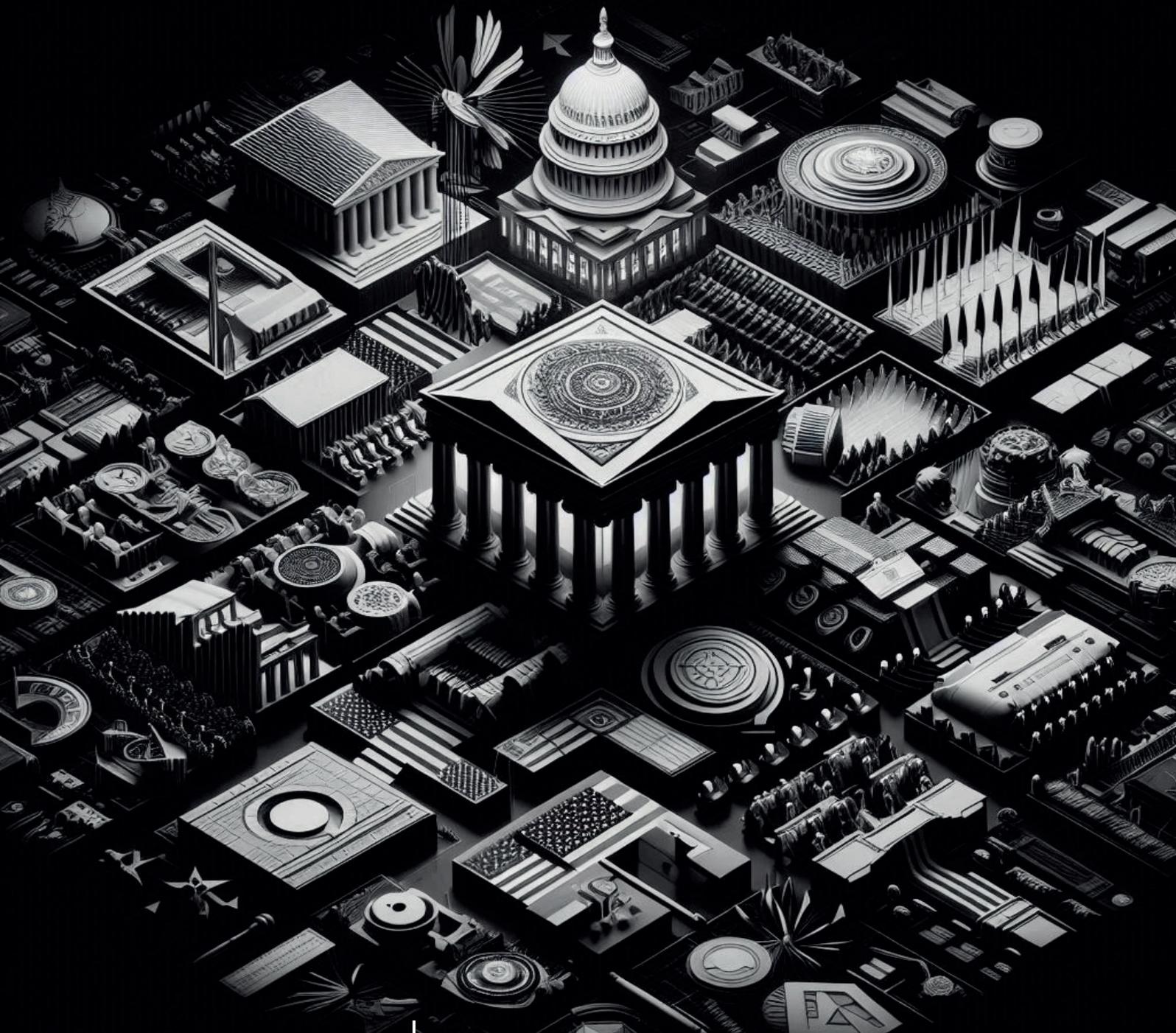




OS PRINCÍPIOS, OS FINS E OS MEIOS: POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO

LUCAS FUCCI AMATO E RODRIGO MARCHETTI RIBEIRO



RESUMO

Princípios são parte inafastável da teoria jurídica e da prática (não só judiciária) atual, mas há muitos entendimentos sobre tal conceito e sobre sua relação com regras e políticas públicas. Uma das versões mais correntes é a teoria dos princípios de Ronald Dworkin. Ocorre, porém, que o pensamento de Dworkin desenvolveu-se gradativamente no sentido da tese de que as controvérsias jurídicas têm uma única resposta certa do ponto de vista do juiz. Partindo de uma situação do modelo dworkiniano entre seus antecedentes e concorrentes, este artigo investiga se tal teoria pode ser também aplicável como parâmetro descritivo e corretivo para a tomada de decisões na Administração Pública em um Estado Democrático e Social de Direito, tendo em vista, especialmente, que a Administração não está adstrita, seu processo decisório, aos termos iniciais delimitados em uma lide; está sujeita a mudanças de orientação política na direção de seus quadros burocráticos; tem a pretensão de legitimar-se pela participação dos interessados na produção dos atos administrativos; e depende de uma margem de discricionariedade e revisabilidade de seus atos para responder à demanda de experimentação e corrigibilidade na implementação das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE:

PRINCÍPIOS JURÍDICOS; POLÍTICAS PÚBLICAS; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; INTERPRETAÇÃO JURÍDICA; ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

ABSTRACT: Principles are an inescapable part of current jurisprudence and legal (not just judicial) practice, but there are many understandings of this concept and of its relation with rules and public policies. One of the most current versions is Ronald Dworkin's theory of principles. However, Dworkin's thought gradually developed towards the thesis that legal controversies have only one right answer from the judge's point of view. Starting from a situation of the Dworkinian model among its antecedents and competitors, this paper investigates whether this theory can also be applied as a descriptive and corrective parameter for decision-making in the Public Administration in a Democratic and Social State of Law, especially in view of the fact that the Administration is not bound, in its decision-making process, to the initial terms delimited in a dispute; it is subject to changes in political orientation in the direction of its bureaucratic staff; it claims to be legitimized by the participation of those interested in the production of administrative acts; and it depends on a margin of discretion and reviewability of its acts to respond to the demand for experimentation and corrigibility in the implementation of public policies.

KEY-WORDS:

LEGAL PRINCIPLES; PUBLIC POLICIES; PUBLIC ADMINISTRATION; LEGAL INTERPRETATION; SOCIAL AND DEMOCRATIC RULE OF LAW



**É MUITO QUADRO PR'UMA PAREDE
É MUITA TINTA PR'UM SÓ PINCEL
É POUCA ÁGUA PRA MUITA SEDE
MUITA CABEÇA PR'UM SÓ CHAPÉU
MUITA CACHAÇA PRA POUÇO LEITE
MUITO DELEITE PRA POUÇA DOR**

**É MUITO FEIO PRA SER ENFEITE
MUITO DEFEITO PRA SER AMOR
É MUITA REDE PRA POUÇO PEIXE
MUITO VENENO PRA SE MATAR**



**MUITOS PEDIDOS PRA QUE SE DEIXE
MUITOS HUMANOS A PROLIFERAR
SE EM TERRA DE CEGO QUEM TEM UM OLHO É REI
IMAGINE QUEM TEM OS DOIS**

(DO MUITO E DO POUÇO, OSWALDO MONTENEGRO E ZÉ RAMALHO, 2007)

RONALD DWORKIN REIVINDICA QUE PROBLEMAS JURÍDICOS, MESMO EM “CASOS DIFÍCEIS”, PODEM APENAS TER UMA SOLUÇÃO CORRETA SEGUNDO A TEORIA JURÍDICA. ELE COM ISSO JUSTIFICA A REVERSÃO A PRINCÍPIOS MORAIS NO DIREITO. COMO SE VÊ, PORÉM, ISSO NÃO SIGNIFICA DIZER QUE A CORREÇÃO POSSA SER PROVADA. APARENTEMENTE APENAS SIGNIFICA QUE UM JURISTA QUE LEVE O DIREITO A SÉRIO DEVE SER ABENÇOADO COM UMA SUFICIENTE FALTA DE COMPREENSÃO DAS OPINIÕES DOS OUTROS. O RACIONALISMO OCIDENTAL EM SUA FASE FINAL DIFICILMENTE PODERIA TORNAR SUA PRÓPRIA FRAQUEZA MAIS CLARA.

Luhmann, Niklas. *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998 [2992], p. 27.

WORLD OF LAW

A emergência do Estado Democrático e Social de Direito como paradigma para a atuação do Estado (e, pois, para a Administração Pública) não correspondeu apenas ao declínio do antigo paradigma do Estado de Bem-Estar Social ou à crise gerada pelos choques do petróleo dos anos 1970. Equivale também à substituição de um paradigma de legalidade estrita por um de juridicidade, dando azo a uma atuação administrativa fundamentada não somente nas regras, mas também nos princípios e nas políticas públicas.

É nessa linha que faz sentido perguntar como diferentes teorias que distinguem tais tipos de normas ou razões jurídicas, morais e políticas adequam-se ou não — seja descritivamente, seja normativamente — ao modelo de Estado pretendido. A teoria de maior repercussão sobre o tema corresponde àquela formulada por Ronald Dworkin como resposta à versão de positivismo jurídico apresentada por H.L.A. Hart na década de 1960.

