

PAULO MODESTO

DIREITO ADMINISTRATIVO DA EXPERIMENTAÇÃO

Inovação e Pragmatismo na Gestão Pública



2ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Parte I

**CONCEITO E FORMAS
DE EXPERIMENTAÇÃO
ADMINISTRATIVA**

1

DIREITO ADMINISTRATIVO DA EXPERIMENTAÇÃO: UMA INTRODUÇÃO

Quais são as relações entre inovação, regulação e eficiência no setor público? O Direito vigente oferece respostas para suportar a inovação orientada à melhoria da produtividade e qualidade da ação pública? No Direito brasileiro, sem mudanças estruturais complexas, pode-se identificar instrumental técnico e práticas capazes de incrementar a eficiência administrativa? Regimes jurídicos premiais, microsistemas temporários, *sandboxes* regulatórios, *hackathons* de seleção ou aperfeiçoamento de projetos, acordos de desempenho, processos administrativos de decisão coordenada e contratos de impacto podem alterar a arquitetura de incentivos dos formuladores e executores de políticas públicas? Normas experimentais podem ajudar a incrementar o regime jurídico administrativo, melhorar a alocação da força de trabalho e incentivar o aumento da produtividade na Administração Pública? Em que medida as leis e o orçamento público podem incorporar estratégias de estímulo à inovação e à experimentação?

Esse conjunto de perguntas vale-se de *insights* da ciência comportamental e de experiências institucionais dos últimos anos, porém contrasta com o Direito Administrativo convencional. O Direito Administrativo tradicional uniformiza, estiliza e idealiza o

“*homo administrativus*” e, à semelhança do “*homo economicus*”, pressupõe como regra um *personagem fictício*: o gestor público permanentemente capaz da melhor decisão, a partir de completa informação empírica e pleno conhecimento de seu ambiente regulatório, pronto a responder de modo ótimo aos desafios do interesse público. Esse modelo heurístico tradicional reage ao erro administrativo com intolerância e inibe a experimentação e a inovação, pois confunde regulação adequada com uniformização ou discricionariedade ótima, sendo pouco realista.

No plano concreto, a ação pública quase sempre se move em contexto de “racionalidade limitada”, pois o tempo, a informação e os recursos são escassos, o que obriga a decisão “sub-ótima” e até mesmo sujeita a efeitos de contágio, de pânico, de imitação, de medo ou de euforia inconsistentes. Além disso, em várias situações o agente administrativo atua em processos de *decisão sequencial*, reagindo estrategicamente a decisões de terceiros, que agem ora de modo convergente ora de modo concorrencial ao poder público. Nesses casos, a rigor, a “ótima” ou “sub-ótima” decisão do gestor em parte depende da reação futura ou da decisão incerta de terceiros¹. A resposta à pandemia da Covid-19 foi didática sobre o que significa o gestor público decidir em estado de incerteza severa ou incerteza em sentido estrito, “incerteza knightiana”, quando sequer as variáveis ou todas as variáveis são conhecidas e, portanto, não se consegue mensurar a probabilidade de determinados comportamentos futuros de agentes interferentes e usuários².

A aversão ao risco, natural no comportamento humano, encontra reforço nos gestores públicos, que se movimentam em ambiente de *controle multiportas*. O controle dos gestores públicos é marcado pela complexidade de órgãos dispersos em poderes

1. MODESTO, Paulo. *Café com Prosa*: crônicas de direito e reforma do estado. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 214, ou, também, em MODESTO, Paulo, “O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza>.
2. KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty, and Profit* (Boston MA: Hart, Schaffner and Marx; Houghton Mifflin, 1921). Disponível em <https://oll.libertyfund.org/titles/306>.

2

DECISÃO COORDENADA: EXPERIMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA PROCESSUAL

O processo administrativo, além da função primária de explicitar a *ordem, a forma, os ônus e as garantias exigidas para a válida e eficaz produção de decisões administrativas*, e constituir situações jurídicas subjetivas à luz do contraditório (processos restritivos e ampliativos) ou da participação administrativa (processos cívicos ou normativos), cumpre funções secundárias em sede de *organização administrativa*.

