dos controles da administração municipal, a Controladoria Geral do Município do Rio de Janeiro – CGM/Rio publicou o manual de parcerias voluntárias, aprovado pela Resolução CGM nº 1.488, de 08 de março de 2019.

O referido manual não inova nas obrigações mínimas de transparência para as OSCs, entretanto, estabelece uma série de obrigações de conformidade na prestação de contas, sem prever, na definição da prestação de contas, a importância da possibilidade de verificação do cumprimento do objeto da parceria e do alcance das metas e dos resultados previstos.

Segundo dados do projeto etransparente.org do Instituto de Direito Coletivo – IDC, nenhuma das 62 OSCs da área de assistência social,¹⁰⁶ com termos assinados com o Município do Rio de Janeiro vigentes em julho de 2019, cumpria integralmente as obrigações de transparência estabelecidas no Marco do Terceiro Setor. As duas principais fragilidades de transparência eram os dados da prestação de contas e as informações sobre a remuneração da equipe contratada com recursos da parceria.

Considerando as entidades de atendimento socioassistencial de acolhimento de crianças e de adolescentes, com parceria vigente em julho de 2019, das nove entidades, duas possuem apenas site institucional, duas possuem apenas rede social *Facebook* e as demais cinco possuem site e rede social *Facebook*. Em relação aos recursos recebidos, considerando a mesma quantidade de assistidos, não há variação de valor entre as instituições com site e/ou site e rede social, das instituições apenas com rede social. Não sendo possível, portanto, afirmar que o investimento em sítio eletrônico decorre de uma maior receita da entidade.

106 Considera-se área de assistência social, as OSCs que atendem crianças e adolescentes, salvo atendimentos educacionais, pessoas com deficiência, pessoas em situação de rua e idosos.

Fazendo uma análise a partir do ano de fundação das nove entidades, percebemos que, das quatro entidades fundadas antes de 1990, duas possuem apenas o site e duas possuem apenas a rede social *Facebook*. Das cinco entidades fundadas após 1990, todas, com exceção de uma, possuem site e pelo menos uma rede social. Interessante observar que todas entidades analisadas possuem mais de 14 anos de fundação e um longo período com termo firmado com a prefeitura do Rio de Janeiro. Sendo o financiamento dessas entidades, pelo menos no que tange ao objeto dos termos assinados, garantidos pela prefeitura do Rio.

Ainda em relação às entidades, outro ponto a ser observado é o aumento do valor pago pelo Município do Rio de Janeiro¹⁰⁷ para termos celebrados com o mesmo quantitativo de objeto. De abril de 2012 a abril de 2019, as parcerias tiveram um reajuste aproximado de 130%, enquanto, no mesmo período, a correção pelo IGP-M foi de aproximadamente 53%. Se considerarmos apenas o aumento no período que a transparência passa a ser obrigatória para as OSCs, 01 de janeiro de 2017, o reajuste dos termos foi de aproximadamente 12% e o IGP-M do período de aproximadamente 7% (abril/16-abril/18). Houve, portanto, um aumento real no valor dos termos, considerando a quantidade de assistidos e o prazo.

No que tange aos recursos humanos, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) estabelece normativas de referência de quantidade e tipo de funções a serem disponibilizadas para cada objeto na assistência social.¹⁰⁸ Das entidades analisadas, percebe-se uma variação de 69% entre as entidades de menor e maior quantidade de funcioná-

107 Golbetti e Orair (2010) apontam para uma crescente descentralização de recursos para execução de políticas federais pelo município com ano base de 2002, o que poderia justificar o aumento dos valores repassados pelo município do Rio. Ver GOLBETTI, Sérgio; ORAIR, Rodrigo. Governo gastador ou transferidor? Um macrodiagnóstico das despesas federais no período de 2002 a 2010. In: CARDOSO JR., José Celso (Org.). Brasil em desenvolvimento 2010: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Ipea, 2010. v. 1, p. 87-112. Entretanto, considera nesta análise apenas o recurso municipal, não englobando qualquer alteração de investimento de outros entes públicos.

108 Ver NOB-RH/SUAS. Disponível em <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NOB-RH_SUAS_Anotada_Comentada.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2019.

rios contratados para o mesmo objeto. Outro ponto é que apenas uma entidade prevê suporte em TI entre seus funcionários.

3. POSSÍVEIS RESPOSTAS À QUESTÃO-PROBLEMA “COMO TORNAR A GESTÃO DO TERCEIRO SETOR MAIS TRANSPARENTE E EFICIENTE?”

Segundo estudo recente do IPEA,¹⁰⁹ das mais de 820 mil entidades do Terceiro Setor, apenas 17% possuem ao menos um funcionário contratado, sendo que 7% delas possuem até dois funcionários formais. Isso demonstra uma grande informalidade nas relações trabalhistas das entidades. Outro ponto importante a ser destacado é que 66% dos vínculos de empregos formais em organizações da sociedade civil (OSCs) não detinham nível superior completo, entretanto, o estudo demonstra que há grande diferença de escolaridade, conforme a finalidade da OSC.

No que se refere ao acesso a recursos públicos federais, um recentíssimo estudo do IPEA¹¹⁰ identificou 291.289 empenhos realizados para 22.214 OSCs (2,7% do total de OSCs existentes no Brasil) para execução de serviços e ações de naturezas diversas. No que tange a valores, se considerarmos aqueles previstos anualmente no Orçamento Geral da União, o montante de R\$ 118 bilhões repassado às OSCs corresponde a 0,5% do total de R\$ 25 trilhões previsto para o mesmo ano.

Conforme conclui o referido estudo do IPEA, as instâncias de participação formal das OSCs apresentaram crescimento considerável até 2015, assim como houve melhoria do arcabouço jurídico-formal voltado para a regularização da atuação das OSCs com a aprovação da Lei nº 13.019/14. Observou-se, também, a dispersão temática dos repasses públicos, indicando a diversidade que “caracteriza a participação

109 LOPEZ, Felix Garcia (org.) “Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil”. Brasília: Ipea, 2018, p. 176.

110 MELLO, Janine; PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; e ANDRADE Pedro Gomes. “Afim, o que os dados mostram sobre a atuação das Ongs? Análise de transferências federais e projetos executados pelas organizações da sociedade civil no Brasil”. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2019, p. 99.

das OSCs na execução de políticas públicas sob a responsabilidade de diferentes áreas governamentais”.¹¹¹

A partir desse quadro apresentado, temos o seguinte cenário: grande diversidade entre as entidades do Terceiro Setor; uma parcela ínfima de OSCs que efetivamente recebe recursos públicos federais; alta precarização do vínculo trabalhista nas OSCs; difusa participação das OSCs nas diversas políticas públicas; e o estabelecimento de um novo regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as OSCs. Como visto, o foco na gestão eficiente e transparente de entidades tão complexas e heterogêneas é um grande desafio.

A mudança legal trazida pelo Marco do Terceiro Setor priorizou o controle de resultados das parcerias estabelecidas com as OSCs. Entretanto, para a efetiva aplicabilidade do proposto normativo, é necessário estabelecer um processo de mudança para a cultura da transparência. A prática cotidiana estabelecida na relação entre o poder público e as OSCs deve ser o verdadeiro foco para a transformação do proposto no instrumento normativo.

Considerando apenas a parcela de OSCs com parceria com os entes públicos, temos uma janela de oportunidade nos instrumentos de chamamento público dessas entidades. É dever do ente/órgão público o fomento à cultura da transparência da administração. Nesse sentido, deve-se estabelecer expressamente as obrigações de transparência estabelecidas no Marco do Terceiro Setor, na Lei de Acesso à Informação e demais normativas, auxilia na construção do ambiente de transparência.