A teoria dos princípios de Dworkin busca resguardar o papel dos direitos enquanto proteções previamente reconhecidas pelo Direito (jamais discricionariamente criadas *a posteriori*, por juízes decidindo casos concretos) e

fundadas em sua justificação moral (deontológica), opondo-lhes eventualmente decisões de políticas públicas baseadas em justificações utilitárias, agregativas de preferências da comunidade. Entretanto, nossa hipótese é de que tal contraste pode falsear o papel do raciocínio instrumental ou pragmático que se dá na Administração Pública — arena na qual, sob o constrangimento de recursos escassos com diferentes possibilidades de alocação, tem papel central um juízo sobre meios e fins, em todas as fases das políticas públicas e na edição dos atos administrativos que as embasam, desde seu planejamento ampliado e reversível, passando por sua implementação experimental e culminando no monitoramento contínuo dos efeitos e custos de tais políticas. Será que a teoria dos princípios de matiz dworkiniano, pensada tendo em vista o cenário judiciário, e com a sua controversa tese de que há uma resposta correta para cada caso, é realmente compatível com os postulados do Estado Democrático e Social de Direito, especialmente com a democratização (participação dos interessados) da produção dos atos administrativos e com seu caráter experimental e corrigível (que justifica a discricionariedade e revisabilidade nos

juízos da Administração)? É esta a questão que será investigada neste trabalho.

Para analisar a questão proposta e investigar a hipótese sugerida, o texto situa a teoria interpretativista dworkiniana em meio a antecedentes teóricos sobre o papel dos princípios e das políticas públicas no discurso jurídico, também posicionando o modelo dworkiniano diante de alternativas e discussões posteriores que se desenvolveram no campo da Teoria do Direito. O estudo conclui pela dificuldade de migrar, sem mediações, teorias interpretativas formuladas desde o ponto de vista jurisdicional para descrever ou criticar a produção e interpretação do Direito realizada pela Administração. Defende a necessidade de correlacionar uma visão de interpretação jurídica adequada com cada arena decisória do Direito, abordando no caso as especificidades organizacionais e procedimentais da burocracia pública como moldura institucional que contextualiza os limites e possibilidades da interpretação jurídica produzida nessa ambiência.

Defendemos que a teoria jurisdicional de Dworkin não serve para parametrizar a interpretação do Direito realizada pela Administração Pública.

Se simplesmente transportada do papel do juiz para o do administrador, tal teoria não se revela compatível com a ideia de que a Administração Pública vai, em uma sociedade pluralista, ouvir os interessados, discutir com eles, e tomar uma decisão levando em conta essa participação. Além disso, a ideia de que o agente com competência decisória tome “a decisão correta” corre o risco de dissolver a participação em um formalismo inócuo; se tentamos compatibilizar a teoria, com efeito, o que fazemos é distorcê-la e, de quebra, ainda macularmos o próprio Estado Social e Democrático de Direito. Ainda que se admita alguma distinção entre princípios e regras enquanto componentes do sistema jurídico, é fato, o modelo proposto por Dworkin não é apto para pensar diretamente a prática administrativa atual.

1 qual o papel do estado ?

Poucas perguntas são tão graves, despertam tanta paixão e têm tantas respostas quanto questionar “qual o papel do Estado?”. Primeiro, porque na medida que Estado e Direito são criações humanas¹ a pergunta, em si mesma, comporta alguma sorte de referencial: indagar qual o papel do Estado não é indagar sobre nada até saber qual o papel do Estado em relação a quê? Um sujeito, por exemplo, que se apresenta como “liberal na economia e conservador nos costumes”, na verdade, nos diz, se levarmos em conta o sentido usual destas expressões, não uma, mas sim duas coisas a respeito do papel que

¹ Vale fazer a menção de que, para Kelsen (*Principles of International Law*. New York: Rinehart & Co., 1952, cap. 3; *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987 [1960], cap. 6; *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016 [1945], p. 299–300), Estado e Direito são a mesma entidade. Isto é, o Estado é o próprio ordenamento jurídico, que tem uma esfera de validade em relação a determinadas pessoas, em um determinado lugar, em um determinado tempo, em relação a determinadas matérias e é relativamente independente das demais ordens jurídicas — ainda que, em ao menos uma interpretação possível, esteja subordinado à ordem jurídica internacional.

o Estado deve, segundo ele, ter na sociedade.

De um lado, nosso sujeito hipotético nos diz que, no domínio econômico, o Estado deve praticar alguma forma de “liberalismo”, sendo certo que, apesar das diversas correntes do que significa “liberalismo”, podemos entender que o Estado deve praticar alguma forma, em algum grau, maior ou menor, de absentéismo no domínio econômico, permitindo que o mercado, que é a principal forma de atribuição de bens escassos na sociedade capitalista, se autorregule e, pois, em última análise, regule a própria distribuição de bens. Dito doutro modo, é uma ideia de justiça: a justiça pelas vias do mercado.²

Nosso sujeito hipotético, entretanto, não se limitou a nos dizer como o Estado deve se portar em relação ao domínio econômico. Muito pelo contrário, ele nos disse que, apesar de ser adequado que o Estado atue com cautela no domínio econômico, no que

² Geralmente, os liberais contemporâneos defendem que a melhor solução para a distribuição de bens está no mercado, o que não significa, porém, que este seja infalível. Na hipótese de “falhas de mercado”, isto é, situações em que o mercado não se comporta como deveria, produzindo resultados indesejáveis, os liberais, mesmo aqueles usualmente acusados de algum extremismo, como Milton Friedman (*Capitalismo e liberdade*. Coimbra: Conjectura Actual Editora, 2014 [1962]), defendem que, nestes casos, o Estado intervenha para corrigir a falha.

toca ao domínio social/cultural o Estado deve praticar ampla intervenção visando à preservação dos “costumes”, que podem ser entendidos, usualmente, não necessariamente como os costumes dotados de força segundo o Direito, mas sim como a moral social vigente, que, segundo nosso entrevistado hipotético, deve ser preservada pelo sistema jurídico quando ameaçada. Em última análise, portanto, os “costumes”, a moral convencional/tradicional, ganham força jurídica. Não nos enganemos a esse respeito: é plenamente possível que um Estado pratique ampla intervenção no domínio social/cultural, mas se mantenha relativamente indiferente ao domínio econômico³; e, mais do que isso, não é porque a discussão não diz respeito à distribuição de bens escassos que, necessariamente, não há aqui, também, uma ideia de justiça subjacente. Ao contrário, parece difícil negar que impor, com força jurídica, uma norma moral contestada não seja privilegiar uns em detrimento de outros.⁴

Estes dois aspectos que acabamos de discutir, econômico e social/cultural, nos dão uma moldura adequada para entender a evolução a respeito do papel do Estado, que traçamos tipologicamente em três

aqui, entende que o aborto é errado — e, principalmente, que está disposta a sancionar o aborto por meio do Direito Penal —, em detrimento de uma outra visão a respeito do aborto, qual seja, a de que o aborto não é moralmente condenável — e de que o aborto não deve ser juridicamente condenado. O ordenamento jurídico vigente, realmente, retira de todas as pessoas que acreditam que o aborto não é moralmente condenável (que parece ser uma parcela expressiva da população) a possibilidade de realizar um aborto (ao menos de forma lícita) e, mais do que isso, não só as considera como desviadas em relação à moral vigente, mas sim como tão desviadas que devem sofrer uma sanção, caso ajam de acordo com a forma que entendem como correta, de acordo com a sua consciência e visão de mundo. Mas antes de simpatizarmos com os oprimidos, é bom nos lembrarmos que, no mais das vezes, os oprimidos de hoje são os opressores do amanhã. Caso o aborto fosse descriminalizado, todos aqueles que acreditam que o aborto é moralmente condenável e deve ser sancionado pelo Direito viveriam em uma sociedade que, expressamente, rejeita suas visões — tal como hoje, frise-se, o nosso ordenamento rejeita a crença de quem acredita que o aborto é lícito. Uma avó, por exemplo, poderia conviver com o aborto do futuro neto; um pai, com o aborto do futuro filho; e assim por diante. Em ambos os casos é evidente que alguém sai prejudicado. Ao Direito e à justiça não cabe apenas atribuir bens ou criar ou garantir mecanismos de atribuição de bens, mas também fazer a gestão deste conflito, o que pode se dar tanto pela teoria em voga a respeito do papel do Estado no domínio social (quanta intervenção do Estado justificada? Quais intervenções são justificadas? Qual solução é mais congruente com os princípios da ordem jurídica? etc.), quanto, em última análise, pela instância decisória capaz de arbitrar o conflito (democracia, autoritarismo, judicialização dos conflitos políticos, etc.).

³ A discussão a respeito do Estado dual, em larga medida, perpassa por este problema. Vide MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

⁴ A título de exemplificação: os artigos 124 a 128 do Código Penal, que tratam da vedação do aborto, privilegiam uma visão moral que, por motivos diversos e que não nos interessam

momentos, os correlacionando às visões típicas sobre a separação de poderes e a interpretação jurídica nas diferentes arenas decisórias. Do Estado de Direito liberal ao Estado Social de Direito, chegamos ao momento contemporâneo, de um Estado Democrático (e Social) de Direito⁵.

1. ESTADO DE DIREITO

As revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX deram fim ao Antigo Regime. A emergência da burguesia como classe social dominante, em detrimento da nobreza, significou uma recolocação do Estado diante da sociedade. Ao menos no aspecto econômico⁶, o Estado

tornou-se essencialmente abstencionista, não intervindo nas relações contratuais entre sujeitos privados senão para garantir que os contratos fossem cumpridos (*pacta sunt servanda*) e que a propriedade privada fosse respeitada.⁷ Caíram os antigos privilégios e o mercado tornou-se a forma legítima de atribuição de bens na sociedade. Paralelamente a isso, as ideias liberais que inspiraram a revolução deram azo à garantia da igualdade formal entre os seres humanos e à emergência dos chamados direitos de primeira geração (liberdades políticas) — com ressalvas, uma vez que grande parte da população ainda era excluído do gozo destes direitos, por motivos diversos como gênero, raça, riqueza, dentre outros.⁸

O paradigma jurídico aqui é centrado, tipicamente, em uma concepção de supremacia legislativa e formalismo judicial. Nos países de *civil*

ampla do Estado (inclusive no domínio que chamamos de “social”), porém, poder-se-ia arguir que a teoria liberal jamais foi aplicada na sua plenitude.

