



PUBLICISTAS

As mentiras que os administrativistas contam

É preciso refundar o Direito Administrativo sobre bases mais realistas

EDUARDO JORDÃO

26/01/2021 09:57

Atualizado em 26/01/2021 às 10:45

Crédito: Pixabay

O direito administrativo brasileiro está tradicionalmente fundado sobre duas imponentes mentiras.

Afirma-se (i) que este ramo do direito seria completo e coerente, e (ii) que estas características lhe seriam conferidas por princípios estruturantes seus, normas

mestras de todo o sistema.

Claro que ninguém acredita nestas coisas pra valer: são ficções jurídicas que têm sido mantidas, festejadas e propagadas há décadas por supostamente consistirem em engrenagens essenciais para o funcionamento deste ramo do direito. Mas será?

Ainda que tenham cumprido papel relevante num estágio evolutivo anterior do nosso direito

administrativo, hoje estas ficções não mais se justificam. Estão na base de distorções denunciadas por administrativistas de todas as ideologias e formações. São ficções com efeitos negativos reais.

É a crença na coerência e completude do direito administrativo que fornece legitimidade teórica ao profissional do direito (e, em particular, ao controlador) voluntarista, que, diante de um problema concreto, desconsidera a indeterminação (ou lacuna) normativa correspondente e alega que o direito lhe *impõe* uma única e óbvia solução, aquela que decorre da *correta* interpretação sistemática do direito... a dele, claro.

Hora de pensar em alternativas?

No artigo **“The three dimensions of administrative law”**, propus uma base teórica que reconhece a este ramo do direito três finalidades distintas, e eventualmente conflitantes: a proteção de direitos (dimensão “jurídica”); a promoção eficiente de utilidades à população (dimensão “gerencial”); e a garantia da legitimidade de escolhas administrativas (dimensão “política”).

Esta construção tridimensional tem, ao meu ver, as seguintes vantagens:

- reconhece a complexidade e conflituosidade interna do direito administrativo, superando uma concepção monística que há muito falha em capturar a realidade deste ramo do direito;
- admite a incompletude do direito administrativo e a necessidade eventual de que o seu operador *crie* soluções específicas nos contextos de lacuna ou indeterminação normativa;
- ao admitir esta necessidade de *criar* soluções não pré-determinadas pelo direito, abre espaço para considerações institucionais sobre *qual instituição* deve criá-las e como órgãos de controle devem se portar diante de eventuais *escolhas* de outras entidades;
- fomenta motivação mais realista e transparente das escolhas administrativas, exigindo do operador do direito uma maior atenção aos *tradeoffs* internos deste ramo do direito e evitando que ele se esquive desta necessidade fingindo *apenas*

aplicar a específica solução supostamente pré-concebida pelo direito, que ele teria apenas “identificado”.

Já passou da hora de reconhecer ao direito administrativo brasileiro bases mais realistas e adaptadas à sua complexidade atual. Propostas de refundação são bem vindas. A minha está lançada para análise e crítica.

O episódio 48 do podcast Sem Precedentes faz uma análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020 e mostra o que esperar em 2021. Ouça:

Sem Precedentes, ep. 48: o STF em 2020 e o que esperar para 2021



EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.