Nas parcerias estabelecidas com as OSCs sem chamamento público, os requisitos de transparência podem estar previstos expressamente nos termos padronizados pelo ente público, uma vez que a obrigação legal de transparência independe da fundamentação para a ausência de chamamento.

Um ponto fulcral para a implantação dos requisitos de transparência para as OSCs é a definição da responsabilidade pelo custo dessa transparência. Além do desenvolvimento, manutenção e atualização do sítio eletrônico, há o ônus de organização da OSC para o cumprimento das

111 MELLO, Janine; PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; e ANDRADE Pedro Gomes, *ibidem*. p. 79.

obrigações. No que tange ao custo da disponibilização das informações em sítio eletrônico, somos do entendimento de que este deve ser arcado, quando houver, pelo ente público contratante. No que se refere ao ônus de organização da OSC para o cumprimento das obrigações de transparência, este pode e deve ser um requisito objetivo de avaliação estabelecido no chamamento público e também na fundamentação do gestor na contratação direta.

Não se trata de intervir na gestão das OSCs em relação ao caminho como serão atendidas as obrigações de transparência, mas sim no estabelecimento dos requisitos esperados desse cumprimento. Ressalta-se, entretanto, o art. 6º, I da Lei nº 13.019/14, que estabelece como diretriz fundamental do regime jurídico de parceria, a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público. Sendo assim, é obrigação do poder público, quando houver necessidade, auxiliar as OSCs sem *expertise* na gestão de processos de transparência no cumprimento dos requisitos.

Em proposta inovadora de ampliação do cumprimento das obrigações de transparência estabelecidas no MROSC, o Instituto de Direito Coletivo – IDC iniciou, em julho de 2019, o projeto etransparente.org.¹¹² O projeto visa centralizar os dados de transparência de todas as OSCs sujeitas às obrigações do MROSC e da LAI, inicialmente no estado do Rio de Janeiro, abrangendo os termos vigentes nos 92 municípios e no governo estadual. O piloto do projeto iniciou com as OSCs com termos vigentes com a área de assistência social do Município do Rio de Janeiro.

A partir da centralização das informações de transparência em uma mesma plataforma e da inclusão de dados das OSCs sem sítio eletrônico, é possível estimular o controle social dos gastos públicos e ampliar os mecanismos de gestão de informação, transparência e publicidade.

O processo de mudança envolve múltiplas dimensões, entre elas, a mudança da normativa, da estrutura, dos processos, da tecnologia, de sistemas, de pessoas e da cultura. Iniciativas tais como o [e.transparente](http://etransparente.org).

112 O projeto está disponível no site www.etransparente.org. Acesso em: 30 out. 2019.

org não excluem a responsabilidade do poder público e das OSCs de investir na mudança para a cultura da transparência, mas já oferecem uma excelente oportunidade de sinergia que contribui para tornar a gestão do Terceiro Setor mais transparente e eficiente.

OS DESAFIOS DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA NO SISTEMA DE SAÚDE

*Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho*¹¹³

Em um mundo onde o acesso à informação é muito mais fácil, ao mesmo tempo que não é tão confiável, tudo quando se trata de saúde deve-se ter um cuidado redobrado. É o bem maior que possuímos, pois, ao lado da vida, o que seria dessa sem saúde?

Neste pequeno ensaio, serão destacados os seguintes pontos: (i) o desafio do administrador público em aplicar o Princípio da Transparência e o Princípio da Moralidade como sua base densificadora; (ii) os desafios legais da base orçamentária da saúde; (iii) o desafio da escassez de recursos no sistema universal adotado no Brasil e a comparação com o sistema de Portugal; (iv) o desafio em relação ao endividamento pela via da dívida flutuante: o caso Estado do Rio de Janeiro.

1. O DESAFIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM APLICAR O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO SUA BASE DESINFICADORA

A moral é um padrão de comportamento e varia segundo o tempo, o espaço e lugar, ao longo da história dos homens. Por exemplo, na Idade Média, a moral era a propagada pela doutrina religiosa da Igreja, que tem Cristo e os ensinamentos de solidariedade, caridade e amor fraterno como fundamentos. Para Santo Agostinho, os homens se realizariam somente se estivessem em comunhão com Deus. A lei natural era a lei revelada por Deus a Moisés, através dos textos bíblicos. Surge, na segunda etapa do pensamento jusnaturalista medieval, a escola escolástica, com

113 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global pela Universidade de Lisboa

seu autor mais renomado, São Tomás de Aquino, que não diverge das ideias que ligam a religião à moral.

A visão teocrática que marcou a Idade Média começou a sofrer profundos abalos a partir das primeiras declarações humanistas no século XII, no período renascentista. A ordem era a renovação das ideias e dos valores, em que se substituiu Deus pelo próprio homem e a fé que escraviza pela razão que liberta. Com a Reforma Protestante, o Direito passou a ter como fundamento a razão humana. Surgiu a Escola do Direito Natural, com Hugo Grotius, o jusracionalismo. Logo após, com Hobbes, a concepção do correto passou a ter bases em um Estado forte, instituindo-se um contrato com esse fim específico.

Contudo, a presença de regimes absolutistas por toda a Europa levou os filósofos a pensarem em formas de proteger a liberdade individual contra os excessos cometidos pelos governos despóticos. Surgiu o liberalismo de Locke, para o qual o estado da natureza era não apenas o estado da liberdade, mas também o da igualdade, de modo que uns não invadissem os direitos dos outros. O poder do Estado nasceu limitado (LIMA, 2000).

Setenta e dois anos depois do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de Locke, é publicado *Du Contrat Social*, talvez a mais importante obra intelectual do século XVIII. Para Jean-Jacques Rousseau, o homem era bom; a sociedade é que o corrompia. Assim, a própria sociedade deveria buscar seus direitos naturais em novas condições. Surgia a ideia de uma lei racional que representava a vontade geral, o contrato social (ROUSSEAU, 2001, p. 55).

Com o advento das codificações, floresceu o positivismo jurídico. O grande marco dessa teoria foi a concepção do Direito como ciência, embora tenha buscado na pureza da norma a ausência de qualquer cunho valorativo. O direito natural, ao positivar-se, teria alcançado sua missão última, hibernando, desde então, até despertar no pós-positivismo (LIMA, 2000, p. 181-182).

A moral, por permear os aspectos de cada época em que é concebida, acaba por ser um termo difícil de conceituar, mas muito fácil de entender. Está ligada às pessoas que adotam bons costumes na forma de

se conduzir socialmente. Vincula-se ainda à noção de honestidade, do bem, de correção e de virtude¹¹⁴ na medida tida como padrão por uma determinada sociedade.

Já a moralidade, sendo caráter do que se conforma às normas morais (ABBAGNANO, 1998, p. 652), serve de porta de entrada da moral no Direito. Impregna-se os princípios jurídicos com conteúdos valorativos, preconizando a adoção de comportamentos moralmente aceitos nas condutas juridicamente relevantes, em oposição ao comportamento imoral, leviano, irresponsável, desonesto, vicioso e, por isso, reprovável. A moral penetra no Direito através dos princípios e de seu conteúdo valorativo e, a partir daí, pode-se desenvolver uma metodologia de solução de conflitos e tensões que nos leve a soluções moralmente legítimas (HABERMAS, 1989, p. 143).