⁷ TRUBEK, David M., Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo (1972), *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 151–185, 2007.

⁸ DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, p. 219–229; KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019 [1920], p. 27–34; RANIERI, *Teoria do Estado*, cap. 14–16; SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham, London: Duke University Press, 2008 [1928], p. 197–219.

⁵ Usamos a expressão “Estado Social e Democrático de Direito” para nos referir ao paradigma contemporâneo a respeito do papel a ser desempenhado pelo Poder Público na sociedade. Uma expressão, em larga medida homóloga, seria “Estado Democrático de Direito”, simplesmente. Como o Estado Social e Democrático de Direito é uma evolução histórica do Estado de Bem-Estar, e incorpora as preocupações sociais deste último, parece adequado que se faça referência ao “social”, tal qual na terminologia proposta por RODRIGUEZ-ARANÁ, Jaime. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilla: Global-Law Press, 2015; DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*, Barueri: Manole, 2013, cap. 18.

⁶ A teoria liberal, por exemplo, em Locke (*Carta sobre a tolerância*. Belo Horizonte: Autêntica, 2019 [1689]) ou Voltaire (*Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas* (1763). Porto Alegre: LP&M, 2017 [1763]), evidentemente, prega uma abstenção mais

law, especialmente, estruturou-se uma concepção de ordem jurídica baseada no primado da lei — o juiz, diante de qualquer aparente lacuna ou contradição nas fontes formais do Direito (sobretudo nas normas legais), haveria de conciliar ou colmatar o ordenamento não pela consulta ao rei ou ao parlamento, mas por critérios puramente técnicos (como a prevalência da norma superior, específica ou posterior), raciocínios quase lógicos (como a analogia), um uso subordinado dos costumes (*praeter legem*) ou uma inferência dedutiva de regras mais específicas a partir dos princípios mais gerais. Entre o apego à literalidade dos termos normativos (vontade da lei) e a consulta aos trabalhos preparatórios ou à deliberação parlamentar (vontade do legislador), afirmava-se o caráter mais ou menos autoevidente das premissas normativas que o juiz haveria de tomar como fundamento vinculante para seu juízo sobre o caso concreto que se subsumiria à norma aplicável⁹. No *common law*, uma ordem sistemática de princípios haveria de ser inferida pelos intérpretes a partir da consolidação das *rationes decidendi* transcendentais aos precedentes vinculantes. Nos Estados

⁹ HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 48, p. 263–277, 2017 [2003].

Unidos, com uma constituição escrita, aquele documento foi a base para as correntes originalistas e formalistas de interpretação judicial. Lá estariam princípios que, por mais gerais que fossem, justificariam uma única e inexorável solução para cada controvérsia — o que, na prática, permitia aos juízes ocultar seus juízos políticos (em vez de explicitá-los e justificá-los) em nome de um sistema de direitos naturais mais ou menos perfeitamente positivado e sob o manto da única resposta admissível pela vontade dos constituintes (originalismo) e/ou pelos termos expressos do texto constitucional¹⁰.

1 .2. ESTADO DE BEM-ESTAR (OU ESTADO SOCIAL DE DIREITO)

No período entre guerras do século XX, e especialmente no pós segunda guerra mundial, observamos a cristalização de um novo paradigma estatal. A necessidade de rever o papel do Estado emergiu da conjunção entre a expansão dos direitos políticos para pessoas antes excluídas (sociedade de massas), a percepção de que a igualdade formal

¹⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996], p. 59–65; SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, 1998, p. 511–514.

entre os seres humanos apregoada pela teoria liberal foi incapaz de eliminar a opressão do homem pelo homem (que, neste momento histórico, se dava principalmente por meio do trabalho desregulado pelo Estado), as deficiências de um mercado essencialmente autorregulado (com a formação de monopólios, cartéis e, também, com crises, choques, etc.) e o surgimento dos partidos socialistas ou socialdemocratas organizados. No Ocidente, passou-se, então, de uma situação de abstenção da participação do Estado no domínio econômico para uma situação na qual o Estado atuava não só como regulador do mercado (por meio, por exemplo, de profissões regulamentadas, limitação da jornada de trabalho, proteção do trabalho de mulheres e crianças, concessão de subsídios, tarifas protecionistas, etc.), mas também como agente do mercado, isto é, constituindo empresas com capital público e organizando agências para regular os setores sob a iniciativa privada. Do ponto de vista social, passou-se de uma situação de igualdade formal entre as pessoas para uma de busca de relativa igualdade material, com a consequente expansão dos protegidos pelos direitos de primeira geração (direitos políticos) e com a garantia dos chamados direitos sociais

— que têm como fundamento último, justamente, a promoção da maior igualdade de oportunidades.¹¹

Do ponto de vista da separação de poderes e da interpretação do Direito, temos aqui tipicamente um crescimento do Poder Executivo (incluindo as prerrogativas do chefe de governo) e do Estado Administrativo (a burocracia responsável pela regulação econômica, implementação de políticas públicas e oferta de serviços públicos), com a emergência de visões antiformalistas, realistas ou sociologizantes sobre a interpretação jurídica.¹² Afirmou-se que as palavras dos textos normativos não têm significado fixo, mas sim traduzem conceitos cujo sentido apenas é dado

¹¹ DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, p. 229–233; FRIEDMAN, *Capitalismo e liberdade*; KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 99–102; RANIERI, *Teoria do Estado*, cap. 17–19; SCHMITT, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985 [1923], p. 6; SCHMITT, *Constitutional Theory*, cap. 3; TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, cap. 2; WEBER, Max, *Economia e sociedade*, São Paulo: Editora UnB, 2004 [1922], v. 2, p. 568–580.

¹² AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 1, p. 255–285, 2022; AMATO, Lucas Fucci. A autoridade do Direito: poder e interpretação, *Revista Direito Mackenzie*, v. 16, n. 3, p. 1–27, 2022; AMATO, Lucas Fucci. *Teoria Geral do Direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, cap. 2.

por sua função em um contexto; dessa forma, toda interpretação comporta escolhas éticas por parte do intérprete, e tais escolhas (sobre quais regras aplicar, como interpretá-las, que sentidos atribuir a normas mais abertas) devem se justificar em deferência à política pública que se possa discernir por trás das opções explícitas ou implícitas feitas pelo constituinte, pelo legislador ou pelo administrador¹³.

O filósofo pragmatista John Dewey, que definia sua doutrina como “instrumentalismo”, indicava que a racionalidade implicava sempre um juízo sobre meios e fins, substituindo a remissão a algum valor absoluto ou a dogmas morais gerais dos quais poderiam ser “deduzidas” aplicações particulares. O raciocínio jurídico prático, do juiz por exemplo, trata não tanto de como chegar a conclusões, mas sobretudo de como justificá-las; a lógica intervém como ferramenta experimental e flexível para encontrar normas gerais e descrever fatos particulares que sirvam como premissas para uma conclusão que pode haver sido

vagamente antecipada (às vezes ao lado de soluções rivais possíveis). Uma vez definidas as premissas normativa e fática (e tal definição não se reduz a critérios lógico-formais), chega-se à conclusão, claro, por pura dedução.¹⁴

“Dado arranjo jurídico é o que ele *faz* [...]”¹⁵. Nesse arranjo, meios e fins são interdependentes; os meios só são justificáveis em vista dos fins e os fins necessitam de sua própria justificação. Mas então, no raciocínio instrumental, é preciso distinguir, de um lado, o fim declarado (a finalidade em vista da qual se justifica o emprego de tais ou quais meios, a ideia das consequências); de outro, a análise empírica, independente das crenças subjetivas, dos resultados realmente produzidos ou produzíveis por aqueles meios, a função verificada ou verificável.¹⁶ Havendo um *continuum* entre meios e fins, meios até então inexistentes para a realização de um fim precisam ser imaginados; essa antecipação imaginária transforma o próprio sentido do fim, posicionando os

¹³ COHEN, Felix S. The ethical basis of legal criticism. *Yale Law Journal*, v. 41, n. 2, p. 201–220, 1931; COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, v. 35, n. 6, p. 809–849, 1935; DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 38, n. 1, p. 123–140, 2018.

¹⁴ DEWEY, John. Logical method and law. *The Cornell Law Quarterly*, v. 10, n. 1, 1924, p. 22–24.

¹⁵ DEWEY, John. My philosophy of law. In: BOYDSTON, Jo Ann (ed.). *John Dewey: the latter works, 1925-1953*. Carbondale: Southern Illinois University, 1988 [1941]. v. 14, p. 118 (grifos no original).

