

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

NIVALDO DOS SANTOS

ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Antonio Bruno Da Silva; José Alcebiades De Oliveira Junior; Nivaldo Dos Santos. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-886-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

Prezados Senhores do Conpedi,

Nós, coordenadores do presente GT- Direitos Sociais e Políticas Públicas II, Dr. Nivaldo dos Santos, Alexandre Bueno Silva e José Alcebíades de Oliveira Junior, apresentamos neste momento um breve relato das apresentações ocorridas nesse GT para os registros do Conpedi.

Iniciou-se as apresentações com o número 1, a eficiência do saneamento básico no Brasil: entre tutela coletiva e tutelas individuais, como possibilidades de tutela processual para promover a eficácia e operatividade do marco legal do saneamento básico, articulando um diálogo entre institutos do Direito Privado, do Direito Processual Civil e do Direito Público.

Na apresentação 2 discutiu-se a gestão democrática na lei de diretrizes e bases da educação após a lei nº 14.644, de 2 de agosto de 2023 e a necessidade de ressignificação do papel e das atribuições da figura da direção escolar, e para (2) o protagonismo dos Conselhos Escolares em matéria de gestão democrática das instituições escolares de educação básica no contexto da autonomia que a lei lhes confere.

A apresentação 3 relatou a experiência da Rede Lilás Marau: prioridade pública e conectividade social para sensibilização e construção da igualdade e identificando como prioridade a cultura de paz, eis que elabora e desenvolve uma gama de políticas públicas que contribuem para a sensibilização da população acerca da igualdade de gênero e assume postura proativa e de coordenação na preponderante missão de redução dos números da violência doméstica contra a mulher.

Na apresentação 4 tratou-se da sociedade empresarial e a contribuição social do salário-educação: o fardamento escolar como política pública de assistência estudantil a promoção de acesso à educação pública que passa pelo fornecimento de fardamento ao discente. O artigo também colabora na interpretação de dispositivo legal que não permitiria a utilização de recursos da Quota Estadual do Salário-Educação, já que não seria uma despesa com manutenção de ensino.

A apresentação 5 analisa o princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento e o fundo de combate e erradicação da pobreza e o papel dos contribuintes (sociedades

empresariais) na perspectiva de cidadania empresarial na efetivação do propósito constitucional de erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Isto é, não trata tão somente de olhar a sociedade empresarial pelo aspecto da obrigação tributária, mas de sua função social.

E na apresentação 6 a formulação de políticas públicas para mães solo: uma análise da lei nº 9.192/23 de Sergipe sob a perspectiva da fraternidade e procedeu-se à análise da Lei, cuja finalidade consiste em oferecer apoio e assegurar direitos às mulheres-mães solo em situação de vulnerabilidade. Conclui-se pela relevância e a urgência de desenvolver políticas governamentais de natureza interseccional e intersetorial, a fim de promover a eficácia das políticas públicas.

A apresentação 7 tratou de Aspectos Jurídicos da Cidadania Energética. Nesse passo, representando os demais integrantes Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, presente, ressaltou importantes aspectos desse assunto, tendo acrescentado à discussão do mesmo a necessidade de uma democratização do acesso à energia como um tema fundamental para todos os atuais aspectos da vida humana.

Já na 8 apresentação Allison Carvalho Vitalino que estava presente, salientou um outro tema urgente de nossa atualidade, qual seja o relativo ao Direito Municipal, saneamento básico e meio ambiente: aspectos constitucionais e a repaginação do sistema referido. Enfim, num país desigual como o nosso, creio não ser necessário insistir sobre o quanto nos falta ainda em termos de saneamento básico.

Na apresentação de número 9, relativa ao tema Instituto da tomada de decisão apoiada: inovação ou retrocesso? Uma análise das pessoas com deficiência, responsável pela apresentação Nicole Ferreira Viana, os proponentes não se fizeram presente.

A apresentação seguinte, sobre Letramento Digital e Políticas Públicas: elementos para uma análise do Direito ao Acesso à Justiça para pessoas em situação de vulnerabilidade, os dois professores responsáveis, Paulo Sérgio Gomes Soares e Rheilla Larissa Nunes Rodrigues, realizaram a apresentação, dando margem a interessantes debates sobre os Direitos Fundamentais.

Quanto a apresentação de número 11, sobre o tema Meio Ambiente e Políticas Públicas para a Amazônia: O caso da Usina Hidrelétrica de Balbina e suas implicações socioambientais para a população local, se fizeram presentes dois dos proponentes, Nelcy Renata Silva de Souza e Rua Patrick Teixeira da Costa, estando ausente Bianor Saraiva Nogueira Júnior.

Desnecessário dizer que o tema por si só se apresentou polêmico, pois se, por um lado, busca-se o incremento das Usinas Hidrelétricas como algo tão necessárias ao desenvolvimento econômico e social, por outro se apresenta, de uma maneira sempre grave as intervenções na natureza, haja vista o perigoso aquecimento global com o qual hoje deparamos.

Enfim, das apresentações que me couberam relatar neste texto, temos o tema do Direito Social à alimentação e as políticas públicas para promoção Humana das pessoas em Situação de rua, que foi apresentado por Dirceu Pereira Siqueira, mas com a ausência de Suelen Maiara dos Santos. Comentaríamos que essa discussão é extremamente necessária em nosso país. E eu mesmo tive a honra de participar de uma obra sobre o assunto e que recebeu o prêmio Jabuti.

Na apresentação do artigo 13 o autor enfatizou a importância do direito como fenômeno profundamente interligado com a ação do Estado. Nesse sentido, apontou a necessidade da Revisão Sistemática, como método de análise, por fim, discutiu acerca da utilidade e das limitações do método, apontando vertentes para futuras pesquisas.

Na apresentação do artigo seguinte, abordou-se os impactos do crescente aumento do trabalho informal e os seus reflexos no direito à aposentadoria. Na exposição, examinou-se as possíveis razões para o aumento do trabalho informal, ao mesmo tempo que analisou os desafios enfrentados pelos trabalhadores informais em relação à previdência social. Ciente das dificuldades encontradas, sugeriu-se a necessidade de adaptação do sistema ao mesmo que defendeu que fossem criados incentivos para a formalização do emprego.

No artigo 15, analisou-se o Programa Mais Médicos, do Governo Federal brasileiro, como ferramenta biopolítica para contenção da sociedade diante do desmonte da saúde pública. Segundo o autor, o estudo surgiu da problemática existente entre o dever de promover meios para atender as necessidades da população e da promoção e sujeição dos corpos à disciplina, como variante dos discursos que lhe dão força e legitimidade.