A partir das últimas décadas do século XX, sobretudo com as investidas realizadas pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin, cresce a importância dos princípios para a estruturação e substanciação do sistema. Impregnados de conteúdo cultural, os princípios dão significado moral e ético às condutas humanas por intermédio dos valores. Como os princípios sintetizam valores, estão aptos a captar mudanças da realidade e estão abertos às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

Dworkin (1977), que atacou, de forma geral e declarada o positivismo, faz distinção entre princípios e diretrizes. Segundo ele, as diretrizes partem de pautas (*standards*) estabelecedoras de certas metas a serem alcançadas, geralmente, referidas a algum tema econômico, político ou social. Os princípios, por sua vez, são pautas que devem ser observadas não porque possibilitem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais tidas como desejáveis, mas porque consubstanciam-se num primado de justiça, honestidade ou alguma outra dimensão da moralidade¹¹⁵.

114 Leia-se, à propósito, o verbete “moral” no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (2001, p. 1958).

115 “I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally and improvement in some economic, political or social feature of the community [...] I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure in the economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (DWORKIN, 1977, p. 22).

As regras se diferenciam dos princípios no que diz respeito ao mecanismo lógico de sua aplicação. Elas dão ensejo ao binômio “tudo ou nada” (*all or nothing*), quando são aplicadas, subsumindo-se ou não o fato à regra prevista¹¹⁶. Já os princípios, mesmo que presentes às condições de fato, não se aplicam absolutamente uns em prejuízo dos outros. Eles não conhecem dimensão de validade, e sim de peso (SARMENTO, 1999, p. 52).

Robert Alexy (1993; 2017) define os princípios como mandamentos (comandos, mandados) de otimização, ou seja, buscam sempre um ponto ideal para sua efetivação, submetidos que estão às limitações impostas pelos fatos e regras opostas:

*[...] los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas* (ALEXY, 1993, p. 96, grifos do autor).

E como bem assevera Perelman (1999, p. 292-293):

[...] em moral, não existem obras que contenham o conjunto das regras válidas numa dada sociedade e todos parecem qualificados para emitir um juízo moral sobre qualquer situação humana, com uma autoridade variável segundo as circunstâncias. Não é nada espantoso que os juízos morais referentes às situações particulares nem sempre sejam seguros ou concordantes. Quando nos encontramos diante das controvérsias, em moral, é que o papel dos princípios se mostra mais importante.

Desta feita, é imprescindível sua densificação em bases morais. Ao retornar a essa moral, agora a que nos interessa, como base nomogenética para o princípio da transparência, a moral objetiva, que, na concepção de Hegel (1997), é a transformação da moralidade subjetiva para a realidade da moralidade subjetiva, em que discorre:

O Bem, que é a substância universal da liberdade mas ainda uma forma abstrata, apela para determinações e para um princípio de tais

116 “The difference between legal principles and rules is a logical distinction [...]. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” (DWORKIN, 1977, p. 24).

determinações que lhe seja idêntico, ao passo que, reciprocamente, a consciência moral, que é princípio de determinação mas apenas abstrato, apela para a universalidade e para a objetividade. Estes dois termos, cada um deles por si elevado à totalidade, revelam-se como indefinidos e devem ser determinados. Ora, a integração destas duas totalidades relativas na identidade absoluta está já em si mesma efetuada precisamente quando a certeza subjetiva de si, ao desvanecer-se no vazio, se torna idêntica à universalidade abstrata do Bem. A identidade, agora concreta, do Bem e da vontade subjetiva, a sua verdade, é a moralidade objetiva (HEGEL, 1997, p. 138-139).

Assim sendo os princípios como base densificadores da moral, convém destacar suas várias funções¹¹⁷, com destaque à eficácia adotada por saudoso Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (s.d.). O autor faz uma classificação dicotômica da eficácia do princípio: uma *imediate*, impeditiva de conduta; e outra *mediata*, indicativa de conduta. A eficácia imediata é aquela que suprime totalmente ou impede parcialmente as regras com eles incompatíveis. A eficácia mediata, por sua vez, decorre das regras (ou preceitos, na linguagem do autor) ou atos concretos que se inspiram nos princípios, em que se destaca:

1. A eficácia axiológica, que consiste em definir com clareza, na ordem jurídica, os valores que a informam.
2. A eficácia nomogenética, que consiste em dar fundamentos finalístico-valorativos para a edição de novos preceitos e de neles reproduzir esse conteúdo.
3. A eficácia otimizadora, que consiste em orientar a interpretação dos preceitos e dos atos concretos que conformam uma ordem jurídica, no sentido de dar a mais ampla, profunda e completa aplicação possível a seu conteúdo de valor.
4. A eficácia sistêmica, que consiste em interconectar todos os preceitos e atos concretos informados pelo mesmo princípio, como que

117 Luís Roberto Barroso (1999, p. 150-156) classifica em fundamentais que “[...] são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...]”; em princípios gerais, “[...] que irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como definidores de direitos [...]”; e, finalmente, define os princípios setoriais, “[...] que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, ou título da Constituição”.

conformando uma superestrutura abstrata, que lhes infunde unidade e coerência.

5. A eficácia integrativa, que consiste em preencher eventuais lacunas da ordem jurídica (MOREIRA NETO, s.d.)

Pode-se influir que surgem de suas eficácias várias modalidades positivadas, a exemplo da moralidade concreta, a moralidade administrativa que, no conceito de Maurice Hauriou (*apud* MOREIRA NETO, 2000, p. 58-60), é tida como um “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Segundo Moreira Neto, o conceito de Hauriou só pode ser entendido levando-se em conta a distinção proposta pelo filósofo Bergson entre moral aberta e moral fechada. A primeira, ligada à consciência interna de cada indivíduo acerca da diferença entre o bem e o mal, e a segunda, estabelecida por um grupo determinado para a proteção de seus próprios fins. A partir desses conceitos, Moreira Neto (2000, p. 58) conclui que, na moral administrativa, considera-se “o resultado desvinculadamente da intenção de produzi-lo, pois está-se diante de um conceito orientado pela finalidade”.

Antônio José Brandão (1951), sobre o legado de Hauriou, destaca que o mestre de Toulouse foi quem, pela primeira vez, falou em moralidade administrativa. Na 10ª edição de sua obra *Précis de Droit Administratif* (1925)¹¹⁸, ao tecer anotações ao acórdão do Conselho de Estado Francês no caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25, indicou o conceito de moralidade administrativa. Segundo o referido autor francês, o comportamento da Administração Pública deve conformar-se à lei jurídica, mas não é o suficiente. A noção de moralidade administrativa é mais ampla do que a noção de legalidade jurídica, sendo as exigências da moralidade mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

Nas palavras de DWORCKIN (2012), o direito é um ramo da moralidade política e não tem na moralidade um sistema de rivalidade, portanto,

[...] uma concepção do direito que o vê não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com a moral, mas sim como

118 Não conseguimos ter acesso à 10ª edição, mas tão-somente à 8ª, em que não há alusão ao conceito de moralidade administrativa.

um ramo da moral. Para que esta sugestão seja plausível, é necessário enfatizar aquilo a que se pode chamar justiça processual, a moralidade da governação justa, bem como do resultado justo. É também necessário compreender a moralidade em geral como tendo uma estrutura em árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é, em si mesmo, um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que, por sua vez, é um ramo de uma teoria ainda mais geral daquilo que consiste em viver bem (DWORKIN, 2012, p. 17).