As funções secundárias a este respeito dizem menos sobre a *sequência* de atos e fatos processuais e mais sobre a *arquitetura* (ou estrutura) dos processos administrativos. Processos administrativos podem ser simples (uni setoriais) ou complexos (plurissetoriais ou plurinstitucionais), assíncronos ou síncronos, bipolares ou poligonais, isolados ou conexos a outros processos. Em expressão de síntese: os processos administrativos apresentam a função de servir de *referente da organização administrativa*¹.

1. Sobre o tema escrevo desde 1998 (conferência sobre contrato de gestão no SBDP, em 14.09.1998), com incremento a partir de 2009: cf. MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do

A arquitetura dos processos administrativos definirá se a decisão será singular ou colegial, envolvente de órgãos de pessoas administrativas diversas (*relações interadministrativas*) ou da mesma pessoa jurídica (*relações interorgânicas*). Forte nessa perspectiva, Sabino Cassesse definia o processo como o *aspecto dinâmico da organização administrativa*².

O processo administrativo atende a *funções organizativas e seletivas dos intervenientes e dos interesses objetivos em causa*: programa os órgãos intervenientes (legitimados e interessados), o tempo, o lugar e a qualidade da intervenção, e o modo de filtragem e ponderação dos interesses que serão admitidos como relevantes para a tomada de decisão.

As *funções organizativas e seletivas* explicam a razão pela qual é comum nas leis de organização administrativa a presença de disposições processuais, atinentes ao modo de coordenação, colaboração e articulação das diversas unidades do aparato administrativo.

As *funções primárias* (funções de garantia, direção, controle e legitimação democrática) e as *funções secundárias* (funções organizativas e seletivas) convivem sem hierarquia e segundo combinatórias variadas nos processos administrativos, observados os interesses públicos em causa.

contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa, in: MODESTO, Paulo (org.) *Nova Organização Administrativa*, 1ª.Ed. Minas Gerais: Fórum, 2009,p.113-169; 2ª.ed,p.115-174), disponível em <https://www.academia.edu/45494341>; MODESTO, Paulo. A Hora e a Vez das Relações Interorgânicas, in: *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 296, 09/11/2016, <https://bit.ly/rel-interorganicas>; idem, Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, 22/12/2016, em <https://bit.ly/silencio-organizacaoadm>.

2. CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Trad. Luis Ortega, INAP, 1994, p. 251.

DECISÃO COORDENADA

A decisão coordenada, prevista na Lei Federal nº 14.210, de 30 de setembro deste ano de 2021, institui *modelo procedimental facultativo de aceleração de processos administrativos complexos (interinstitucionais ou intersetoriais) e de emissão de decisões em competência administrativa discricionária de modo dialogal, contextual e concentrado*. Modelo endoprocedimental porque procedimento especial inserido acessoriamente na intimidade de outros procedimentos estabelecidos.

Na decisão coordenada é previsto um *módulo de instrução e de decisão compartilhada*, tendencialmente *síncrono e breve, destinado a estruturar a manifestação concomitante de órgãos e entidades diversas* e que de outro modo atuariam sequencialmente e isoladamente no âmbito do processo administrativo ordinário.

Ao adotar a decisão coordenada, a Administração Pública altera a *arquitetura do processo decisório em favor da sincronicidade e da concentração* de pronunciamentos dos diversos órgãos envolvidos em temas complexos. Como regra, *a decisão coordenada substitui a prática de vários atos isolados dos órgãos intervenientes por um pronunciamento formal imediato e unitário*, com vistas a *reduzir a demora no processo de decisão, sem prejuízo de preservar a pluralidade das intervenções, a análise do contexto fático e jurídico e a legitimidade da decisão a ser adotada*.