O último artigo apresentado no GT tratou o erro como parte natural do processo de desenvolvimento das políticas públicas, defendendo a importância de espaços de tolerância para o cometimento de falhas na seara pública. Nesse sentido, buscou demonstrar que os gestores públicos não dispõem de todas as condições materiais e informacionais necessárias para a tomada de decisão. Por fim, defendeu que a regulação do erro na atividade administrativa é necessária para a experimentação no setor público, o que favoreceria a criação de um ambiente adequado à inovação e ao enfrentamento dos desafios contemporâneos.

José Alcebiades De Oliveira Junior Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (51) 9994-92477 ou (51) 3264-4732 alcebiadesjunior@terra.com.br

Nivaldo Dos Santos Universidade Federal de Goiás e Pontifícia Universidade Católica de Goiás nsantos@ufg.br (62) 9976-6355 ou (62) 3541-8099

Alexandre Antonio Bruno Da Silva Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e Universidade Estadual do Ceará (UECE). alexandre.bruno@uece.br (85) 98695-5051

**RACIONALIDADE LIMITADA E A REGULAÇÃO JURÍDICA DO ERRO:
POSSIBILIDADES PARA A INOVAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

**BOUNDED RATIONALITY AND THE LEGAL REGULATION OF ERROR:
POSSIBILITIES FOR INNOVATION IN PUBLIC POLICY**

Cesar Henrique Bruhn Pierre

Resumo

O objetivo do artigo é abordar o erro como parte natural do processo de desenvolvimento das políticas públicas, defendendo a importância de espaços de tolerância para o cometimento de falhas na seara pública. Primeiramente, serão apresentados os apontamentos acerca das disfuncionalidades do controle da administração pública, que causa externalidades negativas indesejadas, como a paralisia das instâncias públicas decisórias. Após, será delineado o panorama do tratamento jurídico dado ao erro no direito público brasileiro, especialmente após a edição da Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, fortemente influenciada pelo consequencialismo jurídico da matriz pragmatista filosófica norte-americana, e tida como resposta aos excessos do controle da atividade administrativa. Também será apresentado o viés de racionalidade limitada que condiciona todo o ciclo das políticas públicas, desde a fase de formulação à etapa de implantação. Procurar-se-á demonstrar que os gestores públicos não dispõem de todas as condições materiais e informacionais necessárias para a tomada de decisão imune a falhas. Por fim, será demonstrado que a regulação do erro na atividade administrativa é primordial para as tentativas de experimentação no setor público, a fim de propiciar um ambiente favorável à inovação e ao enfrentamento dos complexos desafios sociais contemporâneos.

Palavras-chave: Políticas públicas, Racionalidade limitada, Erro, Lindb, Controle, Inovação

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to address error as a natural part of the process of developing public policies, defending the importance of spaces of tolerance for mistakes in the public sphere. Firstly, the article discusses the dysfunctionalities of public administration control, which causes unwanted negative externalities, such as the paralysis of public decision-making bodies. Afterwards, the panorama of the legal treatment given to error in Brazilian public law will be outlined, especially after the enactment of Law n. 13.655, of April 25, 2018, strongly influenced by the legal consequentialism of the American philosophical pragmatist matrix, and seen as a response to the excesses of the control of administrative activity. It will also present the bias of limited rationality that conditions the entire cycle of public policies, from the formulation phase to the implementation stage. An attempt will be made to demonstrate that public managers do not have all the material and informational conditions necessary to make decisions that are immune to failure. Finally, it will be shown that the regulation of

error in administrative activity is essential for attempts at experimentation in the public sector, in order to provide a favorable environment for innovation and for tackling complex contemporary social challenges.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policies, Limited rationality, Error, Lindb, Control, Innovation

Introdução

A complexidade das sociedades contemporâneas vindica respostas substanciais dos atores sociais, em especial, do poder público. Os chamados *wicked problems* são cada vez mais presentes na realidade atual¹. Demandas outrora inexistentes desafiam as estruturas burocráticas estatais, ainda mais na era do chamado “Estado de Pós-Providência”, que “já não consegue prestar eficientemente a multiplicidade de serviços públicos necessários, nem consegue atender aos diferentes interesses elementares dos mais variados grupos existentes na sociedade” (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 42). É exigido, dessa forma, um aprimoramento constante dos serviços públicos prestados à população, através da “adequação das estruturas organizacionais a um contexto condicionado por variáveis novas ou modificadas” (SARAIVA, 2006, p. 24).

Desse cenário, é possível perceber a necessidade de um certo senso de criatividade no campo das políticas públicas, as quais devem ser formatadas e executadas segundo a perspectiva das sociedades atuais, profundamente integradas e dinamizadas. É exigido do “administrador público uma constante necessidade de criar novas ferramentas e adaptar a atuação estatal para atender aos novos anseios sociais” (CAMPANA, 2017, p. 203), o que representa um enorme desafio ao setor público brasileiro, ainda muito arraigado a um modelo burocratizante².

Nesse cenário em que a inovação se impõe, é de se imaginar que seja um tanto quanto natural a ocorrência de falhas na concretização das políticas públicas. Afinal, o poder público - como ficção jurídica que é - é composto por pessoas, sendo da própria condição humana errar. Contudo, no controle da atividade administrativa nem sempre se constata um campo de aceitação da falha. Formalismos excessivos e burocratizadores, numa perspectiva de “legalidade estéril” (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 38), ainda são comuns à atividade fiscalizatória, que pune o erro tão rigorosamente que acaba por gerar apagões decisórios no setor público³. Dessa feita, os gestores públicos, diante do risco elevado de

¹ Os chamados *wicked problems* são aqueles que, além da complexidade, “incorporam atributos de escala maciça, urgência e densas interações entre vários subsistemas de políticas públicas - por envolverem uma rede sistêmica de interações” (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 33)

² O Estado burocrático é entendido como um modelo deficiente, que apresenta uma série de disfunções em seu funcionamento como “o excesso de formalismo; a ‘sacralização’ dos procedimentos previamente estabelecidos e das regras, perdendo-se, até, por parte dos agentes públicos, a capacidade de compreender o seu significado e finalidade; exibição de sinais de autoridade; dificuldades de atendimento das necessidades da coletividade; despersonalização do relacionamento etc.” (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 33).

³ Para CAMPANA, o controle burocrático “caracteriza-se pela aferição da regularidade da atuação do agente público por meio da mera verificação da conformação de sua conduta ao disposto na lei” (2017, p. 202). Ainda segundo a autora, “para esse tipo de controle, mostra-se eficiente a atuação administrativa que segue,

punição pelas falhas cometidas, acabam por rezear em experimentar novas alternativas aos complexos problemas contemporâneos.

O presente artigo busca desenvolver a ideia de tolerância ao erro como necessidade primordial do setor público e autêntica condição para que haja inovação no campo das políticas públicas. Nessa perspectiva, o tema da regulação do erro no direito público e sua relação com o desenvolvimento das políticas públicas ganha relevo, pois, ao definir as margens de aceitação da falha na gestão pública, provém-se segurança jurídica às tentativas de criação de novas soluções.