Depreende-se das concepções dos mencionados autores que a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de cada um dar o que lhe pertence, de forma proba. Assim, na vigência do Estado Democrático de Direito, preconizado pelo artigo 1º da Constituição de 1988, a finalidade buscada pelo administrador deverá atender, além das regras legalmente estabelecidas, à legitimidade de sua elaboração e aplicação. Nesse sentido, os meios utilizados são de suma importância para a realização dos fins moralmente aceitáveis.

Essa moralidade política que é defendida por Dworkin (2012, p. 19): “depende da interpretação e que a interpretação depende do valor”. Assim, a única forma plausível de interpretação é pela transparência, sendo, segundo o autor, a “moral é um trabalho interpretativo por excelência” (2012, p. 24). Daí, pode-se afirmar que o princípio da transparência tem base de densidade muito mais arraigada no princípio da moralidade administrativa que, no princípio da publicidade, advinda do direito processual ou meramente instrumental.

Ao revisar o posicionamento antes adotado (CARVALHO, 2001, p. 91) e comumente aceito que de que o princípio da transparência é a derivação mais significativa do princípio da publicidade, amplia-se muito mais a forma valorativa e principiológica da transparência. Isso porque tem suas raízes na moralidade subjetiva que se torna real com a moralidade objetiva e os conjunto de normas e regras as quais, segundo Hegel (1997, p. 141), “o conteúdo objetivo da moralidade que se subs-

titui ao bem abstrato é, através da subjetividade como forma infinita, a substância concreta”.

Do célere provérbio oriundo da frase de Júlio César, no qual “a mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”, não existe outra maneira que comprovar a moralidade, a objetiva e administrativa que nos interessa, sem a transparência dos atos praticados. Assim o princípio da transparência é muito mais valorativo do que a simples publicidade de atos, sendo passível de afirmar que, hoje em dia, o princípio da publicidade apenas é um mero instrumento da transparência, cujo arcabouço nomogenético vem da moralidade. Tudo que se faz sob a forma de artimanhas, sem ser inteligível suficiente para o controle público, mesmo que aparentemente atenda o princípio da publicidade, não será o suficiente para atender ao princípio da transparência.

A sociedade transparente é uma sociedade positiva. Conforme Byung-Chul Han (2017, p. 9):

Nos dias atuais não há mote que domine mais o discurso público do que o tema da transparência. Ele é evocado enfaticamente e conjugado sobretudo com o tema da liberdade de informação. A exigência de transparência, presente por todo lado, intensifica-se de tal modo que se torna um fetiche e um tema totalizante, remontando a uma mudança de paradigma que não se limita ao âmbito da política e da sociedade. Assim, a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade na qual vai se desconstruindo cada vez mais a negatividade em favor da positividade. Portanto, a sociedade da transparência vai se tornando uma sociedade positiva (BYUNG-CHUL HAN, 2017, p. 9)

O autor supracitado, porém, não entende essa positividade como benéfica, pois, segundo ele: “a sociedade positiva se despede tanto da dialética quanto da hermenêutica, sendo que a dialética repousa na negatividade” (2017, p. 16). E, citando Gigerenzer (2007 *apud* BYUNG-CHUL HAN, 2017, p. 16), “está comprovado que uma maior quantidade de informações não leva necessariamente à tomada de decisões mais acertadas”.

No entanto, seja no âmbito da saúde¹¹⁹ ou em seus desdobramentos fiscais que iremos ver a seguir, estamos longe de pasteurizar a sociedade

119 Em Portugal, a Lei de Bases tem as seguintes disposições sobre transparência:

“Lei n.º 95/ 2019, de 4 de setembro – Sumário: Aprova a Lei de Bases da Saúde e revoga a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto. [...]

Base 4 Política de saúde

[...] 2 – São fundamentos da política de saúde: [...]

h) O desenvolvimento do planeamento e a institucionalização da avaliação em saúde como instrumentos promotores de uma cultura de transparência das escolhas e de prestação de contas; [...]

k) A divulgação transparente de informação em saúde; [...]

Base 20 Serviço Nacional de Saúde

2 – O SNS pauta a sua atuação pelos seguintes princípios: [...]

i) Transparência, assegurando a existência de informação atualizada e clara sobre o funcionamento do SNS”.

Aliás, existe até um site como guia de direitos e deveres do utente: <https://www.sns24.gov.pt/guia/direitos-e-deveres-do-utente/carta-dos-direitos-de-acesso-aos-cuidados-de-saude-pelos-utentes-do-servico-nacional-de-saude/>.

No Brasil, as disposições da Lei n.º 8.080/1990 e da Lei Complementar n.º 141/ 2012 assim dispõem: “Art. 7.º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]

VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; [...]

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011)

§ 1o O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011) [...]

I – apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q; (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011) [...]

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços”.

Lei Complementar n.º 141/ 2012: “CAPÍTULO IV - DA TRANSPARÊNCIA, VISIBILIDADE, FISCALIZAÇÃO, AVALIAÇÃO E CONTROLE. Seção I - Da Transparência e Visibilidade da Gestão da Saúde

Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a:

I – comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar;

II – Relatório de Gestão do SUS;

III – avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação. Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

com ausência de cor da transparência. Ao contrário, ainda temos muitas tintas e informações a serem lançadas, com a devida clareza, para a busca de uma sociedade mais consentânea com o atendimento de suas necessidades.

Porém, uma excelente conclusão que se pode aproveitar do livro de Byung-Chul Han (2017, p. 94) é a afirmativa com a qual concordamos: “Transparência e poder não se coadunam muito bem. O poder prefere velar-se no oculto, e a práxis arcana é uma das práxis do poder”.

2. OS DESAFIOS LEGAIS DE BASE ORÇAMENTÁRIA DA SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º o direito à saúde como um direito social, sendo de competência comum entre os entes o seu cuidado (artigo 23), sendo a competência concorrente para legislar sobre o assunto (artigo 24, inciso XII). Aos municípios cabem a prestação básica com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, segundo o artigo 30, inciso VII.

Dispõe o texto constitucional, em seu artigo 198 § 1º, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e o seu financiamento se dará com recursos com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em termos de controvérsia e desafio, principalmente para os Estados, passemos à leitura do artigo 198 da Constituição § 2º e 3º:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) Regulamento

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV – (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

A regulamentação para o percentual mínimo veio pelas disposições da Lei Complementar nº 141/ 2012, que preceitua o que pode ser considerado despesa para atingir esse percentual em que pese a previsão de revisão, após cinco anos de sua edição:

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I – vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

II – atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;

III – capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);

IV – desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;

V – produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;

VI – saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;

VII – saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;

VIII – manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;

IX – investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;

X – remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;

XI – ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e

XII – gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

I – pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;

II – pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;

III – assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;

IV – merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso

II do art. 3º;

- V – saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI – limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII – preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII – ações de assistência social;
- IX – obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
- X – ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Como se pode depreender, a legislação complementar desceu a inúmeras minúcias sobre o que pode e o que não pode ser considerado como despesa em saúde, como se o bem estar da população pudesse ser limitado por normas restritivas. Tal como está, fez por restringir o campo de atuação do administrador, que perde a lógica de atuar em programas de governo politicamente vinculados ao seu eleitor a práticas orçamentárias cruéis e cálculos para cumprimentos de índices. Aliás, é que vemos na prática, índices a serem cumpridos e programas voltados a uma pauta previamente estabelecida pela lei, como absurdos constantes de que saneamento básico e ações de assistência social não serem computados como ações em saúde.