A decisão coordenada é instrumento de *concertação administrativa processual*, alternativo e experimental em face do modelo sequencial ordinário, útil para abreviar a oitiva e a decisão administrativa incidente sobre diferentes interesses setoriais. Não se destina a situações cotidianas nem ao exercício de competência vinculada. Não significa a criação de órgão colegial temporário e extraordinário ou autoriza a supressão de independência administrativa de órgãos e entidades que dela dispõem, por força da lei

Parte II

**RESISTÊNCIAS, INCENTIVOS
E DESINCENTIVOS
À EXPERIMENTAÇÃO
ADMINISTRATIVA**

17

O CONTROLE PÚBLICO E O FETICHE DA CULPA¹

É um dado de nossa cultura a *individualização* e *dramatização* da culpa como a causa dos nossos infortúnios. Se há um dano, inquire-se sobre culpados e responsáveis. Sem a interferência de culpados, não haveria dano e a ordem das coisas seguiria o seu curso regular e virtuoso.

Há muita ingenuidade nestes pressupostos. Primeiro, há danos que decorrem de atividade lícita e regular, onde é impróprio demandar a expiação da culpa ou a punição de culpados. Segundo, há danos cuja origem não pode ser individualizada, pois decorrem do próprio funcionamento das organizações. Por fim, há danos produzidos por terceiros, às vezes lícita e às vezes ilícitamente, cuja responsabilidade pode ser transferida sem que se possa atribuir culpa ao final responsável, a exemplo dos decorrentes de atos multitudinários.

O paradigma da ação ou omissão culposa como causa geral de danos apresenta ainda outras imprecisões e inconvenientes. A atividade de controle é percebida como *atividade de restauração*. Busca-se restaurar o *status quo ante*, a ordem virtuosa anterior à

1. Este texto é fragmento do prefácio que escrevi para o livro de PHILLIP GIL FRANÇA, *Controle Público da Administração Pública*, 4ª. Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

uma perspectiva diacrônica, como comunidade intergeracional, não pode ser qualificada de democrática uma decisão tomada hoje que não seja reversível democraticamente pelas futuras gerações. A política ultrapassa (ou deve ultrapassar) a dimensão de mero diálogo entre representantes e representados imediatos, para internalizar a dimensão de participação das futuras gerações. Não se trata de leitura moral de textos constitucionais, mas de compreensão alargada de direitos e deveres constitucionais.

As decisões fundamentais devem salvaguardar as condições de existência digna das futuras gerações, não por altruísmo, mas porque a Constituição é um *documento intergeracional por excelência*. É feita para proteger direitos e interesses das atuais e futuras gerações. E suas cláusulas, por isso mesmo, devem ser interpretadas sob o prisma da *sustentabilidade da própria comunidade intergeracional* (v. Raffaele BIFULCO, *Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli Edizioni, 2008, p. 69-70).

Por vezes, a Constituição estabelece limites e deveres dirigidos a gerações futuras. São exemplo as normas constitucionais que limitam as reformas constitucionais, denominadas no Brasil de “cláusulas pétreas” ou “cláusulas de eternidade” (“eternity clauses”), a exemplo do Art. 60 da Constituição Federal. Essas normas são problemáticas à luz da *justiça intergeracional* e devem ser interpretadas estritamente, assegurando a abertura ao futuro da Constituição e as possibilidades de escolha das gerações vindouras (Joerg Chet TREMMEL, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, Routledge, 2014, pp. 57-63; J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed., 9 reimp., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1436).

