

O papel da gestão de riscos no dilema entre inovação e a intolerância ao erro.

Por Thiago Bueno de Oliveira¹.

Definitivamente, não há como negar que estamos vivenciando a fase/momento da supervalorização do gerenciamento de riscos!

Em todo lugar, a todo momento, o tema está em pauta. Temos que reconhecer que o assunto foi sendo aprofundado à medida que perdas, catástrofes ou danos materiais foram surgindo, seja nas questões de derivativos, fraudes e erros contábeis, seja nas falhas na condução estratégica do negócio, nas fraudes corporativas, na reputação e imagem das empresas e seus administradores ou nas questões tecnológicas.

Mas, quais as causas de tais acontecimentos? Entre várias, destacamos:

- ✓ Dinamismo das relações interpessoais e corporativas;
- ✓ Potencialidade/expansividade dos meios modernos de comunicação;
- ✓ Diversidade gritante de percepções;
- ✓ Mudanças de cenário rápidas e constantes: Volatilidade;

Assim, já que se fala tanto em gerenciar riscos, já parou para refletir o que vem a ser “**risco**”?

Quando avançamos para os famosos *frameworks* de gestão de riscos (modelos), verificamos que:

- ✓ Risco é o efeito da incerteza nos objetivos (ISSO 31000/2018).
- ✓ Risco é a possibilidade de que um evento ocorrerá e afetará negativamente a realização dos objetivos (COSO).
- ✓ Risco é a possibilidade de ocorrência de um evento que tenha impacto no atingimento dos objetivos da organização (Portaria 910/18 – CGU);

¹ Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub; Pós graduado em Ordem Jurídica pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP e Pós-graduado em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Possui treinamento em negociação realizado em Harvard pela CMI Interser (dos fundadores da Theory and Tools of the Harvard Negotiation Project). Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Ex- Supervisor da Unidade de Compras e Licitações, Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil). Ex-Gerente Executivo Administrativo da Apex-Brasil. Ex-Coordenador Jurídico de Consultoria e Assessoria da Apex-Brasil. Ex-Assessor da Diretoria de Negócios da Apex-Brasil. Membro da Comissão de Compliance da OAB/DF. Affiliate member of The International Compliance Association (ICA). Membro do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Atualmente advogado da Apex-Brasil. Autor de vários artigos em Direito Administrativo, bem como das obras: “O Caráter Regulatório das Licitações Públicas”, com prefácio do Min. Benjamin Zymler; e “Manual das Estatais: Questões jurídicas, práticas e essenciais de acordo com a Lei 13.303/2016”, com prefácio do Phd. Rodrigo Pironi e posfácio do Ex-Advogado Geral da União (AGU), Dr. Fábio Medina Osório. Professor Universitário.



Entretanto, quando resgatamos a etimologia da palavra, constatamos que **risco** provém do latim *risicu, riscu* (*risicare* em italiano), ou seja, **ousar**. Portanto, **risco é uma opção**.

Nessa concepção, muito nos agrada a conceituação dada pelo cientista político americano Aaron Wildavsky, para quem “Risco é uma *precondição essencial para o desenvolvimento humano*”.

Como visto, risco é uma opção de ousadia, necessária para que se possa sair da zona de conforto e assim garantir o início de um desenvolvimento. Por isso se dizer que a chance de uma determinada ação ser bem-sucedida/acertada é de 50%!

Por estarmos falando em desenvolvimento, risco estaria então vinculado a uma Ideia **ou** Inovação? Em outras palavras, qual é o elemento propulsor desse tal desenvolvimento?

Para tal resposta, compartilhamos a premissa adotada pelo Prof. Jay Papp, do MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts)², onde:

Ideia = Necessidade + Tecnologia

Inovação = Ideia + Adaptação + Uso

Inovação = [Necessidade + Tecnologia] + Adaptação + Uso

Logo, verifica-se que o **risco é um elemento intrínseco do processo de inovação**. Partindo-se da premissa de que **inovação** requer **uso/experimentação e adaptação** constante, até porque é mais racional que, quando diante de uma necessidade real ainda não resolvida, se **reconheça** a imprescindibilidade da fixação de uma **tolerância às falhas** desse procedimento, ou seja, ao **erro**.