Assim, ao rever nosso desafio primeiro, de aplicação do princípio da transparência, com base da moralidade, não basta a subsunção do fato à legalidade estritas das normas prescritas, que podem, inclusive, ser manipuladas. O bom administrador deve agir com a finalidade de alcançar um resultado admissível também por parâmetros éticos, para que sejam legítimos. Por esta razão, o conhecimento, através do estudo dos princípios, mormente da transparência, é a melhor saída para alcançar a ética e a apuração de padrões moralmente aceitos. Assim, a transparência, afirmada como um princípio, torna-se um importante instrumento para esta busca no campo das finanças públicas, quiçá, ainda mais na saúde.

Como já ressaltava o querido e saudoso Professor Ricardo Lobo Torres, meu orientador de Mestrado, a importância de que as preocupações morais estejam sempre presentes nas tomadas de decisões orçamentárias, mormente após o resgate das ideias de Immanuel Kant. O *imperativo categórico* é o móvel que impulsiona o Direito nesta nova etapa, emprestando-lhe fundamentação jurídico-filosófica, a superação do positivismo jurídico:

[...] de uns tempos para cá assiste-se, em todo o mundo, a partir de que se convencionou chamar de “virada Kantiana”, ao retorno das preocupações com a moral no pensamento ocidental e na prática social. As decisões básicas sobre o orçamento, a alocação de verbas para os pobres, para a defesa do meio ambiente, para as prestações de saúde e de educação, para o desenvolvimento regional, etc., tudo depende de uma opção moral; a própria questão do equilíbrio orçamentário depende de apreciação ética; aliás a ética passa a fornecer o coeficiente de normatividade das ciências sociais, principalmente da Economia (TORRES, 2000, p. 43).

Assim, de que adianta uma legislação de tipicidade cerrada, como a Lei Complementar nº 141/ 2012, sem margem de discricionariedade ao administrador, a atender as necessidades de quem o elegeu, dentro das possibilidades de recursos?

Daí, a correta solução proposta por Norberto Bobbio (1997), no sentido de que se deve garantir aos eleitores a mais ampla liberdade de informação¹²⁰ e de organização política, para que os escolhidos realmente representem as melhores e mais realistas propostas:

120 Nesse ponto, ao menos assevera a Lei Complementar nº 141/ 2012, em seu CAPÍTULO IV – DA TRANSPARÊNCIA, VISIBILIDADE, FISCALIZAÇÃO, AVALIAÇÃO E CONTROLE – Seção I – Da Transparência e Visibilidade da Gestão da Saúde: “Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a: I – comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar; II – Relatório de Gestão do SUS; III – avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação. Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde”.

[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo (BOBBIO, 1997, p. 20).

Porém, por outro lado, não é crível que uma legislação tão fechada e voltada para o cumprimento de índices, sem levar em consideração as diferenças geopolíticas de nosso Brasil, possa se traduzir somente em índices de cumprimentos, ignorando demais ações voltadas à saúde.

3. O DESAFIO DA ESCASSEZ DE RECURSOS NO SISTEMA UNIVERSAL ADOTADO NO BRASIL E A COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PORTUGUÊS

A escassez de recursos pode levar a conflitos reais de interesses legítimos. Temos, no Brasil, um sistema universal aliado à pauta de excessiva interferência judicial em ações e procedimentos em saúde. Neste ponto, o alargamento da noção de direitos humanos¹²¹, com a

121 Não há, ainda, unanimidade quanto ao conceito de direitos humanos e sua abrangência. Para Paulo Bonavides (2000), os direitos sociais são, sim, direitos fundamentais, classificados como de segunda geração, e “[...] exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos [...]”, mas nem por isso poderiam, segundo o mestre da UFCE, ter sua eficácia recusada sob a argumentação arrimada no caráter programático da norma (BONAVIDES, 2000, p. 518). Noutra vertente, Ricardo Lobo Torres (1999) defende posição no sentido de que os direitos sociais, por se relacionarem com o problema da justiça, e não com liberdade, não são direitos fundamentais: “[...] os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativos, não geram por si sós pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à idéia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatoris, especificamente na via do orçamento público [...]” (TORRES, 1999, p. 278).

inclusão dos direitos sociais¹²², produz profundos reflexos no que tange à questão orçamentária.

É lógico, graças ao Poder Judiciário, com o correto uso corretivo e directivo, a população pode se sentir resguardada da falta de cumprimento pelo administrador de seus deveres. Porém, até mesmo esse poder tem limites e é finito. Os valores e percepções pessoais, de parte do Poder Judiciário, na lógica de que, em saúde, nada deve ser limitado, prevaleceu-se até surgirem o princípio da solidariedade de obrigações e condenações dos entes públicos, a obrigatoriedade de utilização de medicamentos experimentais e tratamentos de alto custo¹²³.

Por minha experiência pessoal, como Chefe da Procuradoria de Serviços de Saúde, na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o

122 O alargamento da abrangência do conceito de direitos humanos, incluindo os direitos sociais tem eco no Judiciário desde que se deparou com o leading case sobre a HIV/ AIDS: “[...] Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...). A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (Relator Ministro Celso Mello, RE 271.286-RS. Fonte: Informativo n.º 202 do STF).

123 As doenças raras viraram, assim, uma importante forma de rentabilidade para as indústrias farmacêuticas, que investem seus recursos de pesquisa para um grupo menor e racionaliza a produção, seus gastos e obtém uma taxa de retorno maior, com o alto valor do fármaco.

problema tem várias vertentes que não convergem para uma solução: (i) a herança advinda da má gestão; (ii) o aumento tecnológico e de inovação da indústria farmacêutica¹²⁴, que mesmo países desenvolvidos não conseguem acompanhar e impõem restrições, o que não ocorre muito no Brasil¹²⁵; (iii) a aplicação desordenada do princípio da solidariedade, bem resolvida em parte pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal¹²⁶; (iv) perda da capacidade do médico de cumprir com seus deveres éticos, tendo vista que, em grande parte, a excessiva responsabilização dos médicos por atos praticados frente a questões difíceis, lançou essa tarefa ao Poder Judiciário; (v) por fim, a ausência de protagonismo do próprio paciente com sua saúde¹²⁷, onde não se dá valor a prevenção, a atividade física e se espera sempre um bom remédio para todas suas mazelas, passando para automedicação¹²⁸.

124 Aliás, alto custo é avaliado pelas próprias empresas para a produção e taxa de retorno. A exemplo do Glybera, que era considerado o fármaco mais caro do mundo (agora é o Zolgensma), com um custo de 1,1 milhões de euros por paciente, sendo que as estatísticas previam que uma pessoa em um milhão poderiam ter a doença tratada pelo fármaco. A própria empresa não renovou sua autorização para Europa diante dos custos elevados em manutenção, pois a demanda de pacientes não iria aumentar ao longo dos anos. Resolveu investir seus gastos em outros programas, na doença de Huntington, na hemofilia B e na insuficiência cardíaca congestiva.

125 Inclusive, com apuração de possíveis fraudes. Veja em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/governo-do-rio-faz-pente-fino-em-fornecimento-de-remedios-para-doencas-raras/7710899/>.