Primeiramente, será apresentado o atual estágio da regulação do erro no direito público, abordando-se, em especial, as inovações promovidas pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que, ao alterar a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB, inseriu importantes disposições sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Também será apresentada a noção de racionalidade limitada no âmbito do ciclo das políticas públicas. Pretende-se demonstrar que, na maior parte das vezes, os responsáveis pela formulação das políticas públicas não estão aptos para agirem de maneira puramente racional e imunizada contra o erro.

Por fim, serão correlacionadas as ideias apresentadas, demonstrando a importância da experimentação e da tolerância ao erro para a promoção da inovação no setor público e o aprimoramento das políticas públicas brasileiras.

A regulação do erro no direito público brasileiro

Os debates contemporâneos acerca do erro no direito público partem de uma percepção quanto a existência de uma certa disfuncionalidade do controle da atividade administrativa. Parcela significativa da doutrina identifica o predomínio de um modelo de “hipercontrole” (MENDONÇA, 2018, p. 45), premido pelo pensamento de “quanto mais controle, melhor” (CAMPANA, 2017, p. 202). Muitas vezes, há uma rigidez excessiva na avaliação da gestão pública, pautada por um viés demasiadamente formalista e fomentador da “cultura do medo” (CAMPANA, 2017, p. 207), que incentiva uma “burocracia administrativa ortodoxa” de baixa tolerância a falhas (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 38).

Sobre as características da cultura administrativa que permeia o controle:

exatamente, o disposto nos atos normativos aplicáveis, independentemente dos resultados atingidos” (2017, p. 202).

A preocupação central do corpo burocrático desses órgãos [órgãos de controle], na maioria das vezes, está em buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados, e não na perseguição de uma atuação administrativa eficiente. Muitas vezes desconhecendo a realidade concreta ou a técnica utilizada, burocratas do controle tendem a agravar o quadro de ineficiência [...] A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 38).

Inclusive, há quem advogue a existência de um “direito administrativo do medo”⁴, em que a sensação perene de insegurança leva os gestores a criarem mecanismos objetivando a fuga decisória para autoblindagem perante as instâncias controladoras (SANTOS, 2020, p. 47)⁵. Nessa perspectiva, prevalece um modelo repressivo em detrimento do caráter pedagógico do controle, isto é, uma fiscalização mais preocupada em punir do que auxiliar no aperfeiçoamento da gestão pública. Conforme ressalta DIONISIO, “no limite, os excessos do controle podem causar sua sobrecarga, que ocorre quando as medidas de fiscalização da Administração Pública acabam por trazer maiores malefícios ao interesse público do que vantagens” (2019, p. 13).

Essa situação de *accountability overload* (DIONISIO, 2019, p. 10) acabar por resultar em um efeito deletério conhecido como “apagão das canetas”, fenômeno pelo qual o receio da punição leva à paralisia decisória das instâncias públicas (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206). Como consequência, escolhas importantes deixam de ser tomadas e políticas públicas acabam por não serem desenvolvidas em razão de administradores aversos à assunção de riscos⁶. Como adverte SANTOS, “o exercício medroso da função administrativa tem sérias consequências na tomada de decisão administrativa. Entre elas, o agente público

⁴ Em obra específica sobre o tema, SANTOS fornece o seguinte conceito de direito administrativo do medo: “Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público” (2020, p. 39).

⁵ Inclusive, o rigor do controle e a perspectiva perene de punição tem ocasionado a baixa atratividade dos cargos de gestão no setor público. Sobre o tema, DIONISIO aponta que “em um contexto de intolerância a equívocos, a assunção de um cargo de gestão na Administração Pública coloca em sério risco tanto as economias do profissional, quanto seu bom nome no mercado. Temerosos em comprometer seu patrimônio e sua reputação, tanto servidores concursados quanto profissionais oriundos da iniciativa privada, em um cenário de absoluta intolerância ao erro, têm todos os incentivos para fugir de cargos decisórios no setor público” (2019, p. 108). No mesmo sentido, MAFFINI aduz para uma “seleção natural reversa” no setor público, um fenômeno de “inibição dos bons gestores, os quais se afastarão da Administração Pública, deixando cada vez mais espaço para maus administradores públicos” (2021, p. 65).

⁶ Para DIONISIO, há risco de paralisia organizacional - *analysis paralysis* - pelo excesso do controle. O autor aponta para o custo econômico do monitoramento extremamente rígido da gestão pública, que acaba por desencorajar a inovação no setor público e reduzir a velocidade da máquina pública (2019, p. 12)

não se preocupa em decidir conforme o interesse público, de modo eficiente ou na busca da boa gestão pública” (2020, p. 44).

Nesse cenário sobra pouco espaço para inovação, na medida em que os agentes públicos, privilegiando a autopreservação, optam por caminhos tradicionais, já conhecidos e seguros, evitando experimentações e o desenvolvimento de novas alternativas. Dito de outra forma, o excesso do controle pode resultar no “desencorajamento a inovações e a redução da velocidade da máquina administrativa” (DIONISIO, 2019, p. 12).

Os debates relacionados aos abusos do controle acabaram por culminar na edição da Lei n.º 13.655/2018, a qual, tendo a ambição de ser “uma ferramenta capaz de contribuir para mitigar a sensação de insegurança que inibe a atuação dos agentes públicos” (SANTOS, 2023, p. 171), positivou o consequencialismo jurídico no direito brasileiro⁷.

Sob forte influência da “matriz pragmatista”⁸, foram inseridos novos dispositivos na LINDB que têm como escopo, por essência, contextualizar o exercício da atividade administrativa e seu controle, no sentido de que seja considerada a realidade da gestão na aplicação do direito, reconhecendo a importância das consequências práticas do ato de interpretação⁹. Nesse sentido, “a LINDB impõe verdadeira criteriologia decisória, de modo

⁷ A aprovação do Projeto de Lei n.º 7.448/2017, que culminou na Lei n.º 13.655/2018, foi cercada de grande polêmica e resistência, sobretudo, por parte dos órgãos de controle, que, em diversas oportunidades, manifestaram contrariedade ao marco consequencialista, a exemplo do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União (DINIZ; MENDES, 2021, p. 224–225). Nesse sentido, PALMA e ROSILHO apontam que: “Depois de tramitar longamente no Congresso [o Projeto de Lei n.º 7.448/2017], foi submetido à sanção presidencial. Nesse momento, órgãos de controle, internos e ex-ternos, reagiram. Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU) chegaram a pedir ao Presidente da República que vetasse a inclusão de novos dispositivos na LINDB. O dispositivo que versava sobre a responsabilização de agentes públicos (o atual art. 28 da LINDB) talvez tenha sido o responsável por despertar as maiores paixões. Órgãos de controle viram no dispositivo a criação de óbices à fiscalização e a abertura para desmandos e desvios. Gestores públicos, por sua vez, nele enxergaram estímulo necessário à boa gestão pública. Com vetos, a lei foi sancionada, entrou em vigor e a vida seguiu” (2021, p. 46).