Nesse sentido, quais seriam os elementos mitigadores dos efeitos gerados pelo **erro/falha** no processo de **inovação**? Entre alguns, destacamos:

- ✓ Seguro de Responsabilidade Civil de Gestores (D&O);
- ✓ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Alterada recentemente pela Lei Federal n.º 13.655/18)³;
- ✓ Gerenciamento metodológico dos Riscos.

Entendemos que sem esses elementos mínimos, há uma alta probabilidade de se proporcionar/gerar o **efeito da dissuasão** (*deterrence effect*). Em outras palavras, o efeito de inibir que colaboradores pratiquem atos que poderiam promover ganhos sociais, diante de uma dúvida razoável e/ou do temor de punição pelo erro, por receio de violarem algum determinado princípio. Quantas vezes você, leitor, não vivenciou esse tipo de situação?

² Maiores informações podem ser obtidas em: <http://www.jaypaap.com> ou direcionadas pessoalmente ao professor pelo seu e-mail público: jaypaap60@alum.mit.edu.

³ Intitulada pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld como “Lei da Segurança para Inovação Pública”.

Analisando rapidamente cada um desses elementos, temos que o **seguro de responsabilidade civil de gestores (D&O)**⁴ é aquele tipo de contrato pelo qual se transfere, mediante prêmio estipulado ao segurador, as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais o segurado possa responder civilmente. Isto é, transfere-se para a seguradora a obrigação de pagar as perdas e danos decorrentes de ato lesivo do segurado, liberando-o, assim, do risco de ser responsável pelo ressarcimento dos prejuízos que causou, mantendo a integridade de seu patrimônio, desde que se trate de atos regulares de gestão e devidamente lícitos, excluindo-se a prática de atos dolosos ou cometidos por meio de fraude com violação à lei⁵.

Em resumo, o seguro permite combater o tal efeito da dissuasão porque a possibilidade de incorrer em perda pecuniária incentiva o administrador a agir em conformidade com seus deveres fiduciários e não eminentemente de gestão.

Nesse sentido, o Seguro D&O ⁶ **neutralizaria o poder de dissuasão da responsabilidade civil**, desde que respeitados os elementos essenciais, uma vez que a perda pecuniária não recai sobre o segurado (administrador).

Já a **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**⁷, é mais outro elemento que vem auxiliar a minimizar o efeito da Dissuasão, porque “empodera” o instituto da **motivação + preocupação genuína com os impactos causados por suas atividades** (elemento da sociabilidade corporativa)⁸. Essa percepção é depreendida quando da leitura dos principais artigos introduzidos à LINDB, com a publicação da Lei Federal n.º 13.655/18. Vejamos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos**⁹, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A **motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. **A decisão que**, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, **decretar a invalidação** de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **deverá indicar** de modo expresso suas **consequências jurídicas e administrativas**.

⁴ Instituto jurídico regulamentado pelo Código Civil (art. 787), tendo as regras básicas para sua comercialização fixadas na Circular n.º 437 de 14.06.2012, alterada pela Circular n.º 476 de 22.09.2013.

⁵ Por isso os 3 elementos essenciais desse tipo de seguro verificados na apólice são: o risco (inerente à tomada de decisão no exercício da atividade de gestão), a mutabilidade e a boa-fé (diligência).

⁶ Para conhecer ainda mais sobre o tema, sugerimos a leitura do Artigo “Seguro D&O E os Serviços Sociais Autônomos: Estudo De Caso Do Sebrae Nacional”. De Denise Rios Campos. ISBN: 978-85-61990-42-8.

⁷ Sobre o assunto, recomendamos leitura do artigo: “O espírito da Lei 13.655/18: Impulso realista para a Segurança Jurídica no Brasil”, do Prof. Carlos Ari Sundfeld, em coautoria.