¹⁶ DEWEY, John. Means and ends. *Partisan Review*, v. 31, n. 3, p. 400–404, 1964 [1938].

meios e fins anteriormente disponíveis como meras “aproximações imperfeitas”; daí que o meio só satisfaça o fim alterando-o.¹⁷

1

3. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO (OU ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO)

Tal qual o Estado de Direito foi paradigma do papel do Estado até entrar em declínio em prol do Estado Social de Direito, este último também, por diversos motivos (como o fim dos chamados 30 anos dourados do capitalismo ou os próprios limites e deficiências da ampla intervenção do Estado no domínio econômico), entrou em declínio a partir de meados da década de 1970. Isto, entretanto, não significou um simples regresso ao modelo anterior (de abstencionismo estatal), uma vez que as preocupações sociais do Estado de Bem-Estar não deixaram, simplesmente, de existir ou de fazer parte do escopo de atuação do Estado (aquilo que ele deve realizar). Trata-se, portanto, de racionalizar a atuação do Estado no domínio econômico, em prol dos interesses a serem protegidos em uma sociedade que não é mais somente pluralista, mas sim

de massas, na qual os diferentes sujeitos competem para ter suas demandas atendidas. No que tange aos direitos e à justiça, não se trata mais apenas de corrigir as desigualdades materiais entre os seres humanos, mas sim de garantir também os chamados direitos difusos, de titularidade indeterminada, e, também, de garantir e proteger a diversidade humana, promovendo não só a igualdade de oportunidades, como a própria tolerância e o respeito mútuo entre os seres humanos. Se antes o escopo do Estado era garantir o tráfico jurídico da sociedade capitalista e, posteriormente, compatibilizar este tráfico jurídico com algum grau de igualdade material entre os seres humanos, agora o escopo do Estado parece ser, sobretudo, a garantia e concretização dos direitos fundamentais (ou direitos humanos fundamentais) em uma sociedade pluralista.¹⁸ Essa herança “social” é, por outro lado, convertida à luz da emergência do neoliberalismo e da globalização econômica, com suas repercussões em tendências de privatização do domínio econômico e de serviços públicos, focalização (em lugar

¹⁷ RODRIGUEZ, Caio Farah. **Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 132.

¹⁸ DAHL, Robert A. **Who governs? Democracy and power in an American city**. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 2005 [1961]; DÍAZ, **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**, p. 233–237; MUÑOZ, **Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales**, cap. 1; RANIERI, **Teoria do Estado**, cap. 17–19; TEUBNER, **Fragmentos Constitucionais**, cap. 2.

da universalização) de políticas públicas, desestatização e desnacionalização do Direito e desconstitucionalização de direitos.¹⁹

Se partimos do pressuposto de que os direitos fundamentais estão dados, sobretudo, pelo Direito Constitucional (e os direitos humanos, pelos tratados e convenções internacionais), então parece evidente que é necessário que esses direitos sejam irradiados pelo ordenamento e, conseqüentemente, concretizados.²⁰ Considerando que, segundo o paradigma liberal de separação dos poderes, em alguma medida reafirmado e atualizado, os legisladores nada executam e os tribunais não devem se imiscuir em questões de política pública, então à Administração (e, pois, ao Direito Administrativo) cabe um papel central na concretização dos

direitos fundamentais.²¹ Nesse sentido, não apenas o Judiciário, mas também toda a burocracia pública pode ser vista como “guardiã da Constituição”.²²

A questão é que os recursos disponíveis são, via de regra, escassos, o que impõe que quem vá distribuí-los (no caso, a Administração) realize escolhas a respeito de em quais áreas os recursos serão aplicados. Na prática, trata-se de uma decisão a respeito de quais direitos fundamentais serão concretizados e em qual grau (por exemplo: construir uma escola ou um posto de saúde? Construir onde? etc.); em suma, uma decisão a respeito do que, diante do quadro material existente, pode ser feito e é justo fazer. Se na teoria jurídico-econômica, crescem as discussões a respeito de consequencialismo e análises de custo-benefício²³, é certo que tais decisões

¹⁹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.; FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.; FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁰ Vale fazer a menção de que, segundo Kelsen (**Teoria Pura do Direito**, p. 254–271), todo ato de criação do Direito é um ato de execução do Direito e vice-versa, excetuadas as duas pontas da ordem escalonada, quais sejam: a norma fundamental, que não foi criada, mas é executada; e a sanção, que é criada, mas não cria nada por sua vez, e é apenas executada. Nesse sentido RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 122.

²¹ MUÑOZ, **Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales**, cap. 1; SILVA, Vasco Pereira da. O Contencioso Administrativo no Divã da Constituição. In: SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 169–182.

²² NUNES, Daniel Capecchi. A burocracia como guardiã da Constituição: democracia e separação de poderes no Estado administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 2, p. 189–216, 2023; EMERSON, Blake. **The public's law: origins and architecture of progressive democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

²³ SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas

administrativas são suscetíveis, por sua vez, ao controle judicial²⁴, levantando assim a discussão sobre as “capacidades institucionais” comparadas: como dividir o trabalho entre Judiciário e Administração no controle da

respostas quanto). **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, p. 13–47, 2014. Sobre o controle da economicidade do gasto público, há que se considerar que todo gasto público tem um elemento aleatório e que diferentes gastos têm diferentes cargas aleatórias embutidas. Constrói-se uma estação de metrô, por exemplo, porque se imagina que a mobilidade urbana será melhorada; concede-se uma bolsa de estudos a alguém na expectativa de que faça uma pesquisa útil; a polícia coloca um carro na rua para melhorar seus meios de impedir o crime – mas não necessariamente algum desses resultados será colhido. Existem, claro, conhecimentos e meios capazes de mitigar o elemento aleatório da eficácia (atingimento dos resultados pretendidos), mas ele sempre estará presente.

²⁴ É importante frisar que, em alguns casos, tais decisões poderão ser discutidas na esfera judicial, que pode acabar entendendo que, naquele caso, havia um dever de agir em um outro sentido. Por exemplo: o STJ (2ª Turma. REsp 1607472-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016) entende que o Judiciário pode determinar a realização de obras de acessibilidade, com o fito de garantir os direitos da pessoa com deficiência; o mesmo STJ (2ª Turma. REsp 1537530-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27/04/2017) entende que a omissão injustificada em fornecer banho quente para pessoas encarceradas fere a dignidade da pessoa humana, não se enquadrando na chamada “reserva do possível”. É lógico que a legitimidade democrática de tais decisões pode ser questionada, mas o paradigma em voga a respeito do Estado (leia-se: o Estado Social e Democrático de Direito), parece não só aceitá-las, mas mesmo as demandar. Ver JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 14, n. 52, p. 9–43, 2016.

implementação de políticas públicas?²⁵

Mais ainda: no contexto de uma sociedade pluralista e do Estado Social e Democrático de Direito, é mais do que apenas natural, mas um próprio imperativo deste paradigma, que tais decisões sejam discutidas com os seus destinatários, para que sejam dotadas de legitimidade democrática e, também, para que estes últimos tenham a possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada; além disso, as decisões devem ser devidamente motivadas e justificadas perante seus destinatários (há, em outras palavras, um requisito de transparência), com fulcro nos princípios e regras do ordenamento jurídico vigente — e, principalmente, levando em conta a missão do Estado (ou, melhor dizendo, da Administração) de concretização dos direitos fundamentais que são dados pelo Direito Constitucional e dos direitos humanos que são dados pela ordem jurídica internacional^{26 27}.

²⁵ LEAL, Fernando. A utilidade do argumento das capacidades institucionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 500–519, 2024.

²⁶ Não parecem existir maiores óbices em dizer que o Direito Administrativo também deve ser concretização do Direito Internacional. Primeiro, porque ao menos em uma interpretação o ordenamento jurídico internacional está acima da ordem jurídica nacional. Segundo, porque não há nenhuma incompatibilidade intrínseca entre a

Uma tipificação relevante sobre os diferentes padrões normativos aplicáveis ao longo do “processo jurídico” — que percorre os diferentes poderes e órgãos, exigindo de cada qual justificações e decisões diversas — foi dada por Henry Hart e Albert Sacks. Na visão dos autores, enquanto a execução de políticas públicas comporta certa discricionariedade administrativa, a aplicação jurisdicional do Direito demandaria uma outra perspectiva sobre o corpo jurídico: certa idealização ou “elaboração racional” do Direito, observando-o como um corpo coerente, o que distingue o juízo jurídico em relação à decisão política. Os autores diferenciavam quatro tipos normativos: 1) regras, cuja aplicação depende apenas da constatação de fatos que se enquadrem em suas hipóteses de

concretização dos direitos humanos e a soberania do próprio Estado. Terceiro, porque, seja como for, via de regra o Estado se submete aos tratados internacionais de direitos humanos segundo a norma internacional do *pacta sunt servanda*. Vale dizer ainda que, no caso brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos têm força vinculante pelo §2º do art. 5º da Constituição e podem, inclusive, ter status de emenda constitucional (§ 3º do mesmo artigo). Vide KELSEN, **Principles of International Law**, cap. 5.

²⁷ DAHL, Robert A. **A Preface to Democratic Theory**, Chicago: University of Chicago Press, 2006 [1956], cap. 2; MUÑOZ, **Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales**, cap. 1, 10; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. 15.

incidência; 2) *standards*, cuja aplicação requer uma avaliação de eventos ou efeitos em termos de justiça ou consequências previsíveis e pretendidas; 3) políticas (*policies*), que são simples declarações de objetivos; 4) princípios, que também definem objetivos, mas os justificam por determinada razão. Os tipos normativos têm diferentes consequências quanto à atribuição de poder a diferentes órgãos e quanto à relação entre interpretação e as “bases de autoridade” do respectivo órgão. Regras e *standards* são em geral definidos pelo legislador. Políticas e princípios dão vazão seja à discricionariedade administrativa, seja à “elaboração racional” — maior ônus de justificação — por parte do juiz. Para interpretar, o juiz precisa considerar normativamente a divisão de trabalho jurídico: qual o seu papel no processo de produção do Direito, em contraponto, por exemplo, ao legislador.²⁸

²⁸ HART, JR., Henry M.; SACKS, Albert M. **The legal process: basic problems in the making and application of law**. Westbury: Foundation, 1994 [1958], p. 140–158.

2 O MODELO DE DWORKIN

É nesse contexto de um Estado Social e Democrático de Direito que vale perguntar se o modelo dworkiniano sobre regras, princípios e políticas públicas — cujos primeiros esboços datam da década de 1960 — fornece uma leitura e um paradigma adequados sobre o papel da Administração Pública na interpretação do Direito e na concretização de direitos. Naquela época, no mundo anglófono, a crítica de Ronald Dworkin à descrição do sistema jurídico feita por H. L. A. Hart²⁹ começou a tomar forma, desenvolvendo-se pelas décadas posteriores e motivando uma série de respostas e alternativas teóricas.