⁸ Segundo MENDONÇA, as bases do pragmatismo filosófico foram dadas pelos autores Charles Peirce, William James e John Dewey. Ainda segundo o autor, calcado na obra da professora Thamy Pogrebinski, seria possível identificar uma “matriz pragmatista”, isto é, “o núcleo comum de ideias do movimento, tal como representado por seus três autores clássicos” (2022, p. 4). No mesmo sentido, OLIVEIRA esclarece que não há um conceito de pragmatismo homogêneo, havendo, na verdade, diversas formas de acepção do termo. Não obstante, segundo o autor, seria possível identificar três características comuns às várias formas de compreensão do pragmatismo, voltando-se à noção de “matriz pragmatista”, a saber: i) antifundacionalismo, que contrapõe a ideia de metafísica imutável; ii) contextualismo, em que há o reconhecimento da interpretação jurídica como prática social; e iii) consequencialismo, que realça a importância das consequências práticas do ato decisório (2011, p. 131–132). No que toca ao protagonismo do consequencialismo no direito brasileiro em detrimento do próprio pragmatismo, MENDONÇA aponta que “embora o consequencialismo seja apenas uma característica, - ainda que usual -, de diversas propostas pragmatistas, para os fins de nosso Direito ela se autonomizou, quase que ao ponto de prescindir das vertentes filosóficas que a acolhem.” (2022, p. 2)

⁹ Sobre o contextualismo - característica do pragmatismo - incorporado ao direito brasileiro por meio do artigo 22 da LINDB, PEREIRA discorre que “a expressa determinação de que o operador do direito público leve em conta os obstáculos e as dificuldades reais do gestor evidencia o caráter contextualista da nova norma ao impor principalmente ao controlador o dever de se desencastelar para desempenhar suas atividades e, com isso, considerar a realidade de urgências e escassez em que se inserem as decisões cotidianas da Administração Pública brasileira”. (2018, p. 1).

que não se pode fazer uma leitura do interesse público que esteja dissociada, dentre outros parâmetros, do prognóstico das consequências práticas” (FRANCO; VALE, 2021, p. 257).

Dentro dessa perspectiva de “primado da realidade” (DINIZ; MENDES, 2021, p. 235), admitir com franqueza a possibilidade de falha no setor público é uma forma de tratar a questão do erro de uma forma honesta e madura, passando “a percebê-lo como fonte de aprendizado e não, como atualmente, algo a ser evitado ou camuflado” (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 42). Por conseguinte, a naturalização “da tentativa e erro” como um modelo intrínseco ao desenvolvimento das políticas públicas amolda-se à perspectiva consequencialista, propiciando segurança jurídica nas relações travadas pelo poder público. Nesse sentido, LEAL aponta que “a justificação do erro nas fronteiras do direito se torna um problema central de uma concepção pragmática de desenho e funcionamento do Estado administrativo” (LEAL, 2021, p. 116).

É salutar, dessa forma, a introdução de uma cláusula geral do erro no direito público brasileiro, atualmente regulada pelo artigo 28 da LINDB, que dispõe que o agente público somente “responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 1942). Nesses termos, para que haja a responsabilização civil e administrativa do administrador, “já não mais basta a simples presença de negligência ou imprudência para que o gestor possa a vir ser responsabilizado.” (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 195). Com efeito, o equívoco que leve ao eventual insucesso de uma política pública passa a ser insuficiente para responsabilização pessoal do gestor, não mais se admitindo responsabilidade por presunções ou por culpa presumida (MAFFINI, 2021, p. 65). Inclusive, a partir da vigência da Lei n.º 13.655/2018, em havendo dúvida quanto a presença de dolo ou erro grosseiro na conduta do administrador, deve prevalecer a regra hermenêutica do *in dubio pro administrador*, isentando-o de eventual responsabilização (DIONISIO, 2019, p. 129).

É pertinente, neste momento, realizar uma análise mais detida dos requisitos para responsabilização do agente público, segundo o que prescreve a cláusula geral do erro inserida pela Lei n.º 13.655/2018

Quanto ao dolo, não há maiores dúvidas quanto à sua definição. É o agir consciente e deliberado para o ilícito. Também ocorre quando há assunção do risco da produção do resultado, o chamado dolo eventual. Em uma simplificação, “haverá dolo quando o gestor agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221). Até aqui, nenhuma novidade.

O erro grosseiro, por sua vez, é uma conduta não intencional por definição. Uma falsa percepção da realidade, seja de fato ou direito, que acaba por causar um ilícito

(BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 212). Dessa forma, o erro grosseiro ostenta a natureza de ato culposo¹⁰. Entretanto, a Lei n.º 13.655/2018 inovou ao qualificar a culpa que se faz necessária para a responsabilização do agente público, visto que o erro grosseiro invoca a noção de culpa grave¹¹. Essa é, inclusive, a definição expressamente adotada pelo Decreto n.º 9.830, de 10 de junho de 2019, que, no § 1º de seu artigo 12, conceitua erro grosseiro como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (BRASIL, 2019)¹².

Sobre a relação entre erro grosseiro e culpa grave:

Ao se utilizar da expressão “erro grosseiro”, a LINDB reconhece a relevância aos diferentes graus de culpa na responsabilização pessoal do administrador público. Por meio dela, passou-se a impor que se constate uma culpa de natureza grave ou gravíssima para que o equívoco seja considerado juridicamente inescusável, ampliando o espaço de tolerância ao cometimento de erros pelo gestor. (DIONISIO, 2019, p. 127).

É importante que haja espaços para tolerância ao erro, pois oportuniza o experimentalismo no setor público e o desenvolvimento de novos caminhos na prestação estatal. Aceitar como natural a falibilidade do gestor e a possibilidade de fracasso das políticas públicas - sem que isso implique necessariamente em punição - é propiciar um ambiente receptivo à inovação, que somente será factível em “processos dinâmicos e constantes de exercícios de tentativa e erro” (CAVALCANTE, 2019, p. 21). Dessa forma, chega em boa hora as novas disposições da LINDB, pois “era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206).

Na maior parte do tempo, as decisões dos gestores públicos são tomadas em um cenário de assimetria de informações. Nesse sentido, LEAL aponta que “o conhecimento disponível nem sempre permitirá o desenvolvimento de prognoses infalíveis. Em algumas, o erro será, ele mesmo, inevitável, caso em que não fará sentido responsabilizar o

¹⁰ Nesse mesmo sentido: “Importante frisar que o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves – ou gravíssimas. Afinal, o erro passível de ensejar responsabilidade, e assim também ocorre com o Direito Penal e com o Direito Civil, como regra, pressupõe elemento subjetivo (culpa ou dolo)” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 213).

