

## A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo\*

José Vicente Santos de Mendonça

### RESUMO

O ensaio defende que a verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo não ocorreu com a ascensão, teórica e prática, de ideias como a relativização da noção de supremacia do interesse público, mas com uma mudança na abordagem metodológica e conceitual da disciplina. O novo estilo de direito administrativo é pragmata, empiricista, sistematizador e assistemático, e cético em relação à centralidade do discurso jurídico. Após descrever os estilos, o texto relata os impactos metodológicos, pedagógicos e profissionais causados pelo novo paradigma. Ao final, o artigo adianta algumas das possíveis críticas ao novo estilo.

### Palavras-chave

Direito administrativo — metodologia — mudança de paradigma

*For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. Oliver Wendell Holmes, Jr. The Path of Law.*<sup>1</sup>

### 1. Introdução: objeto e roteiro

Ao contrário do que afirma parte da doutrina brasileira de direito administrativo, este texto vai sustentar que a mudança de paradigma na área não ocorreu com a relativização da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a ascensão da noção de juridicidade como argumento jurídico de controle da ação pública, ou o uso crescente do método da ponderação de interesses. Tais alterações, que são importantes, ainda se mostram compatíveis com o que este artigo irá chamar de estilo tradicional de direito administrativo.<sup>2</sup> O verdadeiro processo de ruptura de paradigmas — um processo incompleto e ainda em curso — dá-se com a ascensão dogmática e prática do novo estilo de direito administrativo.

O objetivo geral do texto é o de questionar a alegada mudança de paradigmas do direito administrativo baseada na doutrina hoje convencional. Como objetivo especial, há o propósito de esclarecer aspectos relevantes a respeito do atual momento desta seara do direito público.

O tema é relevante, pois inexiste, ao que se possa identificar na produção bibliográfica brasileira, texto que reúna as intuições aqui coligidas. O texto é relevante, ainda, pela discussão que possa vir a suscitar.

As categorias metodológicas tradicionais são de difícil aplicação a um artigo de caráter ensaístico. Seja como for, pode-se cogitar que o texto se utiliza de metodologia descritiva (descreve categorias, instituições e percepções profissionais) e exploratória (sugere hipóteses a respeito das alterações causadas pela mudança de paradigmas).

O texto, num primeiro momento, descreve o que são os dois estilos com base em suas características (itens 2 e 3). Após, ocupa-se em indicar as três grandes alterações — metodológicas, pedagógicas e profissionais — trazidas pelo novo estilo (item 4). Ele se encerra cogitando do que ocorrerá, no futuro, com os dois estilos, adiantando respostas a algumas possíveis críticas, e traçando comentários gerais (item 5).

## **2. O estilo tradicional do direito administrativo: o jurista como beletrista, filósofo ou sociólogo amador; o advogado como *homme de lettres*. A compatibilidade entre o novo direito administrativo e o estilo tradicional**

Antes de tudo, um importante *caveat*: a descrição que se segue é aproximativa. Ela identifica tipos ideais.<sup>3</sup> Mesmo que a descrição esteja correta, nenhum praticante ou escritor de direito administrativo poderá ser enquadrado em um ou outro estilo sem, no mínimo, importantes ressalvas. A segunda observação é que o artigo trata de descrever estilos, quer dizer, formas específicas de se entender e fazer algo, que, quando consolidadas, fazem nascer padrões de socialização acadêmica e profissional. Estilos são padrões implícitos; seus praticantes provavelmente não tiveram ocasião de deliberar sobre eles, mas, simplesmente, vêm-nos adotando.<sup>4</sup> Terceira observação: é discutível se a ideia de paradigma pode ser inteiramente aplicada às ciências sociais. Embora tal uso seja comum no discurso jurídico-acadêmico, é digno de nota que revisão mais rigorosa das origens do termo talvez não concordasse com a extensão.<sup>5</sup> Quarta e última observação inicial: este texto possui caráter ensaístico, e não científico. Ele se insere na espécie de conhecimento que se constrói a partir de *insights*.

O estilo tradicional de direito administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do direito como explicação da vida econômica e social. É o estilo com base no qual se deu a formação histórica dos juristas e advogados publicistas em nosso país. Quando, hoje, lê-se um manual de direito administrativo, está-se passando os olhos em narrativas construídas provavelmente a partir e sobre o estilo tradicional. Discussões sobre o conceito de serviço público, as espécies de regulamentos, ou os elementos do ato administrativo, são exemplos de uma abordagem que busca em *conjecturas de escritores de direito* ou em *decisões administrativas ou judiciais* uma resposta que vá, em maior ou menor grau, integrar certo dispositivo legal ou prática numa *tradição*.

O estilo tradicional é (i) europeizante, mas não é baseado, apenas, em autores do Velho Continente. Boa parte da produção acadêmica da América Latina é feita no estilo tradicional. Com a crescente internacionalização da academia brasileira de direito, e como Portugal, Espanha e Argentina são alguns dos principais destinos de nossos estudantes, é provável que o estilo tradicional se sofistique ainda mais em nosso futuro próximo, com praticantes aumentando seu grau de exposição a administrativistas do estilo tradicional.

O estilo tradicional é (ii) conceitualista. Ele quer entender a essência conceitual dos institutos. Sua

pergunta quintessencial é: qual é a natureza jurídica de X? A resposta à pergunta, quase sempre, é buscada em opiniões de escritores de livros jurídicos, antigos ou novos, as quais, por sua vez, ou são construídas de modo relativamente livre — é a intuição da “melhor doutrina”, reconstruída a partir de experiências práticas, “bom senso”, e fragmentos mnemônicos —, ou derivam de dispositivos legais ou narrativas de tradição.