Tal crítica teve dois momentos cruciais. Em um primeiro, entre as décadas de 1960 e 70, Dworkin³⁰ assinalou o papel dos princípios no sistema jurídico que, em sua visão, teria sido negligenciado por Hart. Posteriormente, a partir dos anos 80,

Dworkin³¹ integrou a sua descrição do sistema jurídico à filosofia moral, propondo a tese (bastante controversa) de que as controvérsias jurídicas encontram — *quase sempre* — uma única resposta correta, ainda que o Direito comporte conceitos contestáveis e desacordos interpretativos.

Ocorre que a primeira rodada de críticas de Dworkin teve ampla recepção, não só acadêmica, mas também principalmente na prática forense e administrativa, embora a elaboração posterior do pensamento dworkiniano não tenha tido o mesmo impacto; por outro lado, sua proposta teórica provocou a emergência de modelos concorrentes a respeito da distinção entre regras, princípios e políticas.

2 .1. PRINCÍPIOS, REGRAS E POLÍTICAS

A crítica de Dworkin a Hart, como mencionado, estruturou-se em duas rodadas: na primeira, que teve mais repercussões na práxis jurídica (e na recepção brasileira do debate), Dworkin apontou duas falhas, a

²⁹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012 [1961].

³⁰ DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057–1109, 1975; DWORKIN, Ronald. The model of rules I. *In*: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London; New York; Dublin: Bloomsbury Academic, 2013 [1967], p. 29–64; DWORKIN, Ronald. The model of rules II. *In*: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, London; New York; Dublin: Bloomsbury Academic, 2013 [1972], p. 65–104.

³¹ DWORKIN, Ronald. No Right Answer. **New York University Law Review**, v. 53, p. 1–32, 1978; DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Oxford: Hart, 1986.

seu ver centrais, na ideia de Hart³² de que o Direito é formado por regras primárias (ligadas à sanção) e secundárias (regras positivas de julgamento e alteração do Direito e uma regra “social” de reconhecimento, *i.e.* de identificação do Direito válido).

A primeira falha diz respeito ao papel juridicamente vinculante assumido por razões que não estão sujeitas ao esquema de aplicação na lógica de “tudo ou nada” (isto é, ou a regra se aplica ao caso; ou a regra não se aplica ao caso). Nos *hard cases*, segundo o próprio Hart, a regra não está previamente dada e a discricionariedade judicial permitiria ao juiz agir como um

“legislador intersticial”, criando, para o caso, uma solução que não existia antes do julgamento. Tal solução não pode estar assentada em uma regra, sob pena de se violar a lógica interna deste próprio sistema e, em última análise, o próprio conceito de regra. Mas, em vez de se admitir a ideia de Hart de que existe discricionariedade judicial no julgamento dos casos difíceis (em um primeiro momento Dworkin³³ admitiu essa ideia), a solução, segundo Dworkin, é admitir que há um conceito ou razão dotado de força vinculante, anterior à decisão judicial, que não opera como uma regra: o princípio.³⁴

Os princípios, diferentemente das regras, não funcionam, segundo Dworkin, por um esquema de “tudo ou nada” — mas sim comportam uma “dimensão de peso”. Em outras palavras, é plenamente possível que um princípio não seja aplicado em um caso, mas permaneça válido ou vinculante no longo prazo, segundo Dworkin. Além disso, somente os princípios podem ser considerados como pré-existentes em relação às decisões judiciais dos *hard cases* — exatamente por não haver, nos *hard cases*, uma regra anterior ao caso apta a produzir a solução do caso. Quando a ideia de princípio é

³² A principal obra em que Hart expôs sua teoria é **The concept of law**; explicações mais didáticas a respeito das ideias de Hart podem ser encontradas em MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 1981; além disso, há vários escritos de Dworkin em que ele reitera sua crítica, para além dos clássicos artigos (The model of rules I; The model of rules II) — sem a pretensão de ser exaustivo, vale mencionar: DWORKIN, Hart and the Concepts of Law, **Harvard Law Review Forum**, v. 119, p. 95–104, 2005; DWORKIN, **Law’s Empire**, cap. Conventionalism; DWORKIN, **Justice in Robes**, Cambridge, Massachusetts; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, cap. Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy. Segundo Hart (**The concept of law**, Postscript) há a possibilidade de coexistência entre as suas ideias de as de Dworkin, na medida em que tratam de problemas distintos: a mera descrição teórica do Direito, de um lado; de outro, o discurso prático-judicial constrangido pela obrigação de decidir aplicando o Direito vigente.

³³ DWORKIN, The model of rules I, p. 38–45.

³⁴ DWORKIN, The model of rules I, p. 29–57.

corretamente entendida, percebe-se que estes podem não ser postos como as regras do ordenamento jurídico positivo, mas sim simplesmente decorrer da práxis social que chamamos de “Direito”, surgindo e se fortalecendo com o tempo. Os princípios, portanto, não são, segundo Dworkin, normas que encontrem seu fundamento de validade em uma norma superior (regra de reconhecimento), o que, em última análise, implica que não faz sentido a ideia hartiana de regra social de reconhecimento, como uma espécie de convenção ou costume das autoridades aplicadoras do Direito sobre quais os critérios para identificá-lo, isto é, como critério para fazer a distinção entre o sistema jurídico vigente e outros sistemas normativos.³⁵ Eis a segunda falha na descrição hartiana do Direito.

É digno de nota frisar que Dworkin faz uma distinção importante — e frequentemente negligenciada — em sua descrição a respeito dos princípios. Em sua formulação original³⁶, argumentou que princípios poderiam ser divididos em dois tipos de argumentos, sem fazer maiores

distinções entre eles e agrupando ambos sob a rubrica geral de “princípios”: os argumentos de princípio, em que uma decisão política é justificada como garantidora de direitos individuais ou coletivos (por exemplo: o princípio do igual tratamento perante a lei, que demanda que todos sejam tratados igualmente); e os argumentos de política (*policy*), em que a decisão se mostra como um avanço para a comunidade como um todo (por exemplo: a decisão de dar subsídios para companhias aéreas, mas não para fábricas de tratores).

Ao longo da obra de Dworkin³⁷, tornou-se cada vez mais claro que razões de princípios são transversais ao sistema jurídico e dizem respeito ao tratamento que é dispensado aos sujeitos deste sistema, sendo a manifestação máxima do “Direito como integridade” (*law as integrity*) e cabendo, tanto quanto a aplicação de regras, no escopo do Direito que os juízes têm a obrigação de interpretar e aplicar; enquanto as razões de política são as decisões (dos agentes políticos) distributivas de bens. Apesar de o próprio Dworkin ter abandonado gradativamente a centralidade de tal distinção em prol de um sistema de

³⁵ DWORKIN, Hart and the Concepts of Law; DWORKIN, *Justice in Robes*, cap. “Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy”; DWORKIN, The model of rules I; DWORKIN, The model of rules II.

³⁶ DWORKIN, The model of rules I.

³⁷ DWORKIN, *Law’s Empire; Justice in Robes*.

pensamento que unisse a atividade da interpretação jurídica com a filosofia moral, é interessante notar que, em *Hard cases*³⁸ e em *Law's Empire*³⁹, ele é mais explícito (e, ao que tudo indica, trata-se apenas de uma explicitação) a respeito de sua posição e não deixa mais margem para que argumentos de política sejam invocados por juízes — o que não exclui que juízes se sirvam das razões (de princípio) que embasam a política e da própria política (não como diretriz geral, mas sim tal como estabelecida e implementada pelas autoridades políticas ou administrativas) para embasar suas decisões. Dworkin⁴⁰ é explícito ao afirmar que a exigência de “integridade” diz respeito apenas a razões de princípio, vinculativas aos juízes, e não a razões de políticas, que cabem ao legislador ou administrador.

2.2. DESACORDOS TEÓRICOS E RESPOSTA CORRETA

Ainda que se possa fazer uma distinção entre duas fases do pensamento de Dworkin para fins didáticos⁴¹, é inegável que as sementes desta segunda fase já se encontravam na

primeira, pois toda a base do problema levantado por Dworkin estaria assentada em uma verdade simples, mas evidente, qual seja: a de que os juízes jamais se comportam, do seu ponto de vista interno, como Hart (e o positivismo jurídico em geral) diz que os juízes se comportam. Em *The model of rules II*⁴², Dworkin já explicitamente dizia que a discricionariedade judicial pode dizer respeito à interpretação razoável da decisão; a respeito de quem tem a decisão final; ou a respeito do *standard* decisório. A análise de Dworkin é de que os juízes jamais admitem a discricionariedade judicial no terceiro sentido (de que poderiam usar quaisquer razões para fundamentar suas decisões), pois o seu papel é selecionar aquela que seja a melhor resposta de um ponto de vista global.

Este ponto, que em um primeiro momento parecia muito mais ser uma espécie de *insight*, tornou-se tão central para as teses de Dworkin que ele próprio acabou abandonando o foco na parte mais influente de seu trabalho (a distinção entre regras, princípios e políticas) em prol da tentativa de descrever o Direito do ponto de vista interno dos seus intérpretes, em especial os juízes, unindo a Teoria do Direito à

³⁸ DWORKIN, *Hard Cases*.

³⁹ DWORKIN, *Law's Empire*.

⁴⁰ DWORKIN, *Law's Empire*, p. 221.

⁴¹ SCHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed.

University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 77, p. 1–54, 2007.

⁴² The model of rules II, p. 90–93.

filosofia moral.