⁸ Conceito já trabalhado por este autor no artigo: “Cidadania Corporativa, sua empresa tem? Parte I”, disponível em: <https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=ff630524c838ed6d187bf19f6845aef5&busca=>.

⁹ Justamente para evitar que tais valores abstratos, de alta subjetividade, se transformem em “conceitos mágicos”, isto é, argumentos de densa carga axiológica, que acaba sendo utilizado para simplesmente “encerrar” qualquer tipo de discussão sobre o tema.



Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.¹⁰

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

§1º **Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato**, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente¹¹.

Art. 23. A **decisão** administrativa, controladora ou judicial **que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais¹².

Art. 24. **A revisão**, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, **quanto à validade** de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. **Consideram-se orientações gerais** as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público¹³. (grifos nossos).

Por fim, o **gerenciamento de riscos** é o elemento que permite com que a instituição consiga, entre outras coisas:

- ✓ Formular de modo efetivo sua estratégia institucional;
- ✓ Aumentar a probabilidade de alcance dos objetivos institucionais;
- ✓ Socializar a *accountability*;
- ✓ Minimizar os efeitos negativos quando um determinado risco é materializado, proporcionando reação racional e controlada;
- ✓ Deter informações mais completas e seguras para tomada de decisão;
- ✓ Aprimorar a proteção de ativos (tangíveis e intangíveis);
- ✓ Agregar ainda mais “valor público”;

¹⁰ A intenção aqui é internalizar a importância em orientar o destinatário da decisão, sobre a repercussão/extensividade do julgado.

¹¹ O julgamento (administrativo, judicial e de controladoria) não pode ignorar as circunstâncias fáticas e reais vivenciadas pelo gestor na tomada de decisão.

¹² O tom é de reforçar a segurança jurídica das relações, pois não se pode conceber em um regime democrático de Direito, mudanças abruptas de entendimento administrativo.

¹³ Idem ao comentário anterior.

- ✓ Proporcionar evolução no âmbito da Governança;

Esse contexto é o que vem retratado sinteticamente no âmbito do artigo 15, da Instrução Normativa Conjunta MPOG/CGU n.º 01/2016, quando se discorre sobre os objetivos da Gestão de Riscos. Senão vejamos:

Art. 15. São objetivos da gestão de riscos:

- I - **assegurar** que os responsáveis pela **tomada de decisão**, em todos os níveis do órgão ou entidade, tenham **acesso tempestivo** a informações suficientes quanto aos riscos aos quais está exposta a organização, inclusive para determinar questões relativas à delegação, se for o caso;
- II - **aumentar a probabilidade** de alcance dos **objetivos** da organização, reduzindo os riscos a níveis aceitáveis; e
- III - **agregar valor** à organização **por meio da melhoria** dos processos de tomada de decisão e do tratamento adequado dos riscos e dos impactos negativos decorrentes de sua materialização. (g.f)

Em suma, a gestão de riscos é o elemento/instituto que mitiga o efeito da dissuasão porque permite a adoção de decisões rápidas, mas ao mesmo tempo, seguras, de modo a minimizar os **erros/falhas** típicos/intrínsecos ao processo de **inovação**, que acabam sendo potencializados quando o tomador de decisão está submetido à pressão, à falta de tempo, bem como à falta de informação.

Nesse sentido, entendemos que deve haver maior tolerância dos julgadores (em especial do controle externo) no erro/falha gerada pela tomada de decisão do gestor público, oriundo de risco(s) metodologicamente gerenciado(s), onde o eventual plano de ação foi insuficiente para evitar sua ocorrência, sendo necessário acionar o respectivo plano de contingência para restabelecimento do cenário anterior da forma mais rápida e segura possível.

Não se pode tolerar que todo erro/falha praticado pelo gestor público seja automaticamente categorizado como ilegal e ímprobo, de modo a legitimar o exercício do punitivismo Estatal, com os ajuizamentos de ações penais, de improbidade administrativa, de tomadas de contas especiais, entre outros procedimentos.

A hiperpublicização do controle não pode, nem deve, disseminar indiscriminadamente o Direito Administrativo do Medo, sob pena de potencializar ainda mais o efeito da dissuasão.