O estilo tradicional é (iii) sistematizador. Sua localização, por excelência, são os manuais e os tratados. Ele é sistematizador, também, no método: numa obra do estilo tradicional, quase sempre há recenseamento do que outros autores disseram sobre o assunto e divisão por categorias e espécies. Ao final, a opinião do autor do texto surge como síntese, mais atual e completa, das opiniões anteriores, ou como rejeição seletiva a partir de um lugar privilegiado de autoridade intelectual. Não seria exagero afirmar que o autor do estilo tradicional expõe sua conclusão como o vértice de uma pirâmide de opiniões. Em decorrência disto, as obras do estilo tradicional costumam ser valorizadas em função da extensão. Os tratados são mais importantes do que os manuais porque, mais extensos, sistematizam mais e melhor.<sup>6</sup>

Por fim, o estilo tradicional (iv) acredita na essencialidade central do direito como explicação para a vida econômica e social. Ele é juristocêntrico. O direito deve conformar a economia e a sociedade aos propósitos do direito, que, longe de representarem o resultado da deliberação política, por vezes são apresentados quase que como autojustificados: os propósitos do direito administrativo são os propósitos do direito administrativo (ou são os propósitos “que visam atender ao interesse público”). Muitas obras do estilo tradicional não são só juridicocêntricas, mas judiciariocêntricas. A recente ascensão do papel do Judiciário incrementa tal característica. A figura do legislador é sub-representada — ele é um ignorante, um corrupto ou um populista —, e o juiz, e o juiz constitucional em especial, é super-representado: ele é um herói civilizador, e, em todo caso, alguém dotado de “prudente árbitro”.

A esta altura, é importante dizer: o estilo tradicional não é intrinsecamente ruim nem bom. Aliás, o estilo tradicional não é necessariamente sequer *old-fashioned*. Ele pode ser bastante atual; de certa forma, a sobrevivência do estilo tradicional mostra que ele é capaz de se adaptar aos novos tempos, em geral por intermédio da busca de temas diferentes dos que foram estudados em sua tradição, ou pela aplicação de novos rótulos a assuntos tradicionais, ou por meio da incorporação episódica de categorias conceituais tiradas de outras áreas, geralmente a teoria do direito ou a filosofia política.

No estilo tradicional, o administrativista teórico é um douto que, por vezes, atua como filósofo ou sociólogo diletante.<sup>7</sup> Dentro do paradigma, o advogado é, também, um *homme de lettres*, que, com longas petições coalhadas de transcrições de autores estrangeiros, convence pela erudição e pelo estilo. O estilo tradicional tem um quê de artifício.<sup>8-9</sup>

Realizada essa descrição do estilo tradicional, é o momento de desenvolver a seguinte afirmação: na forma como usualmente é ensinado e praticado em nosso país, o chamado novo paradigma do direito administrativo é, na essência, uma atualização e uma sofisticação do estilo tradicional.

Tomemos, como exemplo, os quatro principais aspectos com base nos quais, em geral, identifica-se a existência de um novo direito administrativo no Brasil: (1) a discussão sobre a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; (2) a ascensão da noção de

juridicidade como critério para o controle dos atos da administração pública; (3) o uso crescente do método da ponderação de interesses no direito administrativo; e (4) a constitucionalização-inclusão e a constitucionalização-releitura do direito administrativo. Todos esses elementos são compatíveis com o estilo tradicional do direito administrativo. Explica-se.

Quanto (1) à discussão sobre a existência, ou não, de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, fato é que as duas posições — a favor e contra — podem ser entendidas como discussões em família. Embora a tomada de consciência a respeito de abusos em função do uso de argumentos em branco seja salutar, a discussão é conceitual, fundada em categorias europeias — a afirmação do princípio é derivada da jurisprudência do Conselho de Estado francês, e sua crítica é, em parte, alemã —, e o debate possui pretensões de sistematização, eis que visa eliminar o que se imagina ser um argumento inexistente. As bases da discussão incorporam argumentos da teoria da argumentação e da teoria do direito; o debate é sofisticado, mas ainda voltado essencialmente para tornar melhor o mesmo direito administrativo que se vem pensando e praticando há séculos.

A tomada de consciência da existência de padrões mais largos para justificar a validade ou a invalidade de atos da administração pública — dentro do que se postula a existência de (2) um controle de juridicidade — faz-se, também, dentro do estilo tradicional. Diga-se o mesmo em relação à (3) ascendente importância do método da ponderação de interesses junto ao direito administrativo. Observe que o conceitualismo do estilo tradicional é compatível com a sofisticação metodológica. Na verdade, a principal consequência da admissão do controle de juridicidade é a retração da área de abrangência de conceito interno ao paradigma tradicional: o mérito administrativo. Ora, depurado em seus limites, e mais sofisticado em seus procedimentos de operação, o estilo tradicional é o grande sujeito oculto de todo esse debate.

(4) A constitucionalização-inclusão e a constitucionalização-releitura — isto é, a inclusão de conteúdos típicos de direito administrativo no texto da Constituição, e a releitura de categorias do direito administrativo à luz da Constituição<sup>10</sup> — também não testam os limites do estilo tradicional. O modelo conceitual compraz-se de constituições longas. Com mais conteúdos constitucionalizados, é maior o esforço, e daí maior a importância, do ímpeto sistematizador. A cada vez que a constituição inclui um novo conteúdo, reforça-se a crença de que só o que está no direito está na vida. E a releitura de categorias, normas e institutos à luz da Constituição é atividade que se faz para, por vezes, revitalizar conceitos — agora constitucionalizados — e sistematizar à luz da Constituição.