A ideia de Dworkin é de que o intérprete (e, vale lembrar, trata-se de uma teoria da jurisdição) está inserido dentro de um contexto e de uma história institucional que lhe permite desenvolver um esquema explicativo deste sistema, uma teoria. Como a atividade do juiz se desenvolve dentro deste contexto institucional em que o sujeito é, simultaneamente, intérprete e agente do sistema, a interpretação jurídica (e a decisão jurídica) é um problema da junção de pertinência (*fit*) dos “padrões de Direito” com sua justificação moral. Isto é, o juiz deve complementar a história institucional em voga (Dworkin usa a metáfora de um “romance em cadeia”) usando uma teoria (no mais das vezes instintiva) que explique aquele contexto e a história institucional de forma harmônica com o acervo decisório existente à época da decisão a ser proferida. Trata-se de justificar uma pertinência prioritariamente “local” ou “próxima”, mas que pode abranger conjuntos mais amplos e remotos do ordenamento, se necessário. A partir dessa abstração teórica, cabe ao intérprete apresentar o que ele considera ser a melhor interpretação possível para o caso. Apesar de “desacordos teóricos” sobre o

que o Direito requer, haveria uma “única resposta correta”, ancorada em uma objetividade moral.

Do ponto de vista interno do juiz (ou, para falar em um sentido mais lato, do intérprete) não há como haver mais de uma resposta certa, em razão do simples fato de que o intérprete sempre chega a uma resposta: a melhor resposta. A versão mais sofisticada do argumento é a seguinte: pode se chegar a uma situação tal na qual dada proposição p não possa ser demonstrada como verdadeira, mas tampouco a proposição $\text{não-}p$ possa ser demonstrada como verdadeira. Se tais condições estão presentes, então tanto p quanto $\text{não-}p$ podem ser verdadeiras ou falsas. Segundo Dworkin, esta tese pode ser aceita pelo seu cunho fortemente empirista (isto é, no mundo real, as coisas não necessariamente podem ser provadas como verdadeiras em um ou outro sentido). Isto, porém, não impede que os agentes do sistema debatam a respeito dos motivos pelos quais uma proposição (p ou $\text{não-}p$) é superior a outra. Como o Direito tem duas dimensões para o ajuste — quais sejam, a pertinência dos padrões jurídicos postos e a moralidade política que os justifica —, o caso de uma proposição ficar sem resposta é extremamente raro,

pois há dois padrões normativos distintos para se encontrar a resposta. Mais do que isso, como a questão da moralidade política é pessoal e a prática forense demanda que o juiz não seja apenas intérprete, mas também parte da história institucional, então, na prática, os intérpretes sempre vão encontrar uma resposta para a questão: a sua própria resposta.⁴³

3 POSSÍVEIS PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DO MODELO DE DWORKIANO AO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

Pode uma teoria nesses termos ser compatível com a ideia de um Estado Social e Democrático de Direito? Mais especificamente, pode ser a teoria compatível com as demandas de participação e pragmatismo na Administração contemporânea? É a questão discutida neste tópico.

A ideia de um Estado Social e Democrático de Direito depende da sua concretização pela via do Direito Administrativo. A rigor, não há nada de equivocado, *a priori*, em dizer que tal acoplamento entre o Direito Administrativo e o Direito

Constitucional se dê pela via dos princípios (até pela própria legalidade ou juridicidade e considerando que, em uma ordem escalonada, os princípios costumam estar acima das leis, por se relacionarem, via de regra, diretamente com o conteúdo da constituição, para adotarmos uma justificação positivista — ou por os princípios terem mesmo um caráter “suprapositivo”, em uma visão jusnaturalista). Entretanto, a Teoria do Direito, em geral, e a de Dworkin (o “pai” da teoria dos princípios), em especial, são muito centradas no Poder Judiciário.⁴⁴

A Administração Pública hoje não é mais uma mera executora dos comandos do Parlamento emanados por meio da legislação (se é que algum dia ela foi apenas isso). Se o paradigma estatal contemporâneo se coaduna com a realidade (ainda que como critério de correção), a Administração toma decisões relevantes a respeito da distribuição e do uso de bens na sociedade e é uma decorrência da democratização da Administração que tais decisões sejam tomadas com a prévia consulta⁴⁵ — e, sobretudo, a

⁴⁴ RODRIGUEZ, *Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica*, p. 103, 137.

⁴⁵ Robert Dahl (*Who governs?*) já mapeou, nos anos 50, que em contextos administrativos em que há uma decisão particular a ser tomada, que diga respeito a um assunto da Administração, é usual que apenas uma parte

⁴³ DWORKIN, *No Right Answer*; DWORKIN, *Law's Empire*, cap. “Law as integrity”.

efetiva participação — dos interessados.⁴⁶

Todavia, se é salutar pensar que o administrador, após consulta aos interessados, deve decidir com base em princípios, até para que haja o necessário resguardo pela observância à ordem jurídica e aos valores nela positivados como direitos, isto não muda o fato de que a teoria dos princípios é judiciocêntrica. Ela é desenhada para o caso da controvérsia judicial — e, mais do que isso, da/para a perspectiva do juiz, que é intérprete e parte do sistema. Segundo a visão de Dworkin a respeito do Direito, o juiz recebe os argumentos das duas partes e, ao final, dá a solução que ele, juiz, entende como correta. Se o juiz já tiver

da sociedade seja engajada na discussão de questões administrativas. Por exemplo: as discussões a respeito da educação atraem a participação, sobretudo, dos pais.

⁴⁶ Nesse sentido, vale mencionar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), arts. 26 (“Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”) e 29 (“Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.”).

convicção a respeito da solução correta para o caso antes de ouvir os argumentos das partes, estes serão em larga medida inúteis, segundo o que nos ensina a teoria dos princípios.

Enquanto, porém, no caso judicial é notório que se está diante de razões normativas (isto é, o juiz deve decidir de acordo com uma norma jurídica, seja ela regra ou princípio, que o impele em uma ou outra direção, segundo os critérios de pertinência e moralidade que Dworkin propõe), o administrador público tem uma margem de discricionariedade para a sua atuação (dentro da legalidade, constitucionalidade ou juridicidade⁴⁷) que faz com que este modelo que afirma a necessidade de uma resposta certa seja equivocado como parâmetro descritivo ou corretivo da práxis administrativa.

Não há dúvida, é claro, de que um bom administrador tentará encontrar a melhor resposta possível para o problema que se coloca diante dele, dentro daquilo que é pertinente no contexto, mas esse contexto não é mais dominado, necessariamente, por questões normativas (ou, para usar termos dworkinianos: de regras e

⁴⁷ ALBERTO, Marco Antônio Moraes. **Métodos do Direito Administrativo:** entre discricionariedade e constitucionalidade. 2022. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

princípios), somente. A discussão, por exemplo, a respeito de uma determinada obra pública é pautada por critérios de toda ordem: técnicos, econômicos e quiçá até mesmo morais da comunidade política. Além disso, enquanto um juiz está limitado aos termos da lide (procedência ou improcedência da demanda proposta), o administrador público goza de discricionariedade suficiente para dar outras soluções para o problema — e é esperado que o faça, se isto for necessário.

Ilustremos melhor este ponto: se o administrador consulta a população a respeito do que fazer com uma praça — por exemplo, “construir uma quadra ou uma base da guarda civil metropolitana?” —, ele pode, eventualmente, ter uma convicção pessoal de que a quadra seria melhor, mas a população se mostra mais favorável à base da guarda civil. Eventualmente, pode surgir uma proposta de que seja construída uma escola no espaço. Se todas as opções são pertinentes, como parece ser o caso do nosso exemplo, o modelo dworkiniano pede que o administrador faça aquilo que ele considera melhor, de acordo com a convicção (justificada discursivamente). Mas será que é isso que demanda o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito? Isto é, de uma Administração aberta aos

diferentes atores de uma sociedade pluralista e que discuta suas medidas com os administrados antes de tomá-las, sendo tal participação efetiva e não só meramente formal ou ritual? Parece que o melhor nesse caso seria, na verdade, seguir, na decisão, os desejos dos administrados dentro das possibilidades e da racionalidade da Administração. É lógico que alguém poderia replicar que, então, neste caso, o melhor a se fazer, na verdade, é “seguir, na decisão, os desejos dos administrados dentro das possibilidades e racionalidade da Administração” e que, portanto, a teoria dos princípios dworkiniana está salva, mas isso seria uma distorção — formular um argumento institucional, de segunda ordem (decidir quem decide), quando o que se tem em vista é o argumento substantivo, imediato à solução do caso. Aplicada sem mediação ao contexto administrativo, a teoria dos princípios de Dworkin (formulada no contexto de sua teoria da jurisdição, frise-se) implica, na verdade, o administrador fazer, dentro do que é pertinente/permitido, o que ele entende como o mais correto em termos moralmente objetivos: no caso proposto, construir a praça — e não ouvir os administrados. De outro lado, imaginar que a compatibilização se dá, pela adesão, ampla e irrestrita, do

administrador aos desígnios da maioria — isto é, de que a resposta certa para intérprete, do ponto de vista interno, seja aquela que a maioria dos cidadãos entende como correta —, suprimiria a justificação de um papel institucional relevante, de controle de constitucionalidade e legalidade pelos órgãos da Administração. Ora, se o que está em jogo no paradigma do Estado Social e Democrático de Direito é a realização de direitos fundamentais e humanos, então há um papel contramajoritário e de assistência a ser desempenhado pela Administração, especialmente na prestação de serviços. A adesão ao desejo da maioria como compatibilização, do ponto de vista interno, poderia significar o fim desta relevante atuação da Administração. Nesse sentido, os princípios (enquanto base para o reconhecimento de direitos individuais, insuscetíveis de serem submetidos ao mero juízo utilitarista de políticas de conveniência para a comunidade) ganham uma função na delimitação da moldura de escolha entre políticas públicas — mas é essa escolha que não se submete à pretensão de objetividade exigida do papel jurisdicional (a resposta correta como juízo moral objetivo).