126 Por outro lado, as ampliações principiológicas na área da saúde tiveram, em 2015, no Supremo Tribunal Federal (STF), a reafirmação da jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde. A decisão foi tomada com base na análise do Recurso Extraordinário (RE) 855178, de relatoria do ministro LUIZ FUX, que teve repercussão geral reconhecida, por meio do plenário virtual. Porém, felizmente, este ano, observando um pouco mais a realidade e dificuldade da própria executoriedade da solidariedade apregoada, no julgamento de 23/05/2019, concluiu o STF por algo mais condizente no direcionamento da execução: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

127 Exemplo de iniciativa privada para esse controle do que se toma e contra o desperdício e perigo do descarte de medicamentos, está no App *Medlist*, criado pela Engenheira Laurelena Palhano, que controla esses dados, indica inclusive onde pode ser feito o descarte e mantém um banco de dados pessoais ao paciente. Veja em <https://exame.abril.com.br/tecnologia/app-criado-por-brasileira-ajuda-a-evitar-desperdicio-de-remedios/>.

128 Segundo o Ministério da Saúde, 388 pessoas morrem por dia em decorrência de hipertensão, conforme dados de 2017. Apesar da condição genética, mortes poderiam ser comprovadamente evitadas com mudanças nos hábitos. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45446-no-brasil-388-pessoas-morrem-por-dia-por-hipertensao>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Como dito no tópico anterior, assim, a saúde se transformou em um sistema numérico de aplicação por percentual. A vinculação de receitas determina as aplicações mínimas, mas não leva em consideração a irracionalidade de um sistema no qual os recursos são escassos e as demandas tecnológicas infinitas. E como dito, todos têm direitos, porém, em se tratando de saúde, poucas obrigações.

O problema do custeio de internações, novas tecnologias e notadamente o ressarcimento de despesas de saúde, em um unidade privada, de paciente advindo de rede pública ingressou na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), em 22/02/19, em que, por maioria, nos autos do RE 666094, foi admitida a Repercussão Geral. O litígio abrange a discussão sobre qual será o valor a ser pago para o ressarcimento, se a tabela SUS ou se o valor da unidade privada. No entanto, somente no momento em que a iniciativa privada, em conjunto com o serviço público, entenderem que as ações de saúde merecem uma gestão integrada e unitária, e não somente complementar e de transferência de responsabilidade, o problema do custeio, que afeta ambos, poderá ser resolvido.

Já é assim, de certa forma, o sistema de saúde em Portugal. Conforme assevera o economista e Professor de Mestrado em Gestão e Comunicação na Saúde da Faculdade de Medicina de Lisboa José Mendes Ribeiro

Em poucas décadas o mercado dos cuidados de saúde sofreu uma verdadeira revolução, com a oferta pública e privada a desenvolver-se em passo acelerado, fruto da evolução tecnológica e da maior afetação de meios financeiros e humanos, mas também em resultado da melhoria dos rendimentos e conseqüente aumento do nível de vida da população, que tem pressionado a procura (RIBEIRO, 2019, p. 50). As mudanças das necessidades e dos comportamentos do consumidor tem forçado muitos setores econômicos a novas respostas competitivas, o mesmo se passando na prestação de cuidados de saúde, onde se observa a entrada contínua de novos operadores e uma enorme rivalidade entre os diferentes competidores pela disputa de uma fatia de procura existente (RIBEIRO, 2019, p. 51).

Do mesmo modo, de acordo com o Professora Doutora Maria João Estorninho, da Universidade de Lisboa, e Tiago Macieirinha (2014, p. 68):

Em grande parte por influência do Direito Comunitário — hoje, Direito da União Europeia —, surge uma nova concepção de serviço público, responsável pela publicização da atividade levada a cabo por determinadas entidades privadas. Nesta matéria há tradicionalmente dois modelos diferentes: o do *service public*, de inspiração francesa e o da *public utility regulation* de origem anglo-saxónica. Estas novas opções pressupõem o abandono da concepção clássica de serviço público à francesa, o qual, sendo assumido, em termos de organização e funcionamento, como tarefa pública, era, quando muito, transferido, em termos de exploração, mediante esquemas de concessão, para entidades privadas, mantendo-se, no entanto, a titularidade do serviço nas mãos da entidade pública. Emerge, nos últimos tempos, uma concepção ao funcional de serviço público, passível de ser prestado, em concorrência, indiferenciadamente por entidades públicas, por entidades privadas ou ainda por entidades público-privadas (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 68)¹²⁹.

Segundo ainda os autores supracitados, “há o reconhecimento do carácter de serviço público da atividade por eles desenvolvida” (2014. p. 69) e, assim, “assumindo o Estado preferencialmente as tarefas de incentivo, apoio, regulação e fiscalização relativamente a tais atividades” (2014. p. 70).

Essa é a lógica de mercado aplicada à saúde, em que todos atuam concorrentemente.

4. O DESAFIO EM RELAÇÃO AO ENDIVIDAMENTO PELA VIA DA DÍVIDA FLUTUANTE: O CASO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) que regulamentou os artigos 163, incisos I, II, III e IV e 169 da Constituição Federal

129 E ainda complementa: “Ora, no novo contexto europeu e nacional, de privatizações e abertura à concorrência, o processo de liberalização – em sectores como telecomunicações, eletricidade, gás, transportes ferroviários ou serviços postais – tem tido lugar pressupondo, antes de mais, uma *despublicatio*, que devolve ao mercado esses serviços. Por outro lado, estes processos, como é sabido, têm vindo a assentar num desfasamento entre a infraestrutura e a atividade de prestação do serviço em si mesmo. Permitindo o progresso tecnológico a concorrência na rede, assistiu-se, nos últimos anos, em diversos sectores, à separação entre a rede e os serviços, continuando a caber ao Estado o dever de garantir a existência, a manutenção e a conservação das redes, mas deixando de ter o dever de assegurar os serviços, os quais foram liberalizados” (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014. p. 69).

de 1988, esperava-se a mudança de comportamento do administrador público no que se refere à busca de uma gestão fiscal responsável, o que inclui a boa administração dos recursos públicos com a fixação de metas de desempenho para redução de despesas e aumento de receitas.

Logo, o parágrafo primeiro do artigo primeiro da LRF já adiantava a que veio: prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, dentre os quais se inclui a inscrição em restos a pagar, que ora nos interessa. Os restos a pagar são, conforme disposição prevista pelo artigo 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, *in verbis*:

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que correm à conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a pagar no último ano de vigência do crédito.

A Lei nº 4320/ 1964 distingue as despesas em processadas e não processadas, o que, de acordo com a doutrina de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (2000/2001, p. 93):

São considerados processados os Restos a Pagar referentes a empenhos executados, liquidados e, portanto, prontos para pagamento, ou seja, o direito do credor já foi verificado, conforme disposições contidas nesta lei. São considerados não processados os empenhos de contratos e convênios que se encontram em plena execução, não existindo ainda o direito líquido e certo do credor.

Em Restos a Pagar, devem ser inscritas todas aquelas despesas processadas ou não, que serão efetivadas no exercício seguinte. É a chamada dívida flutuante de curto prazo¹³⁰. Na prática, no ano seguinte, a receita do ente público terá que ser suficiente para o adimplemento de todas as despesas previstas no orçamento do ano corrente mais aquelas advindas do ano anterior, por conta dos restos a pagar.

130 Segundo Aliomar Baleeiro (2001, p. 513): “a dívida flutuante se caracteriza pelos vencimentos em termos brevíssimos, como meses ou um ano no máximo, muito embora a prática de alguns países abra maiores períodos”.