O estilo tradicional requer revoluções controladas de tempos em tempos. Num inventário bastante rudimentar, basta ver que, dos anos 1990 até hoje, e falando não apenas no direito administrativo, mas também do direito constitucional, as disciplinas e seus métodos já se relacionaram, em nossa vivência acadêmica e prática profissional, com a filosofia da linguagem, a filosofia moral, a filosofia política, a história e a teoria da argumentação. Mas, ao longo de todo esse percurso, a centralidade discursiva do direito reinou — é sempre *o direito* quem se relacionou (na modalidade flerte) com os outros saberes. Mas é provável que as bases dessa trajetória estejam começando a ser alteradas. É o que se passa a identificar.

---

### **3. O novo estilo do direito administrativo: o jurista como microeconomista ou cientista**

## **político de base empírica; o advogado como executivo jurídico de projetos**

A trajetória da academia norte-americana, desde o final do século XIX até meados dos anos 1970, serve de introdução para o que pode se estar vivenciando, hoje, com o direito administrativo. Christopher Columbus Landgell, diretor da Faculdade de Direito de Harvard no final do século XIX e nome da biblioteca da mesma universidade, introduziu nos EUA uma espécie de currículo tradicional, até hoje influente nas faculdades de Direito do Reino Unido e, em certo grau, da Europa (e, por derivação, no Brasil).

Ele propunha que o direito fosse uma *Wissenschaft*, uma ciência, possuidora de métodos e instrumentos próprios, com base nos quais os estudiosos poderiam chegar a conclusões razoavelmente seguras. A base na qual haver-se-ia de aplicar tais métodos eram as decisões judiciais; o resultado de tal esforço seria a identificação de princípios jurídicos nos quais as decisões foram baseadas. O corolário da postura langdelliana é que haveria, então, um corpo de conhecimento propriamente jurídico, ao qual se poderia aplicar esforço e invenção cognitivas.<sup>[11](#)</sup>

No início do século XX, o realismo jurídico criticou o nível de abstração com base no qual operava o método langdelliano: os princípios eram tão abstratos, que poderiam, ao invés de esclarecer, confundir os estudiosos. Era necessária alguma sensibilidade ao contexto econômico e social. Contudo, a partir do início dos anos 1970, com a popularização do movimento da análise econômica do direito por Richard Posner, tal sensibilidade ao contexto, que ainda era afirmada de modo genérico pelos realistas, subiu outro degrau na escala de concretude: cidadãos e juízes agem conforme à racionalidade instrumental. Eles são maximizadores de suas posições relativas em relação uns aos outros; calculam os custos e os benefícios de diferentes cursos de ação (mesmo quando tais cursos de ação envolvam agir de modo ilegal).<sup>[12](#)</sup>

O sucesso do movimento da análise econômica do direito, somado à vitória relativa do realismo, minou as bases do doutrinalismo de base langdelliana. Até hoje, não existe, com única e recente exceção, PHD propriamente dito em direito nos Estados Unidos.<sup>[13](#)</sup> Os programas de pesquisa em direito, nos EUA, assumem radicalmente a interdisciplinaridade entre o direito e outras áreas. Acabam sendo antes pesquisas sobre ciência política, economia, psicologia ou história aplicadas a aspectos legais ou de interpretação das cortes do que pesquisas que assumam e acreditem na existência de categorias jurídicas para além de seu uso na práxis profissional. De modo algo reducionista, pode-se afirmar que não existe doutorado científico em direito nos Estados Unidos (pelo menos com esse nome) porque, desde os anos 1970, senão antes, não se acredita que o direito possa constituir-se como um saber autônomo.

É claro que, no Brasil, a situação é diferente. A formação cultural de nossa academia jurídica é, por influências distintas, crente na existência de uma *Wissenschaft* jurídica. Entretanto, desde muito nosso direito também se abre à influência americana. Com a internet, a facilidade dos intercâmbios e a sedimentação da língua inglesa e do padrão do Direito americano no mundo dos negócios, tal influência vem se intensificando. O Brasil se encontra, então, próximo ao padrão europeu de academia e de prática jurídica, mas mantém os olhos firmes ao padrão americano. Boa parte da explicação pela ascendência do novo estilo de direito administrativo tem a ver com isso: com a influência americana nos negócios, e como já estamos vivendo há muito o padrão europeu, estima-se que as parcelas de novidade possam agora vir com as searas ainda desconhecidas da forma americana de se entender e praticar o direito.<sup>[14](#)</sup>

O novo estilo do direito administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social. É o estilo com base no qual são escritos alguns artigos em revistas de ponta. Publicações recentes mostram-se próximas ao estilo.<sup>15</sup> Como prática, ele existe, por exemplo, na atuação de advogados especializados em direito público auxiliando na elaboração de projetos de infraestrutura pública. Na jurisprudência, como era de se esperar, o estilo tradicional é amplamente majoritário, mas, com o tempo, é de se imaginar que o novo estilo comece a ser praticado.