04

ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS E A ADMINISTRAÇÃO COMO ARENA

A teoria interpretativista de Dworkin enfrenta críticas e propostas alternativas mesmo no que diz respeito à sua aplicação como parâmetro corretivo (*i.e.* tanto descritivo quanto normativo) da atividade jurisdicional. Critica-se, por exemplo⁴⁸, o alto grau de abstração e idealização do Direito posto exigido por sua remissão a uma visão moral abrangente, dotada de integridade e coerência substantiva, o que habilitaria os juízes tanto a subestimarem o grau de indeterminação do da ordem jurídica vigente (a possibilidade de soluções divergentes) quanto a superdimensionarem seu poder de revisão desta ordem, a partir de uma interpretação construtiva ou reformadora. A alternativa para o âmbito jurisdicional seria descrever a interpretação do Direito em sua

⁴⁸ UNGER, **O direito e o futuro da democracia**, p. 72–147; UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 11–57.

aplicação ao caso concreto a partir de juízos mais pontuais, analógicos e concretos sobre propósitos atribuídos — sem remissão a juízos morais abrangentes. Já no âmbito administrativo⁴⁹, podem ser identificadas respostas à tendência de idealização do Direito a partir de um reforço dos juízos pragmáticos e dos argumentos consequencialistas, como se nota no artigo 22 e em outros dispositivos incluídos em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵⁰.

Mesmo no âmbito de uma teoria de princípios, encontramos modelos concorrentes ao de Dworkin e mais aderentes à realidade do juízo sobre definição e implementação de políticas públicas realizado no âmbito de entes e órgãos administrativos. É o caso do modelo de Alexy⁵¹, que, como Dworkin, sugere uma distinção qualitativa/

⁴⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB, Lei n. 13.655/2018), p. 63–92, 2018.

⁵⁰ Art. 22, *caput*: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 [1986]. De modo semelhante, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

estrutural entre regras e princípios, mas rejeita a distinção entre princípios e políticas públicas, submetendo ambas as categorias a um juízo utilitário ou instrumental de otimização de meios e fins⁵² — e lembrando que a única razão invocável para justificar imediatamente uma decisão jurídica é uma razão regrada, seja esta uma regra predefinida por legislação ou regulamento, seja uma regra construída pelo intérprete para o caso concreto (mas universalizável a partir de então), partindo de uma série de regras ou do sopesamento de princípios colidentes⁵³.

Em vez de pressupor âmbitos de proteção imanentes a cada princípio, a partir de uma visão moral de integridade da ordem jurídica/ constitucional (como sugere Dworkin), a teoria de Alexy impõe maior ônus argumentativo ao tomador de decisão, pois define que princípios têm âmbitos de proteção *prima facie* abrangentes, restringidos apenas a partir da colisão com outros princípios no caso concreto, exigindo uma avaliação das possibilidades fáticas (adequação do meio ao fim e necessidade do meio) e das possibilidades jurídicas (sopesamento:

proibição do excesso na restrição de um direito para promoção de outro); como resultado da ponderação, constrói-se regra — direitos e deveres definitivos — única razão suficiente para justificar decisão no caso concreto⁵⁴.

Há um espaço relevante nessa teoria para se pensar o papel da Administração nas decisões sobre políticas públicas que garantam ou promovam direitos fundamentais, delimitando como escopo de tais decisões quais direitos são protegidos, contra quais ameaças, sob quais consequências jurídicas. Nessa linha de raciocínio⁵⁵, todas as normas constitucionais que amparam direitos fundamentais são de eficácia técnica limitada, pois são todas restringíveis e regulamentáveis. A dimensão negativa dos direitos fundamentais protege cidadão contra intervenção indevida do Estado naquele âmbito de proteção; portanto, ampara-se em normas restringíveis, que partem de um âmbito de proteção amplo, diante do qual

⁵² Ver a crítica de NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, cap. 3.

⁵³ ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 107–108

⁵⁴ COSTA NETO, João. Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable? **Revista Direito GV**, v. 11, p. 159–187, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23–50, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607–630, 2003.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23–51, 2006.

devem ser avaliadas as intervenções devidas ou indevidas. Na dimensão positiva dos direitos fundamentais, protege-se o cidadão contra a omissão do Estado naquele âmbito de proteção; portanto, tem-se aqui normas regulamentáveis (a partir de um âmbito de proteção amplo, há que se discernir quais prestações positivas são exigidas).

Por um lado, a dimensão negativa/ protetiva dos direitos implica partir de um suporte fático ou hipótese de incidência amplos, a partir do âmbito de proteção (ação, estado ou posição jurídica) associável a determinado direito. Se há uma intervenção (em geral, estatal) que restrinja tal direito sem a devida fundamentação constitucional, a consequência normativa deve ser a exigência de cessação de uma intervenção (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Assim se distingue a intervenção estatal fundamentada (restrição ou regulamentação do exercício de direitos) de sua violação inconstitucional. Direitos *prima facie* têm o caráter de princípios e o juízo sobre as restrições admissíveis a seu exercício define os direitos definitivos, garantidos por regra.

Por outro lado, quanto à dimensão promocional dos direitos

fundamentais, a exigir diretamente políticas públicas ativas direcionadas à sua concretização, seu suporte fático (relativo ao âmbito de proteção do direito) compõem-se das ações estatais que fomentem realização do direito; se se constatar omissão ou insuficiência estatal não justificada, o conseqüente normativo é o dever/responsabilidade relativo à implementação da ação estatal que fomenta a realização do direito definitivo estabelecido.

Finalmente, há teorias que rejeitam uma distinção estrutural entre regras e princípios, tratando estes meramente como regras mais indeterminadas e finalísticas, sem uma hipótese de incidência tão claramente estabelecida, na linha sugerida por Hart⁵⁶. O Direito pode se comunicar a partir de padrões mais universalistas (como as regras constitucionais e legais) ou mais particularistas (como casos concretos decididos pelo Judiciário ou pelos órgãos reguladores, a partir dos quais se infiram certas razões transcendentais e universalizáveis).⁵⁷ Nesse âmbito, surge o debate sobre a “derrotabilidade” de regras — regras são entendidas como formulações textuais estritas que entrincheiram generalizações sobre aspectos fáticos e

⁵⁶ HART, *The concept of law*, postscript.

⁵⁷ HART, *The concept of law*, cap. 7; SCHAUER, *Formalism*.

normativos, sendo entretanto suscetíveis à revisão; por exemplo, exceções implícitas podem ser explicitadas e universalizadas, a partir de um caso concreto, por referência a propósitos subjacentes atribuíveis àquela norma.⁵⁸

Assim como se pode discernir regras de diferente “peso” ou força prática — desde a aplicação absoluta (uma vez constatada a ocorrência de fato particular exemplificativo da descrição universal da hipótese de incidência da norma, deve-se aplicar a consequência prescrita) até a aplicação discricionária⁵⁹ —, há um espaço para o argumento consequencialista (seja sobre implicações jurídicas, seja sobre efeitos comportamentais previsíveis) e certa margem de soluções divergentes mas igualmente “razoáveis” à luz de certa promessa de coerência substantiva do Direito posto (o que não leva ao

extremo da “integridade” e da objetividade moral exigidas pela tese da “única resposta correta”)⁶⁰. O modelo de regras derrotáveis (que rejeita um conceito de princípios como qualitativamente diferente da noção de regras, apenas os admitindo como regras mais indeterminadas), assim, pode-se mostrar mais afinado como descrição e parametrização do tipo de raciocínio, justificação e tomada de decisão realizado não apenas no âmbito jurisdicional, mas também no campo da justificação das decisões administrativas — sobretudo em suas pretensões de eficiência (adequação dos meios aos fins), eficácia (obtenção de resultados) e legitimidade (garantia de uma margem de aceitação espontânea dos usuários, por exemplo pela participação dos envolvidos na tomada de decisões). O caráter derrotável das regras — regras estas em que se funda, também, a juridicidade da atuação administrativa — afina-se à revisão contínua de meios e fins demandada da burocracia na concepção, implementação, monitoramento e correção de políticas públicas.

Para descrever ou mesmo orientar a tomada de decisão na seara administrativa, em observância à

⁵⁸ AMATO, Formalismo jurídico; SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon, 1991; SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal-reasoning, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2009, cap. 1; SCHAUER, Frederick. Institutions and the concept of law: a reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick). In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (eds.). **Law as institutional normative order**. Farnham: Ashgate, 2009, p. 35–44.

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 21–26.

⁶⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008 [2005].

legalidade/juridicidade dos atos administrativos, pode-se adotar seja uma distinção forte entre princípios e regras, seja um modelo de regras mais ou menos determinadas, com diferentes pesos e abertura a interpretações extensivas, restritivas ou especificadoras. Em quaisquer dos casos, o ponto relevante é perceber o Direito como um “parâmetro institucional normativo estruturador e coordenador de condutas”, dos cidadãos e das autoridades; e, quanto a estas, como uma “instituição que opera a partir de esquemas normativos cuja finalidade é fornecer parâmetros para a tomada de decisão”⁶¹. Tais parâmetros, ou sua operacionalização, variam conforme as expectativas pressupostas atribuíveis a cada arena decisória.