No intuito de impedir o legado de débitos ao sucessor¹³¹, a Lei de Responsabilidade Fiscal disciplinou o tratamento que deve ser adotado na inscrição dos Restos a Pagar pelo Administrador Público, para encerrar as contas do exercício financeiro, correspondente aos dois últimos quadrimestres do mandato eleitoral, no Capítulo da Dívida e do Endividamento. Segundo a Lei, em seu artigo 42¹³²:

É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Mais adiante, no parágrafo único, explicita-se que: “Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”. Ou seja, o governante fica impedido de assumir obrigação que não possa ser paga até o final do ano, ou que tenha disponibilidade de caixa suficiente para pagamento no exercício seguinte. Isso, como norma de prudência para não gerar dívidas para seus sucessores, porém, quem imaginaria que a dívida poderia ser formada ano a ano pelo próprio gestor?

Assim foi o caso do Estado do Rio de Janeiro. O Estado só na área da saúde herdou uma dívida de mais de sete bilhões de reais, conforme demonstra-se no Quadro 1, a seguir.

131 Destacamos que este planejamento das despesas não é feito só nos dois últimos quadrimestres previstos no artigo 42 da LRF e, sim, de acordo com o artigo 9 da Lei, de dois em dois meses, deverá o administrador verificar o cumprimento de suas metas: “Art. 9 Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”.

132 Ainda sobre os restos a pagar, ver arts. 25 inciso IV, 42, 50 inciso V, 53, 55 inciso III alínea b, e 59 inciso II da LRF.

Quadro 1 – Situação dos Restos a Pagar no início de 2019

ANO RP	Valor do RP em 01/01/2019
2014	27.560.717,05
2015	1.151.787.416,74
2016	1.107.469.579,09
2017	2.774.256.631,39
2018	2.472.531.984,15
Total Geral	7.533.606.328,42

Fonte: Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Aliás, o Estado do Rio de Janeiro só pode aderir ao Plano de Recuperação Fiscal contido na disciplina da Lei Complementar nº 159 de 2017, exatamente por estar subsumido a um dos requisitos do artigo 3º da Lei, inciso III: “valor total de obrigações contraídas maior que as disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa de recursos sem vinculação, a ser apurado na forma do art. 42 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”.

Portanto, agora se vislumbra que esse sistema lançado pela administração anterior foi tão obscuro e nefasto que, além da dívida, que era para ser flutuante, ainda repassou para o novo gestor ações judiciais sobre o não cumprimento do artigo 6 da Lei Complementar nº 141/ 2012¹³³. Como dito acima, a preocupação com aplicação de percentuais orçamentários que constaram como cumpridos, em que pesem as divergências de entendimentos, foi muito mais importante que a materialização do próprio direito à saúde. Tal Direito que ficou em defasagem no ano que em deveria ser aplicado, e não foi. Hoje, é tratado como simples dívida de valor.

Desse modo, o caso em estudo trata da divergência quanto à correta interpretação do art. 24 da Lei Complementar nº 141/12, que define as espécies de despesas que são consideradas para o cálculo dos recursos mínimos a serem empregados em matéria de saúde.

O referido dispositivo legal considera para efeito de cálculo: (i) as despesas liquidadas e pagas; e (ii) as despesas empenhadas e não liquida-

133 Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

das, inscritas em restos a pagar até o limite das disponibilidades de caixa. Todavia, o mesmo não menciona nada a respeito das (iii) despesas liquidadas e não pagas, de modo que, em razão da lacuna normativa existente, surgiram algumas exegeses possíveis do texto, conforme expõe-se a seguir.

Pela interpretação literal, têm-se (i) despesas liquidadas e pagas; e (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa.

Na interpretação do Manual da Secretaria do Tesouro Nacional: (i) despesas liquidadas e pagas; (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa; e (iii) despesas liquidadas e não pagas, inscritas em restos a pagar.

Por fim, na interpretação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, têm-se: (i) despesas liquidadas e pagas; (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa; e (iii) despesas liquidadas e não pagas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa.

O Estado do Rio de Janeiro adotava a segunda interpretação, com fundamento no Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacionalno, aplicável a todos os entes da Federação, conforme determinações do artigo 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os casos estão judicializados. Porém, aqui cabe uma reflexão doutrinária como exemplo dos desafios anteriores. O valor pago em restos a pagar atrasados, até agora, soma a ordem de mais de 600 milhões de reais (Quadro 2). Esses valores não são computados como gastos atuais e sim passados.

Quadro 2 – Valores recolhidos pela atual gestão

Exercício do RP	Valor pago em 2019
2014	2.045.103,34
2015	276.321.380,91
2016	105.027.006,53
2017	42.679.854,16
2018	194.567.371,67
Total	620.640.716,61

Fonte: Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

A interpretação concedida é que, em um passe de mágica, tem-se dinheiro para quitar sete bilhões em dívidas, aplicar o percentual anual de 12% da receita, apurado da forma draconiana elegida da Lei Complementar n.141/2012 e, tudo se resolve. Mas não, nada se resolve. As normas orçamentárias devem ser cumpridas, financeiramente os valores devem ser aplicados, contudo dentro da ótica da possibilidade e da situação concreta.

Valem aqui as sábias palavras do Professor Marcus Abraham (2019):

Assim, ainda que se entenda (como de fato entendemos), para o bem da coletividade, ser necessário o cumprimento das obrigações financeiras pretéritas a título de restos a pagar de serviços para a saúde e educação, juntamente com o cumprimento dos percentuais no próprio ano destas obrigações constitucionais, pensamos que deveria haver um mecanismo de flexibilização financeira (como, por exemplo, a liberação de recursos de fundos subutilizados) para o seu cumprimento pelos novos governantes, que, de boa-fé, herdaram obrigações financeiras materializadas na conta de restos a pagar, sem disponibilidade para a sua quitação.

Do contrário, os novos governantes correm o risco de, sem opções financeiras, terem de lançar mão do mesmo artifício, isto é, de “empurrar com a barriga” para anos vindouros o efetivo cumprimento dos percentuais mínimos de gastos com educação e saúde. Portanto, há que se pensar em meios para colocar um ponto final nesta prática imprópria, passando-se a respeitar as normas de direito financeiro – Lei nº 4.320/64 e LC 101/2000 –, assim como a Constituição.

Fica aqui uma pergunta final: até quando o fantasma dos restos a pagar indevidamente constituídos irá nos assombrar? Esperemos que sejam devidamente exorcizados em breve. Para a saúde das contas públicas e para o bem dos cidadãos.

Assim, no caso concreto em relação a saúde, sendo a dívida reconhecida inclusive para a inclusão no Regime de Recuperação Fiscal, deveria ser contabilizada de forma diferenciada pelo Governo Federal para obtenção do percentual constitucional, sendo ou (i) autorizado o cômputo dos valores como despesas em saúde no exercício; ou (ii) excluído totalmente e iniciada uma nova pauta.

O que se deve prestigiar é conduta transparente do administrador que materializa seus padrões morais. Porém, se todos somente se concentrarem nos percentuais e se esquecem no que pode ser realizado, dentro do que foi herdado, há uma grande chance que a saga se repita.

Já houve a oportunidade de escrever sobre algumas interpretações referentes à aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à limitação de inscrição em restos a pagar, nos dois últimos quadrimestres do Governo (CARVALHO, 2003). Uma das posições adotadas e mencionadas foi a interpretação do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, o qual, ao editar um “Manual de Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal”, propôs, para fins de transparência e informação contábil, que a administração demonstrasse sua situação financeira em 30 de abril, data em que se inicia o prazo dos dois últimos quadrimestres, previsto no artigo 42 da LRF. A partir desse momento, deveria demonstrar que não piorou a situação encontrada.