Ele é (i) próximo aos métodos americanos. No que o estilo tradicional tem de europeu, o novo estilo tem de americano. É filho direto do realismo e da análise econômica do direito, mas sem se comprometer com todos os seus compromissos fundacionais. Com eles, realiza um acordo de bases rasas: adota parte de seus pressupostos e de suas intuições, mas sem se comprometer com todas as afirmações mais filosoficamente densas.<sup>16</sup>

O novo estilo é (ii) pragmatista e empiricista. Realiza pesquisas de opinião, testes de psicologia experimental, análises estatísticas de *big data*, pesquisas de campo. No que o estilo tradicional sugere lugares argumentativos com o propósito de racionalização da discricionariedade administrativa tirados de autores ou de decisões administrativas ou judiciais — os famosos *standards* —, o novo estilo propõe-se a tabular decisões, e, logo após, elaborar algoritmos que permitam identificar, bem concretamente, padrões de decisão. Só a partir daí é que ele, a partir de aportes da teoria da escolha racional, da economia comportamental e da microeconomia, sugere modestos critérios de racionalização. Talvez por isso, o novo estilo vai requerer mais esforço de profissionalização por parte da academia jurídica e dos operadores; onde, no estilo tradicional, é possível argumentar com a “razoabilidade” intrínseca da decisão, citando livros e decisões judiciais, no novo estilo é preciso indicar os estudos empíricos de apoio à conclusão.

Ele é, também, (iii) assistematizador. Ele não nutre pretensões de sistematização; lida com dados complexos demais para tanto. O novo estilo quer garantir a racionalidade possível a decisões e normas, mas não age como se o direito administrativo pudesse ser honestamente exposto em manuais ou em tratados.

O novo estilo é, ainda, (iv) descrente na centralidade do direito para a explicação da vida econômica e social. Ele deixa de *buscar apoio* em saberes diversos, mas se torna *um* com as diferentes disciplinas. Os argumentos são igualmente estatísticos, psicológicos, econômicos e jurídicos. A expressão “interesse meramente econômico, e não jurídico” — utilizada, por exemplo, para diferenciar as intervenções de terceiros inadmissíveis das admissíveis — perde parte de sua expressividade. O legislador não é aquele que, mais uma vez, “anda mal” ao produzir legislação populista, casuística ou inconstitucional, mas é um agente que, dotado da mesma dignidade profissional do juiz ou do promotor, age conforme estímulos mais ou menos racionais; cumpre ao jurista entender tais estímulos em suas razões econômicas, psicológicas e comportamentais.

Se o estilo tradicional, com maior ou menor competência, aproxima-se da filosofia política, da ética prática e da teoria da argumentação — com o propósito ora de sofisticar o discurso, ora de controlar a discricionariedade dos agentes —, o novo estilo apela à microeconomia, à ciência

política de base empírica, à psicologia social, à estatística, à matemática aplicada. Onde o estilo tradicional olha para os céus ou para si mesmo, o novo estilo olha para o chão: ele é pragmático, empiricista, modesto.

#### 4. As três alterações causadas pelo novo estilo

A ascensão do novo estilo de direito administrativo produz alterações em três searas. Há alterações (i) metodológicas, (ii) pedagógicas e (iii) profissionais.

Falemos, em primeiro lugar, das alterações (i) metodológicas. A mudança mais imediata é a exigência de uma imbricação transdisciplinar de abordagens. Hoje, o que se tem, em muitos casos, é simples justaposição de abordagens: eis aqui a economia, eis aqui o Direito, eis aqui os pontos de contato. O novo estilo quer romper fronteiras epistemológicas e, com isso, promover novos objetos de pesquisa e, possivelmente, uma nova forma de redação de artigos. No estilo tradicional, ilumina-se, por exemplo, a clássica diferença entre limitação administrativa e sacrifício de direito pelas consequências: a primeira não gera indenização, o segundo, gera. Eis aqui o que sustenta a doutrina; eis aqui o que pensam os tribunais. Tem-se o artigo concluído.

No novo estilo, a diferença entre as categorias é testada à luz de seu sentido econômico, dos estímulos psicológicos que a diferenciação produz junto às autoridades públicas (será que a existência de diferença doutrinária que torna uma prática não indenizável promoverá comportamentos de qualificação a fórceps de atuações como limitação? essa é uma boa intuição, então é hora de testá-la por meio de microtransações simuladas), do uso histórico do conceito como categoria do estilo tradicional (como a diferenciação se comportou na história da burocracia brasileira?), de sua significação estatística (qual o percentual de limitações *vis-à-vis* o percentual de sacrifícios na jurisprudência dos tribunais locais?). No novo estilo, um artigo jurídico é um esforço transdisciplinar consequente, que pretende que parte de suas conclusões possam ser testadas e replicadas.

Exemplo de raciocínio do estilo tradicional pode ser o seguinte: a Constituição da República não mencionou expressamente que, nas hipóteses de acumulação lícita de cargos e empregos públicos, deve haver limitação para a carga horária total acumulada (o art. 37, XVI, CRFB-88, só menciona que deve haver, entre os cargos, empregos ou funções acumuláveis, compatibilidade de horários).<sup>17</sup> Então, o raciocínio administrativista tradicional ou apela a um raciocínio tirado de uma pré-compreensão de constituição total, e conclui que, "uma vez que o texto da constituição nada falou", tal restrição é inconstitucional,<sup>18</sup> ou apela a razões materiais (como a razoabilidade) e conclui que a restrição é (ou, pelo menos, pode vir a ser) constitucional. Em nenhum desses dois casos se operou com algo mais do que lugares argumentativos abstratos. O novo estilo, ao contrário, partiria de um raciocínio tópico: partiria do caso (sempre um só caso ou grupo de casos). As perguntas poderiam ser: para essa hipótese, qual é o incentivo gerado ao servidor público relativamente racional com uma acumulação de funções com número ilimitado ou limitado de horas? Qual é o nível de presença física para o exercício desta e daquela função? Há superposição de conteúdos no exercício das funções? Há alguma sinergia gerada pela admissibilidade do exercício das funções? Qual é o perfil psicológico do servidor que será atraído para este cargo, caso se admita a acumulação ilimitada/limitada? *Et cetera*.