¹¹ O conceito de culpa grave não é nova no direito brasileiro, em especial no campo civilista, que a entende como a atuação “com grosseria falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 37). O conceito de culpa grave pode ser aproximada ao de *gross negligence* do direito anglo-saxão; já no direito norte-americano, seria similar à noção de *reckless negligence* ou *wanton negligence* (NAVES; SOUZA; SÁ, 2021, p. 323–326).

¹² Ato normativo infralegal editado em 10 de junho de 2019 pela Presidência da República para regulamentar, em âmbito federal, “o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro”.

administrador” (2021, p. 116). Dessa forma, demandar o agir do poder público sem qualquer margem de tolerância à falhas é desconsiderar acriticamente esse cenário de racionalidade limitada intrínseco aos processos de tomada de decisão.

A essencialidade de espaços de tolerância ao erro mostrou-se evidente durante a pandemia. Neste difícil período em que o conhecimento científico sobre o novo vírus era escasso, as autoridades públicas tiveram que adotar medidas drásticas e profundamente impactantes rapidamente, sem saber se eram as mais eficazes e corretas. Essa foi a razão que levou à edição de diversos atos normativos para enfrentamento da emergência pandêmica, como a Medida Provisória n.º 966, de 13 de maio de 2020, que versou, especificamente, sobre “a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”¹³.

Sobre a Medida Provisória n.º 966/2020 e o contexto de sua edição:

A MP n.º 966/2020 foi editada em um cenário bastante particularizado de pandemia, em que decisões rápidas com elevado gasto público são fundamentais para enfrentar os efeitos sanitários, econômicos e sociais da Covid-19. Fato é, porém, que os gestores públicos não se sentem confortáveis em tomar decisões dessa natureza. Na verdade, a pandemia potencializou o medo que os gestores públicos já sentiam com relação ao controle. Em uma verdadeira tragédia sem precedentes, em que cientistas ainda estudam métodos para superar a Covid-19, todas as decisões públicas são tomadas com elevado grau de incerteza e baixíssima previsibilidade. Ademais, a urgência impede que sejam desenvolvidos estudos e análises que melhor informe a decisão pública. Poderia o gestor público ser responsabilizado pessoalmente caso a demanda estimada para um hospital de campanha tenha sido superestimada, sem elementos que indiquem a presença de dolo ou erro grosseiro, incorrendo em dispêndio público acima do que posteriormente se mostrou necessário? Esse gestor poderia ser responsabilizado pessoalmente, com seu próprio CPF, a ressarcir os cofres públicos? Mesmo em um momento de tamanha comoção, o comportamento natural dos gestores públicos seria manter todas as etapas de estudo, análise e consulta prévia aos controladores, deixando de decidir no tempo adequado para lidar com a pandemia. Pior, poderiam simplesmente não decidir. Se o apagão das canetas já é deletério em período de normalidade, na pandemia pode ser mortal. A MP n.º 966/2020 foi editada justamente para reforçar a segurança jurídica dos gestores públicos. Entendendo que o ambiente de tomada de decisão se tornou mais complexo e desafiador, sem garantias de que os controladores iriam manter seus entendimentos, o Governo fez esse reforço pela explicitação dos limites da responsabilização dos agentes públicos. Demarcado de forma mais clara a fronteira da responsabilidade do gestor público por seus atos, esperava-se conferir conforto decisório para que gestores públicos tomassem as providências adequadas ao

¹³ A Medida Provisória n.º 966/2020 não foi apreciada pelo Congresso Nacional dentro do prazo constitucional. Com efeito, teve sua vigência encerrada em 10 de setembro de 2020. Sobre esse ponto, MAFFINI ressalta que “o Congresso Nacional haverá de disciplinar as relações jurídicas dela emergentes, por meio de decreto legislativo a ser editado em até sessenta dias da perda de eficácia da referida medida provisória. Caso não seja editado tal decreto legislativo, restarão conservadas as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. Embora seja prudente aguardamos eventual pronunciamento do Congresso Nacional quanto ao tema, parece que a melhor interpretação sobre tal inusitada situação é a de que os fatos ocorridos durante a sua vigência haverão de ser tratados e, eventualmente, sancionados, a partir das normas contidas na MP 966/20, ainda que a apuração destes ocorra já quando não mais vigente a referida medida provisória” (2021, p. 60).

enfrentamento da pandemia da covid-19, e não aquelas esperadas pelos controladores (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 49–50).

Em grande medida, a Medida Provisória n.º 966/2020 apenas repetiu o regramento do erro dado pelo artigo 28 da LINDB (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 46)¹⁴. Isso não impediu, no entanto, que a constitucionalidade da Medida Provisória n.º 966/2020 fosse questionada perante o Supremo Tribunal Federal¹⁵. Em resumo, revisitando os mesmos argumentos lançados contra a Lei n.º 13.655/2018, foi alegado que a exigência de erro grosseiro seria contrária à regra do artigo 37, § 6º, da Constituição, que, para responsabilização do agente público, somente exigiria dolo ou culpa, sem distinção entre culpa leve ou grave. Além disso, ao criar uma espécie “anistia *a priori*” ou “salvo-conduto” dos gestores, as normas impugnadas resultariam no afrouxamento do regime de responsabilização previsto na Constituição, que imporia uma “responsabilidade reforçada” dos agentes públicos perante a sociedade¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, reputou as normas impugnadas compatíveis com o texto constitucional, dando interpretação conforme à Constituição, a fim de estabelecer critérios para densificação do conceito de erro grosseiro no sentido de excluir posturas anti-científicas da margem de tolerância do erro. Objetivou-se coibir a adoção de medidas sabidamente contrárias aos *standards* recomendados pela comunidade científica e organizações internacionais de saúde. As considerações da Suprema Corte nesse julgado, por

¹⁴ Justamente pela falta de ineditismo, MAFFINI aponta para uma possível “utilidade efêmera” da Medida Provisória n.º 966/2020, a qual apenas repetiria o regramento jurídico do erro já conferido pelo artigo 28 da LINDB (2021, p. 59).

¹⁵ A Medida Provisória n.º 966/2020 foi questionada, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio de diversas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI), 6421, 6428, 6427, 6425, 6422 e 6424. O Supremo Tribunal Federal levou a julgamento duas dessas ações, a ADI 6421, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, e a ADI 6428, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista. A ADI 6421, inclusive, tinha por objeto não só a Medida Provisória, mas também o artigo 28 da LINDB e os artigos 12 e 14 do Decreto n.º 9.830/2019. Até o momento, apenas houve apreciação da tutela de urgência requerida na petição inicial. A análise de mérito ainda não ocorreu definitivamente. O julgamento pode ser resumido da seguinte maneira: “Em 21 de maio de 2020, o Plenário do STF analisou a medida cautelar e, por maioria de votos, deferiu parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição dos arts. 1º e 2º da MP n.º 966/2020. Nos termos do voto do relator, afastou a apreciação do art. 28 da LINDB, considerando a vigência há mais de dois anos da Lei n.º 13.655/2018 e seu caráter de norma geral. O STF, em decisão liminar, afirmou que nem a MP nem o art. 28 da LINDB contêm qualquer inconstitucionalidade.” (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 46). Ao cabo, conforme voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, a Corte estabeleceu as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”

¹⁶ Resumo baseado nos argumentos constantes petição inicial da ADI 6421, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade.

via reflexa, acabam levando à conclusão indelével quanto à constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, o qual, ao contrário da Medida Provisória n.º 966/2020 que limitava a regulamentação do erro às ações de combate a pandemia, traz as margens jurídicas de aceitabilidade do erro para toda e qualquer atividade administrativa.