Embora passados tantos anos dessa interpretação, ainda é atual e pode ser utilizada, pois o caso ainda piorou, com a inscrição em restos a pagar não somente assombrando os dois últimos quadrimestres, como causando ano a ano a rolagem de uma dívida bilionária ao Governo do Estado do Rio. Portanto, ainda possível propor que, principalmente, para fins de responsabilidade pessoal do gestor, faça-se um corte do passivo existente, não podendo piorar a situação existente.

No Brasil, de acordo com o regime contábil, pertence ao exercício financeiro as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas¹³⁴. Assim, uma das interpretações mais conhecidas é de que as receitas se regem pelo regime de caixa e as despesas pelo regime de competência.

Conforme bem elucidado por José Teixeira Machado Júnior e Heraldo Costa Reis (2015, p.102), o regime de competência das receitas governamentais tem base em vários outros textos, como nas Leis Federais nº 8.666/ 1993 e 5.172/ 1966, nos artigos 39 e parágrafos, bem como nos artigos 52 e 53 da própria Lei nº 4.320/1964. Citam-se ainda a Portaria STN nº 447/2002, que orienta as entidades governamentais

134 Artigo 35 da Lei nº 4320/ 1964.

a contabilizarem as transferências constitucionais a serem recebidas em janeiro, no mês de dezembro. Ainda é feita a distinção entre receita arrecadada e receita recebida por força do mandamento constitucional.

Porém, o que nos interessa são as despesas para fins de solução ao impasse da dívida herdada por restos a pagar. Para fins de efeitos contábeis, fazem realmente parte do exercício as despesas nele legalmente empenhadas. Portanto, a dívida herdada de 7 bilhões de reais faz parte, cada qual, do exercício que foi gerada. Mas se ela foi transposta para o atual exercício, como lidar juridicamente com essa herança que sobrecarregou a geração atual e as futuras?

Brilhante e elucidadora é a pesquisa de Mestrado de Carla Sofia Dantas Magalhães (2011), intitulada *Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa*. Nela, a autora discorre sobre a importância da proporcionalidade na divisão dos encargos intergeracionais:

O princípio da equidade intergeracional faz parte do elenco do regime fundamental do processo orçamental, i.e., integra os princípios orçamentais da LEO, como teremos a oportunidade de analisar no Capítulo III. O Direito da Despesa define-se como o conjunto de normas que disciplina a actividade financeira do Estado na determinação das necessidades públicas ou colectivas, na provisão dos bens públicos e nos demais actos que envolvam a utilização/realização do dinheiro público, como vimos. No processo de decisão da Despesa Pública – um processo orçamental –, devem ser atendidas as necessidades públicas presentes numa relação de solidariedade na proporção sacrifício/benefícios das gerações vindouras. O princípio da equidade intergeracional reclama, desta feita, o respeito pelo princípio da proporcionalidade na repartição dos encargos e a promoção do princípio da solidariedade na maximização da Despesa Pública ou dos Direitos Fundamentais Sociais, em ordem à justa satisfação das necessidades públicas, no Meio (MAGALHÃES, 2011, p. 42).

A autora ainda desenvolve o Direito da Despesa Pública, no qual defende:

No Direito da Despesa Pública encontramos a máxima concretização do Princípio da prossecução do interesse público, a plena realização do interesse da colectividade na obrigação da relação jurídica de despesa

pública: o justo gasto público. O carácter extrafinanceiro é manifestamente patente na feitura de um orçamento público, em especial na programação da Despesa. O legítimo “poder de gastar” do Estado não se basta em simplesmente gastar o dinheiro público, mas reclama o justo gasto: como gastar o dinheiro público? (MAGALHÃES, 2011, p. 86).

E, também, nos faz pensar de uma forma interessante a relação do Direito à Despesa com os Direitos Fundamentais:

Se admitíssemos não encontrar o direito fundamental à boa despesa pública tipificado no catálogo dos direitos fundamentais, não poderemos indubitavelmente excluí-lo da matéria de direitos fundamentais, enquanto estatuto fundamental das pessoas na sociedade política. É uma função geral da despesa pública tutelar a título principal os direitos a determinados bens jurídicos dos sujeitos ou de categorias abertas de sujeitos numa colectividade (MAGALHÃES, 2011, p. 117).

Portanto, voltamos ao primeiro tópico da transparência e a densidade valorativa, na qual a despesa pública não se encontra alijada. Desta feita, deve-se criar um divisor de águas entre a busca do equilíbrio financeiro e a gestão fiscal responsável com a pura metodologia contábil. As despesas para pagamento de dívidas passadas não podem ser ignoradas no discernimento jurídico. Mesmo diante na norma expressa no artigo 26 da Lei Complementar n.141/2012, que diz:

Para fins de efetivação do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, o condicionamento da entrega de recursos poderá ser feito mediante exigência da comprovação de aplicação adicional do percentual mínimo que deixou de ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde no exercício imediatamente anterior, apurado e divulgado segundo as normas estatuídas nesta Lei Complementar, depois de expirado o prazo para publicação dos demonstrativos do encerramento do exercício previstos no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 1o No caso de descumprimento dos percentuais mínimos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, verificado a partir da fiscalização dos Tribunais de Contas ou das informações declaradas e homologadas na forma do sistema eletrônico instituído nesta Lei Complementar, a União e os Estados poderão restringir, a título de medida preliminar, o repasse dos recursos

referidos nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição Federal ao emprego em ações e serviços públicos de saúde, até o montante correspondente à parcela do mínimo que deixou de ser aplicada em exercícios anteriores, mediante depósito direto na conta corrente vinculada ao Fundo de Saúde, sem prejuízo do condicionamento da entrega dos recursos à comprovação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal.

Propõe-se, assim, que, no caso da dívida herdada pelo Estado do Rio de Janeiro, essa despesa possa ser computada, juridicamente, como demonstração do princípio da moralidade administrativa materializado pelo princípio da transparência.

Tal tarefa não exclui a responsabilidade do administrador público em comprovar que está em efetiva melhora das condições pretéritas, em prol da saúde, levando em consideração a despesa pública como um direito ao justo gasto, sem onerar tanto a geração atual como as futuras com a má gestão de recursos.

Esse, por fim, é o maior desafio na saúde que vive o Estado do Rio de Janeiro, que, aliado ao desafio da atual base orçamentária da saúde e ao desafio da escassez de recursos, só conseguirá ser vencido, se o administrador público aplicar corretamente o princípio da transparência como prova de sua moralidade administrativa.

As conseqüências? Um mundo melhor e mais honesto para todos.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABRAHAM, Marcus. *O fantasma dos restos a pagar*. 12 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-fantasma-dos-restos-a-pagar-12122019. Acesso em: 18 dez. 2019.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-79, 2017.
- _____. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 455-467, 1951.
- CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis. A interpretação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal: dos restos a pagar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 57, 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc5OQ%2C%2C>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- _____. Transparência Fiscal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001.
- DICIONÁRIO *Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina: 2012.
- _____. *Taking Right Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.
- GIGERENZER, G. *Bauchentscheidungen – Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition*. Munique, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HAN, Byung-Chul Han. *Sociedade da transparência*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Recueil Sirey, 1925.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão: Uma Visão sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/ 2001.
- _____. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 35. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: IBAM, 2015.
- MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. *Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Fiscal) – Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2011. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20398/1/Tese_Carla%20Sofia%20Dantas%20Magalh%C3%A3es.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar 2000.
- _____. Princípios da Licitação. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, n. 7, [s.d.]. p. 369-381.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RIBEIRO, José Mendes. *Saúde Digital: Um sistema de saúde para o século XXI*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, set. 2019.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: GF Flammarion, 2001.
- SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.