Com a renovada importância da economia, da psicologia e da ciência política, o novo estilo prefere análises de políticas públicas e de desenhos institucionais a digressões sobre a exegese jurídica em sentido estrito. A pergunta estereotípica não é mais “qual a natureza jurídica de X” — exemplo acabado do conceitualismo do estilo tradicional —, mas “quais os efeitos práticos de X no contexto Y”. Há, então, crescente desimportância de manuais, e crescente importância de artigos distribuídos pela internet.<sup>19</sup> O novo estilo de direito administrativo não existe em manuais ou em tratados, mas primordialmente em artigos curtos, provavelmente distribuídos pela internet: além de que ele descrê de sínteses sistematizadoras, no novo estilo o esforço e o rigor necessários à produção bibliográfica são, como se pode imaginar, muito intensos.<sup>20</sup>

As alterações (ii) pedagógicas também são significativas. Mercê de seu conceitualismo sistematizador, o estilo tradicional promove o conhecimento enciclopédico. Mesmo quando propõe casos para a resolução por alunos, o professor de direito administrativo estilo tradicional espera não mais do que um exercício mnemônico aplicado. O novo estilo é mais desafiador, seja para instrutores, seja alunos: ele promove o conhecimento *problem-solving* e a criatividade (dentro de amarras institucionais). Mais importante do que decorar o resumo de conteúdos feito pelo professor a partir de sua exposição em sala de aula, o aluno do novo estilo deve ser motivado a conhecer as categorias tradicionais, entendê-las apoiado nos diversos saberes com base nos quais o direito se reconstrói epistemicamente, e, especialmente, operá-las, questioná-las e propor novas categorias, sempre provisórias e sujeitas a revisões.

Além disso, por seu caráter transdisciplinar, o novo estilo estimula a formação complementar em disciplinas sociais aplicadas. É possível que, no futuro, instrutores e alunos do novo estilo contem com graduações duplas ou triplas, ou possuam especializações, mestrados e doutorados em áreas distintas às da formação básica. O jurista arquetípico do estilo tradicional é graduado em direito e possui mestrado e doutorado em direito público. Já o espectro de possibilidades, para o jurista do novo estilo, é mais amplo (o que virá a exigir, inclusive, reformulações curriculares). Ele possui graduação em direito, mestrado em economia, doutorado em ciência política, ou alguma combinação dentre tantas possíveis — inclusive, ele não precisa sequer possuir titulação acadêmica em sentido formal, o que talvez seja, associado a outros, o perfil desejável, pois o graduado livre-pensador pode gerar *insights* perceptivos que vieses de especialização e/ou anos e anos de institucionalização hajam embotado.

As mudanças (iii) na profissão de advogado são igualmente importantes, e nem de longe se limitam ao advogado especialista em direito administrativo. Em primeiro lugar, é importante cogitar da sugestão de que advogados de direito público não ganham mais para responder perguntas, mas para estruturar projetos. Se o advogado não se tornar — na verdade, ele já se tornou — um verdadeiro parceiro cognitivo do empreendedor ou do poder público na construção de projetos, ele corre o risco da obsolescência tecnológica. O advogado estilo fazedor de petições, exceto para casos específicos, pode ser substituído por formulários, petições encontradas na internet ou quetais. Seu valor de diferença é baixo. Associada a isso, há a exigência de sofisticação intelectual e de abertura da abrangência de conhecimentos, e não a de erudição, como no estereótipo do estilo tradicional (o erudito que escreve tratados). Há, por exemplo, em certos casos, a necessidade de se possuir conhecimento operacional em microeconomia e em contabilidade. A cada dia mais haverá menos possibilidades de delegação de atribuições para a área técnica. O advogado do estilo tradicional, que, ao divisar operação aritmética, “manda o



assunto ao contador”, será substituído pelo generalista versado em matemática, capaz de esboçar estatisticamente os riscos jurídicos associados a alguma tomada de decisão.

## 5. Considerações finais

Num texto de caráter ensaístico, é possível cogitar não só sobre o presente, mas também sobre o futuro. O parágrafo a seguir representa tal exercício de futurologia.

A sugestão mais imediata é a cisão entre o desenvolvimento dos estilos: o estilo tradicional vai se hipersofisticar, até se tornar uma profissão acadêmica especializada, como é, hoje, a filosofia universitária — ou, em outro rumo, provavelmente simultâneo ao primeiro, o estilo tradicional vai se reduzir até se esgotar na manualística ou na literatura preparatória para concursos públicos. É um futuro em três pontas: o conceitualismo acadêmico, os manuais e os concursos. O novo estilo também vai crescer. Mas, primeiro, a tendência será que se torne conhecido nas universidades e na prática; seu caminho é a popularização via massificação, e, só então, a sofisticação técnica.<sup>21</sup>

A seguir, críticas são lançadas, e, após, tece-se comentário a respeito delas. Então, segue-se um comentário geral e uma nota de encerramento.