Na política e no direito, com clareza nova, não decidimos apenas para os que estão vivos. Decidimos para uma comunidade intergeracional, o que deve ser considerado também no controle de constitucionalidade das normas legais. Leis que promovam endividamento excessivo das próximas gerações, autorizem o

Parte III

**TEXTOS
COMPLEMENTARES**

21

LEGALIDADE E AUTOVINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DO CONTRATO DE AUTONOMIA NO ANTEPROJETO DA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Parte III • Textos complementares

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Origens do anteprojeto

No final de agosto de 2007 fui convidado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a participar de um debate em Brasília sobre o tema das fundações estatais de direito privado. Na ocasião, depois de algumas palavras sobre o assunto, pude assistir a um belo espetáculo de *desencontro de opiniões*: os participantes do encontro, provenientes de diferentes órgãos de controle e

de outubro de 2007) para defender em público, pela primeira vez, *a necessidade e a urgência de uma nova lei geral sobre organização da Administração Pública*, referindo, inclusive, a exigência contida no art. 26 da Emenda Constitucional nº 19/98 de uma ampla revisão do estatuto jurídico das entidades da administração indireta. Francisco Gaetani assistiu a esta palestra, assim como vários Secretários de Estado, que emprestaram prontamente apoio à ideia. Voltei ao tema em conferência proferida no XXXIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado na semana seguinte (Arraial da Ajuda, Porto Seguro, 9 de outubro de 2007). O texto dessas exposições, de conteúdo provocativo, foi publicado logo em seguida em forma de artigo².

Em 10 de dezembro de 2007, o *Diário Oficial da União* publicou a Portaria nº 426, de 6.12.2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, posteriormente alterada pela Portaria nº 84, de 23.4.2008, instituindo comissão destinada a elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração. A comissão foi composta pelos professores: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sunfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto, e Sérgio de Andréa Ferreira.

A Comissão concluiu os seus trabalhos com a entrega do anteprojeto ao Ministro Paulo Bernardo e ao Secretário Marcelo Viana Estevão de Moraes, atual Secretário de Gestão, em 16 de julho de 2009, depois de quinze reuniões, realizadas no interregno de dezoito meses de trabalho. Os trabalhos da comissão, não remunerados, realizados com plena autonomia, sem interferências

2. Cf. MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9-22, out./dez. 2007. O texto também foi publicado na coletânea *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, coordenada por Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 539-552, e na *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-14-JUNHO-2008-PAULO%20MODESTO.PDF>>.

22

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL: COMPLEXIDADE E TRANSPARÊNCIA

1. Organização administrativa entre mapas e roteiros

A mutabilidade das estruturas administrativas, alteradas à abertura e no curso de cada novo Governo, embaraça a transparência da organização administrativa do Estado. A própria doutrina jurídica brasileira ao cuidar do tema imuniza-se da *precariedade* e *complexidade* assumindo uma abordagem *estática e abstrata*: define espécies de entidades e órgãos, explora peculiaridades institucionais, aponta bases normativas de suporte, e as vacilações terminológicas e práticas no emprego dos formatos de organização. Em forma de síntese: organização administrativa é tópico sobre o qual a doutrina jurídica brasileira procura compor uma geografia sincrônica ou *mapa da estrutura administrativa nacional*.

A evolução histórica dos formatos de organização, a análise das relações interorgânicas e interadministrativas e a abordagem de situações que escapam às estruturas típicas são afastadas em regra do *radar doutrinário*. É evidente a importância conferida ao enfoque da *tipologia* dos componentes estruturais deste particular

*cosmos administrativo*¹, mas por outro lado essa trilha discursiva deixa à sombra um universo temático abrangente e rico: *a dinâmica da organização administrativa e das relações organizativas*.

A organização administrativa é matéria sujeita a delineamentos no plano *constitucional, legal e administrativo*, pois assume contornos estruturais e funcionais, uma vez que ao lado das medidas legislativas de criação de órgãos e de constituição ou autORIZAÇÃO de constituição de entidades públicas há um expressivo conjunto de decisões referentes à distribuição interna de competências, à estruturação orgânica e à ordenação da força de trabalho e de recursos, à delegação, avocação e repartição de competências no espaço, no tempo e entre os diversos órgãos da estrutura administrativa que não cabem ao legislador detalhar (CF, artigo 84, VI, “a”, CF). É também relevante em sede de organização a decisão do gestor de delegar ou não a terceiros a execução de serviços públicos (CF, Art. 175) ou compartilhar ou mesmo transferir para outras administrações político-administrativas estruturas, bens e informações, inclusive cadastros e informações fiscais correlacionadas (CF, arts. 241 e 37, XXII, *in fine*, CF).