Assim sendo, somente em caso de dolo ou erro grosseiro - aqui entendido como culpa grave - é que se pode cogitar a responsabilização de agente público. Em não se verificando tais hipóteses, “o erro deve ser considerado parte do processo de tomada de decisões complexas” (LEAL, 2021, p. 117), imunizando, por conseguinte, o administrador de punições e outras sortes de responsabilizações¹⁷.

A restrição do poder sancionatório dos órgãos de controle, com a delimitação clara dos requisitos para seu exercício, é positiva para a gestão pública e evita abusos e distorções na fiscalização da coisa pública. Através de espaços de aceitação do erro, é possível fomentar um ambiente favorável à experimentação e honesto quanto à realidade dos processos de tomada de decisão no setor público.

Ciclo das políticas públicas e a racionalidade limitada

A assimetria de informações é situação comum aos gestores públicos que devem agir mesmo quando o conhecimento disponível seja escasso e incompleto. A atuação do gestor se dá em um contexto de racionalidade limitada que permeia todo o ciclo das políticas públicas,

¹⁷ Dentro do campo civil-administrativo, há duas esferas de responsabilização possíveis dos agentes públicos: a sancionatória e a ressarcitória. A primeira, como o nome sugere, são “as consequências imputadas ao agente que têm finalidade punitiva” (SANTOS, 2023, p. 157). São exemplos, as sanções aplicadas pelos tribunais de contas, como a multa e a inabilitação para ocupar cargo em comissão ou função de confiança. A segunda, por sua vez, não tem natureza punitiva, mas traduz uma obrigação de ressarcimento decorrente da ocorrência de dano ao erário. Com efeito, está inserida no contexto da responsabilidade civil. A doutrina administrativista tem se posicionado no sentido de que a regra do artigo 28 da LINDB - que exige dolo ou erro grosseiro - limitaria à responsabilização do agente público tanto para fins sancionatórios como ressarcitórios (SANTOS, 2023, p. 160). O TCU, no entanto, tem apresentado entendimento diverso, isto é, de que a cláusula geral do erro introduzida pela Lei n.º 13.655/2019 seria restrita à responsabilização sancionatória. Dessa forma, na hipótese de prejuízo ao erário, o agente público estaria sujeito à responsabilização ressarcitória em casos de culpa leve ou média, já que o texto constitucional - artigo 36, § 6º, da Constituição - não faria distinção entre “graus de culpa” para fins de regresso. Esse entendimento foi adotado pelo Plenário do Tribunal no Acórdão n.º 2391/2018 e reforçado recentemente no Acórdão n.º 1958/2022. É curiosa a ressalva feita por SANTOS, de que a responsabilização ressarcitória, a despeito de não possuir natureza punitiva, é a que mais amedronta os agentes públicos e os coloca em situação de maior vulnerabilidade (2023, p. 159).

especialmente as fases de elaboração e implantação¹⁸. Essa compreensão é essencial para a plena aceitação do erro como algo natural ao desenvolvimento das políticas públicas.

As ações que constituem a política pública são comumente analisadas de forma fragmentada, enquanto fases de um processo sequencial, cada qual com seu objetivo. É o que se convencionou chamar de ciclo das políticas públicas, composto, basicamente, das etapas de formulação, implementação e avaliação, que podem ser sinteticamente conceituadas da seguinte maneira¹⁹:

De forma simplificada, podemos definir as etapas da seguinte forma: a fase da formulação é composta pelos processos de definição e escolha dos problemas que merecem a intervenção estatal, produção de soluções ou alternativas e tomada de decisão; a implementação refere-se à execução das decisões adotadas na etapa prévia; por fim, a avaliação consiste na interrogação sobre o impacto da política (LIMA; D'ASCENZI, 2014, p. 51).

É frequente, no entanto, que as etapas do ciclo se misturem e influenciem umas às outras²⁰. Isso ocorre especialmente entre as fases de planejamento e implantação, já que questões não antevistas no momento do desenho da política pública acabam por se revelar durante sua execução. Inclusive, não raro há descompasso entre as aspirações dos formuladores da política e de seus executores, os quais, como regra, “não participam da fase de formulação” (LIMA; D'ASCENZI, 2014, p. 59), sendo comum a constatação de “uma grande distância entre os objetivos concebidos nos processos decisórios e os resultados

¹⁸ Cabe definir, ainda que de maneira breve, o que se entende por política pública neste artigo, pois há uma vasta polissemia quanto ao termo. No que toca à função das políticas públicas, há autores que adotam conceitos mais restritos, relacionando políticas públicas com a ideia de promoção de direitos fundamentais pelo Estado, mais precisamente dos direitos sociais de cunho prestacional. Outros entendem políticas públicas como as atividades estatais voltadas estritamente à concretização dos objetivos previstos no artigo 3º da Constituição da República de 1988, desvinculadas, portanto, da perspectiva de promoção de direitos, que até pode ser um efeito reflexo, mas não uma finalidade intrínseca (MASTRODI; IFANGER, 2019, p. 7–8). O entendimento aqui adotado é amplo, no sentido de que políticas públicas “compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração” (FONTE, 2015, p. 57). Dessa forma, reputa-se como política pública toda atuação estatal que vise a promoção de qualquer objetivo dos entes públicos, inclusive e especialmente, os direitos humanos e fundamentais incorporados ao Estado brasileiro.

¹⁹ O número de etapas varia entre os autores. Há quem defenda a existência de cinco fases: identificação, agenda, formulação, implementação e avaliação *ex post* (MONTEIRO; MOREIRA, 2018, p. 72); outros identificam sete fases no ciclo das políticas públicas, com acréscimo de fases intermediárias mais específicas, como, elaboração, execução e acompanhamento (SARAIVA, 2006, p. 33–34). A tríade aqui adotada - formulação, implantação e avaliação - acaba por sintetizar e abarcar todo o conteúdo das ações esperadas no desenvolvimento de uma política pública, ao passo que as etapas adicionais mencionadas podem ser encaradas como subfases das três etapas principais.