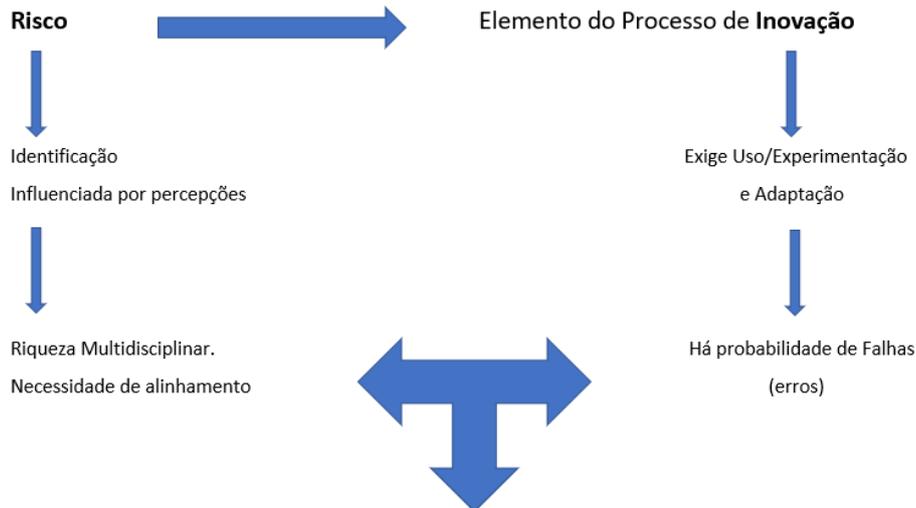
A boa notícia é que tem luz no fim túnel! Isso porque, instituições de reconhecimento internacional, como a Kayma Labs¹⁴, decidiram ajudar o Brasil, firmando parcerias com importantes agentes de transformação. Entre eles, o próprio Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do seu laboratório de inovação. A intenção declarada pela Kayma Labs no Brasil é propor soluções inovadoras para problemas complexos¹⁵. Para tanto,

¹⁴ Para maiores informações institucionais, sugerimos acessar o site: <https://kayma.com/home-portuguese.html>. Acesso em 14/11/2019.

¹⁵ É o que a doutrina estrangeira chama de **wicked problems**, ou seja, problemas “intratáveis”. Esse tipo de problema é complexo, justamente porque carrega as seguintes características: 1) Imprevisível, instável, dinâmico; 2) Múltiplas

possui como objetivo: **1)** Fomentar uma cultura de inovação; **2)** Consolidar o papel do TCU como espaço de teste, pilotagem e risco controlado; **3)** Embasar discussões legais para que o gestor público tenha mais possibilidade de innovar com segurança; **4)** Disseminar toda essa trajetória¹⁶.

Graficamente, entendemos que a sinergia entre risco, inovação e desenvolvimento pode ser assim representada:



O gerenciamento dos riscos permite ser o elemento mitigador dessa intolerância ao erro.

Em suma, a gestão de riscos deve fazer parte indissociável da “cultura” corporativa. Portanto, se na sua instituição ainda não é assim, comece a dar atenção ao tema!

variáveis e determinantes com causalidades circulares; 3) Totalidade, transversalidade, conexões, integrações; 4) Múltiplos atores, interesses, pressões; 5) Atuações complexas: multi-institucionais, sem fronteiras políticas, em rede, com coordenação, integração etc.

¹⁶ Para conhecer mais sobre esse e outros projetos, sugerimos o acesso à palestra da Dr.^a Thais Gargantini, Coordenadora da Kayma Labs no Brasil, no âmbito da 5ª Semana de Inovação do Setor Público, que ocorreu no mês de novembro deste ano (2019), no Instituto Serzedello Corrêa. <https://www.youtube.com/watch?v=leSN8-qYyL4&list=PLCDO8oMmhbxTY5hMuJ8PnD1rdaIY3PB2e&index=11>. Assistir a partir de: 2:33:40. Acesso em 14/11/2019.