1. Eduardo García de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez tornaram famosa a metáfora da “galáxia administrativa” para destacar a simplificação equivocada contida na referência a uma única Administração Pública e para salientar a existência de uma pluralidade de Administrações Públicas, isto é, de entidades dotadas de personalidade jurídica no interior da unidade global do Estado, entre as quais destacavam as Comunidades Autônomas, as Administrações Locais e cada uma das entidades institucionais e corporativas personificadas (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1974, p. 33-34). A metáfora “galáxia” ilustrava ainda a complexidade e interconexão das entidades personalizadas a um sistema político unitário. Entretanto, hoje deve-se preferir a voz “cosmos administrativo”, pois galáxia é termo técnico que nomeia determinado conjunto de estrelas, sistemas solares, planetas e objetos ligados gravitacionalmente. Cosmos é conceito mais abrangente, que alcança não apenas as galáxias, mas todos os objetos, forças, fenômenos e relações que compõem o universo, inclusive aqueles sem direta interligação gravitacional. A administração pública contemporânea, caracterizada frequentemente como policêntrica, encontra assim melhor tradução pela metáfora do “cosmos”, unidade do todo, em que as partes se associam e se relacionam sem necessariamente estarem submetidas a um único núcleo gravitacional, a exemplo dos órgãos constitucionais autônomos, que no Brasil recebem detalhada disciplina na Constituição (v.g., Ministério Público, CF, Art. 127, §§1º e 2º; Defensoria Pública, CF, Art. 134, §2º; Tribunais de Contas, CF, Art. 71; Conselho Nacional de Justiça, CF, Art. 103-B; Conselho Nacional do MP, CF, Art. 130-A).

Para o cidadão e para o acadêmico, a organização administrativa não deve ser resumida a uma *arquitetura*, a um *cenário estático* de tipos de órgãos e entidades, pois parece essencial compreender a organização em *perspectiva funcional* e identificar a *partilha dinâmica de fontes normativas em matéria de organização*.

No Brasil, há *condomínios normativos interfederativos* que realçam a *pluralidade de fontes no âmbito da Federação* (organizações administrativas disciplinadas parcialmente por normas de entidades políticas subnacionais e parcialmente por normas nacionais) e, por outro lado, *condomínios normativos intrafederativos*, nos quais há *domínios reservados* ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo em matéria de organização e, nos dois casos, *zonas de competência comum ou compartilhada entre os Poderes e entre unidades políticas*.

Para bem transitar ao interior da Administração Pública, o cidadão precisa de *mapas e roteiros*: receber informações da arquitetura e do funcionamento dos órgãos e das entidades públicas, inclusive à luz da desconcentração, da descentralização e das parcerias de colaboração, sob pena de permanecer na penumbra e afastado da *transparência organizatória* que assegure recursos de informação suficientes para controlar, participar e avaliar a atuação direta e indireta da Administração Pública. Explorar sucintamente a dinâmica e a complexidade desse universo é o objetivo deste artigo, que recorda reflexões feitas há mais de quatorze anos², reafirmadas recentemente³, e novamente ampliadas nesta

2. MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: Modesto, Paulo (org.) *Nova Organização Administrativa*: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 1ª ed., 2009; 2ª ed., 2011, p. 115-174. ISSN 978-85-7700-317-4. Na internet, disponível no endereço: <https://www.academia.edu/45494341>.
3. MODESTO, Paulo. O sorriso de Marina: organização administrativa e condomínio normativo. *Conjur - Coluna Interesse Público*. ISSN 1809-2829. Publicado em 08-06-2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jun-08/interesse-publico-sorriso-marina-organizacao-administrativa-condominio-normativo> e em <https://www.academia.edu/103121854>.