²⁰ O ciclo não pode ser tomado de forma rígida. Trata-se apenas de uma “ferramenta analítica” (RAEDER, 2014, p. 124) ou uma “esquematização teórica” (SARAIVA, 2006, p. 35), visto que “as fronteiras entre as fases do ciclo nem sempre são evidentes” (MONTEIRO; MOREIRA, 2018, p. 71). Nesse sentido, RAEDER adverte que “as etapas do ciclo devem ser tomadas mais como referência para a compreensão de aspectos específicos das políticas públicas, do que como uma simples sequência de etapas que sempre se sucedem da mesma forma e em qualquer política analisada.” (2014, p. 133).

alcançados de fato após a implementação de políticas públicas” (TÔRRES; SILVA JÚNIOR, 2021, p. 29). Dessa forma, acaba sendo necessário a realização de ajustes no desenho da política pública durante a fase de implantação, processo conhecido como avaliação *on-going* ou avaliação intercalar (MONTEIRO; MOREIRA, 2018, p. 72).

Portanto, é de se reconhecer que os *policymakers* não são dotados de todo o conhecimento necessário para o desenvolvimento de políticas públicas imunes a falhas, até porque, “nos processos de discussão das políticas públicas frequentemente os meios e os fins são escolhidos simultaneamente, impedindo o cálculo racional baseado nos objetivos a serem atingidos” (TÔRRES; SILVA JÚNIOR, 2021, p. 41).

Não se mostra factível o paradigma da racionalidade plena que parte da crença de que os tomadores de decisão “possuem preferências completas, transitivas e contínuas; são maximizadores de utilidade; destinam a devida atenção aos problemas, detêm capacidade ilimitada de cálculo e memória; e tomam decisões desnudadas de emoções” (TÔRRES; SILVA JÚNIOR, 2021, p. 30). A figura do “administrador Hércules” (DIONISIO, 2019, p. 1) - mente iluminada que age sempre de maneira irrepreensível, cautelosa e diligentemente (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 205) - é irreal e não pode ser tomada como paradigma para o administrador médio²¹.

O processo de formulação de uma política pública - aqui compreendido as subfases de identificação e agenda - são influenciadas pelo influxo de diversos atores sociais que disputam os espaços políticos e a destinação dos recursos públicos. Em outras palavras, o processo de política pública “não é uma ordenação tranqüila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado” (SARAIVA, 2006, p. 29). Essa multiplicidade de interesses acaba por condicionar o desenho das políticas públicas e limitar sua realização sob um ponto de vista estritamente tecnicista, havendo fatores exógenos que impedem a adoção de um processo puramente racional. Para FONTE, “em raras hipóteses a solução com melhor custo-benefício - que por sinal é algo difícil de ser alcançado na prática - poderá ser adotado sem custos políticos ou financeiros inaceitáveis” (2015, p. 64).

Disso tudo, não há como negar o cenário de racionalidade limitada que permeia todo o ciclo das políticas públicas, sendo “preciso resgatar o pressuposto que os indivíduos têm limitações cognitivas e informações incompletas sobre as alternativas de ação possíveis” (TÔRRES; SILVA JÚNIOR, 2021, p. 30). Com efeito, é indeclinável a conclusão no sentido

²¹ Trata-se de uma alegoria ao conceito de “juiz Hércules” de Ronald Dworkin, que traz um modelo ideal de julgador. Nesse sentido, SGARBI define tal figura como “um juiz-filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre humanas, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-lo” (2019, p. 166).

de que “o cometimento de erros pelo gestor é, em alguma medida, inevitável. Por maiores que sejam as precauções tomadas, a existência de riscos e incertezas e a limitação da racionalidade humana fazem com que determinados equívocos não possam ser razoavelmente evitados” (DIONISIO, 2019, p. 34).

Dessa forma, é oportuno o abandono das perspectivas das abordagens tradicionais das políticas públicas, que concebem seu desenvolvimento de forma extremamente racional e imune a falhas. Aceitar francamente a realidade da atividade administrativa, reconhecendo a complexidade inerente aos processos decisórios, é muito mais produtora para a tentativa de desenvolvimento de novas alternativas em um contexto de inovação da gestão pública.

Conclusão: experimentação, erro e inovação no setor público

Administrar não é fácil. A todo momento, é necessário fazer escolhas, desde as mais banais às mais intrincadas. Isso tudo é ainda mais dificultado em um cenário de escassez de recursos, financeiros e humanos, que marca boa parte das organizações governamentais na atualidade. O modo tradicional de funcionamento das instâncias estatais - extremamente burocratizada, que parte do pressuposto de uma racionalidade absoluta - é insuficiente para lidar com a profundidade das sociedades atuais. Nesse sentido, “os desafios mais intensos enfrentados pelos governos nos dias de hoje são aqueles que confundem interpretações tradicionais de políticas públicas como um sistema de solução racional de definição, administração e solução de problemas” (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 33).

A grande questão envolvendo os modelos tradicionais de abordagem é a predominância da crença de que a tecnicidade racionalista é suficiente para impedir o cometimento de erros durante o processo de implantação das políticas públicas, tratando qualquer tipo de falha como algo inconcebível e merecedor de censura.

Sobre as questões da abordagem tradicional:

Na abordagem tradicional, a política pública supostamente pode ser racionalizada e controlada e os riscos, mapeados e geridos por meio de outras ações que levem a sua minimização ou redução dos danos, se inevitáveis. Nesse contexto, o erro é tido como uma falha no uso das ferramentas já desenvolvidas, um erro no cálculo do gestor de políticas públicas - para alguns órgãos de controle, é visto até como negligência e má-fé do gestor -, que exigiria, inclusive, sanções administrativas. (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 47).

Portanto, é urgente a tentativa de novas perspectivas na seara pública, a partir de um ponto de vista consequencialista, que contextualiza o mundo real no processo de tomada de decisão e considera as questões práticas postas na equação. Nesse sentido, a experimentação - aqui entendida como uma “atitude propositiva, voltada para a ação e o aprendizado como elementos que conduzem a soluções mais adequadas para os usuários do serviço ou da política pública em questão” (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 42) - abre campo para a inovação no setor público.

É salutar, dessa maneira, o advento de novas abordagens experimentalistas de *design thinking* no campo público²², como, por exemplo, a testagem de novas soluções em pequena escala, com o objetivo de minimizar as consequências de eventuais falhas de políticas públicas experimentais em desenvolvimento²³. Nesse modelo, há, mesmo que implicitamente, uma aceitação do insucesso, que é tido como parte do processo de aprendizagem e aperfeiçoamento das políticas públicas.

É nesse contexto que se insere a importância da regulação do erro na gestão pública, visto que o caráter sistêmico da atividade inovativa pressupõe marcos regulatórios e jurídicos bem definidos (VALLE, 2022, p. 43). Nesse sentido, uma cláusula geral do erro no direito público provém proteção à tentativa de inovação pelo gestor, reconhecendo que o administrador médio não deve ser tomado como alguém irreal, mas “gente de carne e osso” que erra “principalmente quando tenta fazer diferente” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 215).