*O novo estilo é, apenas, a análise econômica do direito.* Não é, embora a análise econômica do direito seja um de seus traços mais salientes. Ele é uma imbricação radical de abordagens disciplinares, acoplado a um propósito pragmático-constructivo.

*O novo estilo é americano, e, por isso, ele é ruim.* Sua raiz é a academia americana contemporânea, e não há mal nisso. Há uma piada que afirma que, se alguém quiser saber como eram as faculdades de direito nos EUA há 50 anos, basta analisar como são, hoje, as faculdades do Reino Unido. Embora a piada pressuponha uma superioridade entre os estilos, há, nela, alguma informação aproveitável: o estilo conceitual e sistematizador da academia europeia (para a realidade brasileira, importa mais a experiência de Portugal, Espanha e Alemanha do que a do Reino Unido) se contrapõe à abordagem interdisciplinar americana. Mas, é certo, não precisamos e não devemos viver a vida dos outros: assim como nosso estilo tradicional não é o estilo espanhol, português ou alemão — ele é, por exemplo, caracteristicamente sincrético<sup>22</sup> —, nosso novo estilo não precisa ser a tropicalização da academia ou da prática jurídica americana. Temos condições de ir além do deslumbramento, que mascara a crítica, ou da rejeição por princípio, que obscurece o que há de útil.

*Os dois estilos não podem ser complementares.* Errado. Apesar do uso das palavras “tradicional” e “novo”, o novo estilo não irá suplantará o estilo tradicional em curto ou médio prazo. Exceto, talvez, quanto à abordagem pedagógica, não há nenhuma pressuposição de melhoria ou de piora na comparação entre os estilos (o que há é uma diferença no nível de informação e de complexidade de premissas e métodos). O que leva à seguinte afirmação: adeptos do novo estilo podem e devem fazer uso do estilo tradicional, especialmente em ambientes em que produzir um estado de persuasão seja importante (como é o caso da prática advocatícia). É improvável, por exemplo, que, a curto prazo, petições processuais redigidas no novo estilo sejam especialmente persuasivas. O novo estilo deve ser apresentado de modo gradual, e, estrategicamente, a partir de argumentos típicos do estilo tradicional (o princípio constitucional da eficiência, por exemplo, mostra-se

promissor para fundamentar argumentos leves produzidos a partir da análise econômica do direito). Pode-se mesmo pensar que o futuro venha a, brasileiroamente, inventar uma síntese dos dois modelos.

*O novo estilo traz seus próprios riscos.* De fato. A preocupação com a pesquisa empírica junto ao direito, que talvez não seja tão nova assim — abordagens sociológicas e antropológicas junto ao direito vêm fazendo isso desde sempre —, pode se tornar um modismo, e, com isso, redundar em pesquisas malfeitas. A preocupação pode, ainda, fetichizar-se, ao ponto em que só se considere relevante o texto baseado em algum tipo de pesquisa empírica — o que é um óbvio equívoco reducionista. E há os riscos associados à transdisciplinaridade: transitar por vários saberes aumenta significativamente os problemas associados a erros, incompreensões e dificuldades de hibridação. Por fim, há, por assim dizer, um metarrisco: o risco maniqueísta de opor o novo estilo ao estilo tradicional, como se um fosse melhor do que o outro (não são: são diferentes).

\*

No início deste texto, afirmou-se que o estilo tradicional é uma abordagem que busca em *conjecturas de escritores de direito* ou em *decisões administrativas ou judiciais* uma *resposta* que vá, em algum grau, e com alguma margem para inovações controladas, integrar um dispositivo legal numa *tradição*. Diante disso, o que seria o novo estilo do direito administrativo? A essa altura do artigo, é possível afirmá-lo: é uma abordagem interdisciplinar que busca em *dados tirados da experiência* uma *hipótese* que sirva a reconstruir uma prática ou uma norma jurídica numa ambiência de *inovação substantiva*.

Em termos menos sistemáticos, é possível concluir dizendo o seguinte: o futuro chegou ao direito administrativo brasileiro, e ele não é um novo-velho princípio, um novo autor, ou uma nova tendência jurisprudencial: ele é uma nova *formação* e uma nova *prática*.

## **The real paradigm shift in Brazilian Administrative Law: changing from a traditional to a modern view of the field**

### **ABSTRACT**

This essay argues that the real paradigm shift in Brazilian Administrative Law did not come neither from substantive changes in core doctrinal concepts such as “public interest” nor from the widespread acceptance and use of the balancing technique into the field. Instead the real new paradigm of Brazilian Administrative Law arises out of radical recent changes in methodological and conceptual approaches to the field. New Brazilian Administrative Law is thus pragmatic, prone to the use of empirical methods, not as systemic as the old view, and skeptic to Law-based narratives of life, politics, and economics. The text describes the styles, and then summarizes methodological, pedagogical, and professional effects that arose thanks to this new view of the field. The article concludes taking on some possible critique of the new approach.

### **Keywords**

Brazilian administrative law — methodology — paradigm shift

## Referências

AARNIO, Aulis; TAMMELO, Ilma. *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik/On the advancement of theory and technique in law and ethics*. Berlim: Duncker & Humblot, 1981.

ABRAMOVAY, Pedro. Eu acompanho. *O Globo*, Rio de Janeiro, 25 ago. 2013.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CURY, Vera de Arruda Rozo. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Editora Unicamp, 2002.

DWORKIN, Ronald. Deben nuestros jueces ser filósofos? Pueden ser filósofos? *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México, v. 32, 2010. p. 7-29.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUERRA, Sérgio. *Discricionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of law*. Disponível em: <[http://constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2013.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MARISTRELLO PORTO, Antônio; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito e economia entre dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Do bacharelismo à bacharelise: reflexos desses fenômenos nos cursos jurídicos ao longo do tempo. In: \_\_\_\_\_. *Ensino jurídico, literatura e ética*. Brasília: OAB, 2009.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Ensinando Direito em 2053, um exercício de futurologia. *Consultor Jurídico*, 15 set. 2013.

PECZENIK, Alexander. *The basis of legal justification*. Malmö: Infotryck AB, 1983.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; MONTEIRO DE OLIVEIRA, Márcia Gardênia. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim, Weber*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 622-667.

STROPUS, Ruta K. Mend it, bend it, and extend it: the fate of traditional law school methodology in the 21st century. *Loyola University Chicago Law Review*, v. 27, p. 449-498, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. *University of Chicago Public Law Working Paper*, n. 147, 2007.

---

\* Artigo recebido em 2 de novembro de 2013 e aprovado em 3 de dezembro de 2013.

1 O texto integral (em inglês) está disponível no seguinte endereço eletrônico: <[http://constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2013.

2 A importância da ascensão teórica e prática desses lugares argumentativos e ferramentas metodológicas é grande. O direito administrativo brasileiro, de raízes antiliberais, tornou-se menos autoritário graças às potencialidades despertadas por diversas obras. Cite-se, desenvolvendo os argumentos mencionados no texto, exemplificativamente, o seguinte: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

3 A noção de tipo ideal é associada à obra de Max Weber. Leia-se, nas palavras do próprio, uma definição para o termo: "Um conceito ideal é normalmente uma simplificação e generalização da realidade. Partindo desse modelo, é possível analisar diversos fatos reais como desvios do ideal. Tais construções (...) permitem-nos ver se, em traços particulares ou em seu caráter total, os fenômenos se aproximam de uma de nossas construções, determinar o grau de aproximação do fenômeno histórico e o tipo construído teoricamente. Sob esse aspecto, a construção é simplesmente um recurso técnico que facilita uma disposição e terminologia mais lúcidas". WEBER, Max. As rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; MONTEIRO DE OLIVEIRA, Márcia Gardênia. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim, Weber*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 103.

4 O termo estilo não é empregado usualmente em textos de ciências sociais aplicadas. Ele deriva da história da arte.

<sup>5</sup> A expressão “paradigmas” e “mudança de paradigmas” é tributária de Thomas Kuhn (cf. KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005). Mas, de fato, há dúvida sobre se a ideia de paradigma pode ser aplicada às ciências humanas. Os exemplos do autor são retirados da física e da química. Há trechos em que Kuhn se refere à falta de desenvolvimento de instrumentos científicos como obstáculo à solução de anomalias presentes em um paradigma em substituição, e só um infinito amor pela analogia poderia torná-los aplicáveis ao direito. A resposta à questão — *a “metodologia do paradigma” pode ser aplicada à ciência jurídica?* — fica longe do consenso. Alguns autores desenvolvem a ideia de “paradigma jurídico”. É o caso de Aulis Aarnio, para quem um paradigma da dogmática jurídica consiste (a) num conjunto de compromissos prévios e/ou de pressupostos filosóficos “de fundo” quanto ao objeto da pesquisa jurídica, (b) num conjunto de pressupostos quanto às fontes do direito, (c) num conjunto de princípios e regras metodológicas, (d) num conjunto de valores comuns aos pesquisadores que trabalham no paradigma. (Aarnio, *On the Paradigm Articulation in Legal Research*, p. 51 ss, *Rechtstheorie Beiheft*, v. 3, 1981, Berlim, depois republicado numa compilação bilingue organizada por Aarnio e Ilma Tammelo, *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik/On the advancement of theory and technique in law and ethics*. Berlim: Duncker & Humblot, 1981). A dúvida surge a seguir, levantada por Peczenik (PECZENIK, Alexander. *The basis of legal justification*. Malmo: Infotryck AB, 1983, p. 130, o primeiro destaque consta do original): “A dogmática jurídica possui alguns pontos de partida que se deve tomar sem discussão. Dúvidas a respeito destes pontos devem ser *excluídas* de seu universo de discurso. *E, no entanto, ela contém diversas escolas que, ao contrário dos paradigmas da ciência, não possuem barreiras delimitadas, e podem mesmo eventualmente cooperar na resolução de problemas*”. Será legítimo, então, falar de “paradigmas” da ciência jurídica? Peczenik acredita que, da metodologia khuniana, duas coisas podem ser aproveitadas: o fato de que a ciência jurídica deva assumir determinadas posições prévias — “*take something for granted*” (Ibid., p. 134) — e a ideia de que as várias escolas de pensamento jurídico talvez sejam incomensuráveis. “Mesmo que a teoria de Khun deva ser interpretada com cuidado e, talvez, suavizada, ela nos fornece um valioso ponto de partida para nossa discussão sobre a pesquisa jurídica.” (Ibid., p. 130)

<sup>6</sup> Exemplo da significação cultural do estilo tradicional em nosso país é a referência ao estilo coimbrão de redigir teses e ministrar aulas: teses extensas, e, em boa parte, conceituais; aulas em estilo de conferência, com reduzida participação discente. Ver, por exemplo, PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Ensinando direito em 2053, um exercício de futurologia. *Consultor Jurídico*, 15 set. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-set-15/segunda-leitura-ensinando-direito-2053-exercicio-futurologia](http://www.conjur.com.br/2013-set-15/segunda-leitura-ensinando-direito-2053-exercicio-futurologia)>. Acesso em: 2 nov. 2013.