A regulação jurídica do erro deve ser tomada em consideração não só nas etapas de formulação e implantação, mas também na fase de avaliação *ex post* da política pública. O escrutínio da eficiência e economicidade da atividade estatal deve levar em conta as limitações materiais e informacionais dos administradores. A identificação sóbria dos erros, acertos, sucessos e insucessos, é primordial para o aperfeiçoamento da política pública.

²² Sobre a relação entre *design thinking* e políticas públicas: “As rápidas mudanças em curso no mundo contemporâneo e o reconhecimento das limitações do modelo dominante de desenvolvimento de políticas públicas (*policymaking*) apontam para a necessidade de dialogar com as possibilidades que se abrem para a administração pública, a partir da incorporação dos princípios do *design thinking* e suas contribuições tanto para a melhor compreensão de problemas públicos, quanto para a construção de soluções governamentais mais efetivas” (CAVALCANTE; MENDONÇA; BRANDALISE, 2019, p. 37)

²³ No campo da regulação, merece destaque a prática conhecida como “sandbox regulatório”, também denominada como “ambientes de testagem regulatórios”, que consiste “em iniciativas pelas quais os órgãos reguladores, durante um determinado limite de tempo e para um limitado número de agentes regulados, permitem que estes atuem sob regime regulatório diferenciado ou mais simplificado. Em troca, os participantes devem apresentar as devidas garantias que resguardem os consumidores de suas soluções testadas” (MENDES, 2022, p. 51)

Neste ponto, cabe um importante esclarecimento: defender a possibilidade do erro na gestão pública não é o mesmo que admitir decisões irresponsáveis e temerárias. Em outras palavras, “tolerância ao erro não pode significar complacência. Admite-se a falha, mas a desídia, o descuido e más gestões em geral merecem enfrentamento” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 214). Assim sendo, a conduta do administrador completamente alheia à realidade dos fatos, que desconsidere de maneira rudimentar as normas jurídicas e as melhores práticas gerenciais, deve ser enquadrada como erro grosseiro, ensejando, por conseguinte, responsabilização. Essa situação, contudo, deve ser excepcional e não tomada como regra, sendo necessário realizar a “calibragem” da fiscalização, a fim de encontrar um ponto ótimo no controle da atividade administrativa (DIONISIO, 2019, p. 17).

Somente através de espaços de tolerância ao erro será possível equilibrar a necessária coibição de irresponsabilidades com o dinheiro público e as tentativas genuínas de inovação, visando à boa administração.

Bibliografia

BATISTA JÚNIOR, O. A.; CAMPOS, S. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, v. 14, n. 155, p. 31–43, jan. 2014.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Presidência da República. Brasília, DF. 4 set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Presidência da República. Brasília, DF. 10 jun. 2019.

CAMPANA, P. DE S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, v. 9, n. 01, p. 189–216, 11 out. 2017.

CAVALCANTE, P. Inovação e políticas públicas: superando o mito da ideia. Em: CAVALCANTE, P. (Ed.). **Inovação e políticas públicas: superando o mito da ideia**. Brasília: IPEA, 2019. p. 11–25.

CAVALCANTE, P.; MENDONÇA, L.; BRANDALISE, I. Políticas públicas e design thinking: interações para enfrentar desafios contemporâneos. Em: CAVALCANTE, P. (Ed.). **Inovação e políticas públicas: superando o mito da ideia**. Brasília: IPEA, 2019. p. 29–52.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., rev.ampl ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, C. S.; MENDES, R. L. M. O primado da realidade na Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro. **Revista Thesis Juris**, v. 10, n. 2, p. 222–252, 23 dez. 2021.

DIONISIO, P. DE H. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019.

FONTE, F. DE M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCO, M. V.; VALE, L. M. B. DO. A superação do “interesse público” como conceito jurídico de aferição abstrata e apriorística: a contribuição do “consequencialismo prático” previsto no artigo 20 da LINDB. **Revista Acadêmica - Faculdade de Direito de Recife**, v. 93, n. 2, p. 242–265, 2021.

LEAL, F. A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 84, p. 109–146, 2021.

LIMA, L. L.; D’ASCENZI, L. Estrutura normativa e implementação de políticas públicas. Em:

MADEIRA, L. M. (Ed.). **Avaliação de políticas públicas**. 1ª ed. [s.l.] UFRGS/CEGOV, 2014. p. 50–63.

MAFFINI, R. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 55–70, 27 maio 2021.

MASTRODI, J.; IFANGER, F. C. DE A. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 24, n. 9, p. 03, 1 dez. 2019.

MENDES, H. C. V. **Sandbox regulatório como instrumento fomentador da inovação no Brasil**. Dissertação (Mestrado Programa de Estudos Pós Graduados em Direito)—São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

MENDONÇA, J. V. S. DE. Art. 21 da LINDB-Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018.

MENDONÇA, J. V. S. DE. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, p. 1–12, 2022.

MONTEIRO, S.; MOREIRA, A. O ciclo da política pública: da formulação à avaliação Ex Post. Em: FERRÃO, J.; PAIXÃO, J. M. P. P. (Eds.). **Metodologias de Avaliação de Políticas Públicas**. Lisboa: Imprensa da Universidade de Lisboa, 2018. p. 71–86.

NAVES, B. T. DE O.; SOUZA, I. A. DE; SÁ, M. DE F. F. DE. Erro grosseiro e responsabilização do agente público. 2021.

NOBRE JÚNIOR, E. P. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

OLIVEIRA, R. C. R. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico.

RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 256, p. 129–163, abr. 2011.

PALMA, J. B. DE; ROSILHO, A. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 45–54, 2021.

PEREIRA, C. M. Consequencialismo, Segurança Jurídica e as Alterações na LINDB (Lei nº 13.655/2018): Otimismo e Cautela. **Revista Eletrônica da PGE-R**, v. 1, n. 2, 2018.

RAEDER, S. T. O. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. **Perspectivas em Políticas Públicas**, v. 7, n. 13, p. 121–146, 2014.

SANTOS, C. R. L. DOS. “Nova LINDB”, cinco anos. Uma convocação à racionalidade das decisões. Contribuições para os casos de dano ao erário. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 2, 1 ago. 2023.

SANTOS, R. V. DOS. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2020.

SARAIVA, E. Introdução à teoria da política pública. Em: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (Eds.). **Políticas públicas; coletânea**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, 2006. v. 1p. 21–42.

SGARBI, A. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TÔRRES, A. DE M.; SILVA JÚNIOR, D. Ideias, atenção e racionalidade limitada: aspectos importantes nos processos decisórios de políticas públicas. **Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 1, p. 27–47, 15 dez. 2021.

VALLE, M. G. D. Sistemas de inovação: uma abordagem teórica para as políticas públicas. n. **Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social**, p. 39–50, 10 out. 2022.