<sup>7</sup> V. DWORKIN, Ronald. Deben nuestros jueces ser filósofos? Pueden ser filósofos? *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México, v. 32, 2010.

<sup>8</sup> É, no entanto, bastante difícil isolar, para a realidade brasileira, o que é incidência do estilo tradicional, e o que é manifestação de um fenômeno clássico e mais geral de nossa formação histórica: o *bacharelismo* — a ocupação de posições de poder por bacharéis em direito — que se transmuta em *bacharelise*: aquela cultura jurídica “formalista, retórica, individualista e juristicista”. Desenvolver em CURY, Vera de Arruda Rozo. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Editora Unicamp, 2002; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Do bacharelismo à bacharelise: reflexos desses fenômenos nos cursos jurídicos ao longo do tempo. In: MEDINA, Paulo Roberto de

Gouvêa. *Ensino jurídico, literatura e ética*. Brasília: OAB, 2009.

<sup>9</sup> Exemplo de estilo tradicional, não exclusivamente aplicado ao direito administrativo, é o estilo de votação e de redação dos votos no Supremo Tribunal Federal (STF). Os votos são extremamente longos, digressivos e recheados de citações. Com isso, tem-se resultado antipedagógico, pouco transparente, de difícil execução (o caso Raposa Serra do Sol talvez demonstre o ponto), e, por vezes, incoerente. Para a crítica, ver, por exemplo, ABRAMOVAY, Pedro. Eu acompanho. *O Globo*, Rio de Janeiro, 25 ago. 2013.

<sup>10</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741.

<sup>11</sup> A assertiva é bem sugerida no seguinte trecho: "O Direito, considerado como ciência, consiste de certos princípios ou doutrinas. Conhecê-las e sabê-las aplicar com segurança e facilidade à sempre confusa meada dos negócios humanos, é nisso que consiste um verdadeiro advogado; e, assim, adquirir tal competência deve ser o propósito de todo estudante sério de Direito". (No original: "*Law, considered as a science, consists of certain principles of doctrines. To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs, is what constitutes a true lawyer; and hence to acquire that mastery should be the business of every earnest student of law*"). LANGDELL, Christopher Columbus. A selection of cases in the law of contracts. In: STROPUS, Ruta K. Mend it, bend it, and extend it: the fate of traditional law school methodology in the 21st century. *Loyola University Chicago Law Review*, v. 27, p. 449, 1996.

<sup>12</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011.

<sup>13</sup> A exceção é o PHD em direito lançado em 2012 pela Faculdade de Direito de Yale. Muitas universidades oferecem uma graduação máxima chamada SJD, destinada essencialmente a estrangeiros portadores de títulos de mestre em direito por universidades americanas.

<sup>14</sup> Há, assim, razões pragmáticas — a economia e o direito americanos são, hoje, influentes — e razões neófilas (a busca de novas fronteiras cognitivas; a procura por novos conteúdos) que justificam a ascensão do novo estilo. Tais razões frequentemente se misturam (por exemplo, professores de direito estão pressionados a buscar, por questões de conquista ou manutenção de prestígio, novos temas e abordagens).

<sup>15</sup> MARISTRELLO PORTO, Antônio; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito e economia entre dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

<sup>16</sup> É de ver que, se o Brasil e o mundo vão se tornando, para o bem ou para o mal, a cada dia mais norte-americanos, e se o direito é um "saber local" — um modo de vida normativo —, quando as condições desse modo de vida se tornam mais americanizadas, é esperável que o próprio método jurídico se americanize. GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1997. Para a definição de um acordo de bases rasas, isto é, teorizado de modo incompleto, ver SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in

Constitutional Law. *University of Chicago Public Law Working Paper*, n. 147, 2007.

[17](#) Art. 37. (...) XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (...).

[18](#) Conferir a crítica dessa estrutura argumentativa em AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114.

[19](#) Pode-se até conjecturar de momento que o novo estilo do direito administrativo terá artigos científicos distribuídos por intermédio de sistemas como os que, hoje, são usados para a distribuição de textos econômicos e matemáticos.

[20](#) É verdade que o modelo dos manuais já não se sustenta nem econômica nem conceitualmente — e isso vale para ambos os estilos de direito administrativo. O público consumidor primário dos manuais, os alunos de graduação, utiliza-se de cópias escaneadas obtidas na internet; ou, então, não se utiliza mais deles, preferindo transcrições de gravações de aulas. O público consumidor secundário são os professores de direito administrativo, mas estes, em geral, recebem os livros de graça, como esforço de divulgação. É curioso como, no momento em que deixaram de possuir relevância conceitual e significado econômico, os manuais passam a proliferar. A explicação pode ser que os manuais deixaram de ser guias de estudo e se tornaram instrumentos de divulgação pessoal. Em certo momento do livro *Direito administrativo para céticos*, Carlos Ari Sundfeld se pergunta quem escreverá um novo manual significativo para as próximas gerações (à semelhança dos de Hely Lopes Meirelles ou Celso Antônio Bandeira de Mello). Apesar das excelentes opções hoje disponíveis no mercado, a resposta provável é: ninguém — o tempo da relevância dos manuais passou. V. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

[21](#) Isso como grande tendência. É óbvio que textos de ponta continuarão sendo produzidos.

[22](#) Detectando (e criticando) o sincretismo de nossa teoria da interpretação constitucional, ver AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.