A jurisdição tem uma série de atributos institucionais que a distinguem em relação à legislação ou à administração: o juiz só age mediante provocação (inércia jurisdicional); tem a obrigação de dar uma resposta, segundo o ordenamento vigente, se provocado (vedação do *non liquet*, proibição da denegação de justiça, inafastabilidade da jurisdição); a não ser no caso do

controle abstrato de constitucionalidade, precisa dar uma resposta limitada aos termos do conflito de interesses configurado concretamente pelas partes do caso (lide); finalmente, é o juiz irresponsável, política ou juridicamente, pela solução que imponha ao caso. Tudo isso delimita o tipo de justificação demandada da autoridade jurisdicional na sua tomada de “decisões programadas” a partir de “decisões programantes”, o que exige um raciocínio de “condicionalização” de normas finalísticas⁶² — isto é, partindo de finalidades gerais indicadas por princípios, *policies* ou regras indeterminadas, é preciso formular regras definitivas, inclusive reformulando-as em termos de suas exceções ou extensões. A moldura institucional da jurisdição enquanto arena decisória delimita o tipo de deliberação, raciocínio e justificação que lhe é demandado.

⁶¹ LARA, Gustavo Dalpupo de. **Roberto Mangabeira Unger**: experimentalismo institucional, crítica jurídica e estabilidade-revisibilidade do direito. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 61.

⁶² AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais**: direitos e poderes. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018, p. 203–209; LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993], p. 196–203; LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. 2 ed. New York: Routledge, 2014 [1972], p. 174–185; LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidad en los sistemas**: sobre la función de los fines em los sistemas sociales. Madrid: Nacional, 1983 [1968], cap. 4–5; LUHMANN, Niklas. La positività del diritto come pressupposto di una società moderna. In: LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990 [1970], p. 125–129.

Um contraste com a legislação é ilustrativo. Se no exercício da jurisdição a autoridade, uma vez provocada, deve dar uma resposta à controvérsia e tem que pressupor a possibilidade de encontrar uma solução dentro do sistema jurídico vigente, em outras searas do ordenamento jurídico, como o processo legislativo, em que há um antagonismo, também, de interesses (entre o governo e oposição), é possível que surja uma solução, terceira, não proposta originalmente por nenhuma das duas partes. Isso decorre, fundamentalmente, das próprias diferenças entre a resolução de conflitos concretos entre particulares, ou entre particulares e a coletividade, em suma, da distinção entre a criação de normas de efeitos concretos e a criação de normas de efeitos gerais e abstratos — operação na qual, inclusive, é possível a emergência de um compromisso dilatatório⁶³, com forma normativa, que apenas posponha o conflito político. Não se pode olvidar, porém, que, mesmo nesse contexto político, a indecisão e a paralisia (por exemplo, aquela que decorre dos empates) podem muito bem privilegiar um dos grupos políticos envolvidos — qual seja, o grupo político

⁶³ SCHMITT, *Constitutional Theory*, p. 82–88, 97–111; SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Durhan, London: Duke University Press, 2004 [1932], p. 93–94; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011 [1994], p. 41–42.

que tem interesse na manutenção do *status quo*.

“

SUPONHAMOS QUE X É UMA POLÍTICA EXISTENTE E QUE Y É UMA ALTERNATIVA QUE EXIGE UMA AÇÃO GOVERNAMENTAL, POR E.G., X É UMA POLÍTICA DE NÃO-INTERFERÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL EM CASOS DE LINCHAMENTO E Y É UMA LEGISLAÇÃO QUE EXIGE A INTERVENÇÃO DO GOVERNO FEDERAL. SE A SOLUÇÃO DE IMPASSE [‘DEADLOCK’] FOR SEGUIDA, ENTÃO NÃO É TOMADA QUALQUER AÇÃO GOVERNAMENTAL. MAS SE NÃO HOUVER NENHUMA AÇÃO GOVERNAMENTAL, ENTÃO, NA VERDADE, X É UMA POLÍTICA GOVERNAMENTAL. ASSIM, AO PRESCREVER O IMPASSE EM CASOS DE DIVISÃO IGUAL DAS PREFERÊNCIAS (VOTOS), ESTÁ-SE, NA REALIDADE, A ENVIESAR O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS A FAVOR DE TODOS OS INDIVÍDUOS QUE PREFEREM POLÍTICAS QUE EXIGEM A INAÇÃO DO GOVERNO E CONTRA TODOS OS INDIVÍDUOS QUE PREFEREM POLÍTICAS QUE EXIGEM A AÇÃO DO GOVERNO.

”

O que se observa, portanto, é que os arranjos institucionais do Estado têm uma importância decisiva para que se encontre o desfecho para as querelas políticas — especialmente dada a existência dos casos aritméticos em que a exigência de uma maioria qualificada torna, na prática, possível que a minoria exerça domínio sobre a maioria.⁶⁴

Essa comparação entre jurisdição e legislação abre margem para nos atentarmos à especificidade da Administração como arena de produção do Direito, intérprete, criadora e

⁶⁴ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 67–71. Em vez de maioria e minoria, pode-se falar de governo e oposição. Como esclarece Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Civil disobedience and nuclear protests*. In: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, MA; Harvard University Press, 1985, p. 404), “maioria” diz respeito àqueles que têm o controle, ainda que temporário, do mecanismo político de um sistema político democrático; pode não se tratar da maioria numérica, mas sim do grupo que prevalece ocasionalmente, tendo, em situação democrática, garantido seu poder por meio de procedimentos eleitorais competitivos.

executora de normas. De modo geral, a institucionalidade da separação de poderes e o princípio da legalidade estrita levam à diretriz de que um ente, órgão ou agente estatal apenas está autorizado a praticar a conduta ou a tomar a decisão que lhe for expressamente permitida. Não cabe aqui falar em permissões implícitas. Por mais que haja diferenças entre atos administrativos vinculados (plenamente pré-determinados ou pré-programados) e atos administrativos discricionários (que comportam margem de valoração e escolha), quaisquer deles exigem motivação adequada e alinhamento à finalidade prescrita, apenas gerando normas válidas se praticados nos limites da competência do ente, órgão ou agente — isto é, dentro da esfera delimitada de poder em que sua atuação é reconhecida como atualização da soberania estatal.

Assim como o juiz, o administrador está descarregado de responsabilidades de resultado, apoiando-se geralmente em regras para amparar suas decisões. Ao contrário da jurisdição, porém, a Administração não está adstrita, em sua tomada de decisões sobre políticas públicas, aos termos iniciais delimitados em uma lide; se a expectativa de um conflito judicializado é de que alguma parte perderá (ou ambas devem buscar uma conciliação), a

rotina administrativa não conta desde o início com a possibilidade de frustração, mas tenta primeiramente conciliar diferentes interesses e alocações concorrentes de recursos (só em caso de frustração e falta de consenso dispara a possibilidade de um processo contencioso). A rotina burocrática depende de um fluxo constante de informações que possam ser processadas com economia de tempo, energia, custos de coordenação e outros recursos (humanos e financeiros) e sob diferentes critérios, tanto ponderando meios alternativos para a realização de um mesmo objetivo quanto escolhendo entre finalidades concorrentes e contrapostas, de modo que a orientação para resultados acaba por provocar uma progressiva especialização de dinâmicas decisórias e setores de atividade dentro do próprio aparato burocrático.⁶⁵

A Administração está sujeita (legitimamente, em um regime democrático) a variações na orientação política geral definida a partir da alternância de poder nos escalões superiores de cada ente ou órgão.⁶⁶ Ainda que seletiva e residualmente, cultiva uma pretensão de legitimação

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980 [1969], p. 165-175.

⁶⁶ WEBER, **Economia e sociedade**, v. 2, p. 568-580.

também associada à participação dos usuários/cidadãos na definição das prioridades em termos de meios e fins.⁶⁷ Finalmente, a própria eficiência e eficácia das políticas públicas está sob a dependência de modelos de gestão e regulação que não partam de uma hierarquia unidirecional de comando e controle (com distanciamento entre os centros de planejamento das políticas e a burocracia de nível de rua que a implementa em contato direto com os cidadãos), mas sim impliquem um processo contínuo de implementação, monitoramento e revisão à luz dos resultados colhidos, das sugestões dos usuários, das demandas ou falhas de conformidade em relação aos agentes regulados, tudo isso demandando certo grau de mobilidade e correção na escolha dos meios adequados e priorização dos fins a serem buscados.⁶⁸

⁶⁷ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 181–200; BORA, Alfons. “Quem participa?” Reflexões sobre teoria da inclusão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 3–29, 2019.

⁶⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 1, p. 53–93, 2011; PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. **Implementation**. 3 ed. Berkeley: University of California Press, 1984 [1973]; LIPSKY, Michael. **Burocracia de nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos**. Brasília: Enap, 2019 [1980]; NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2 ed. New Brunswick:

Dir De to

Transaction, 2001 [1978]; NONET, Philippe. Taking purpose seriously. In: DORSEY, Gray (ed.). **Equality & freedom III: international and comparative jurisprudence**. New York: Oceana, 1977, p. 905–923; GALLIGAN, Denis. **Law in modern society**. Oxford: Oxford University Press, 2006, cap. 15–17; BLAKENBURG, Erhard. The waning of legality in the concept of policy implementation. **Law & Policy**, v. 7, n. 4, p. 481–491, 1985; TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, p. 239–285, 1983; TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986 [1984]. p. 299–325; PATERSON, John; TEUBNER, Gunther. Changing maps: empirical legal autopoiesis. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory**. Abingdon: Routledge, 2021, p. 33–67.

CONCLUSÃO

A teoria de Dworkin foi pensada para lidar com razões normativas, mas a prática administrativa, apesar de adstrita ao ordenamento vigente, pode ir além dos termos iniciais da discussão, uma vez que não há lide que delimite os interesses em debate. Além disso, a ideia de que o agente com competência decisória tome “a decisão correta”, a partir de uma visão moral objetiva que ele possa discernir de dentro de sua posição de autoridade no sistema, corre o risco de dissolver em um formalismo inócuo a participação na Administração Pública, de travar a corrigibilidade adequada de suas decisões (na revisão dos juízos sobre meios e fins a partir dos resultados das políticas implementadas) e mesmo de ilegitimamente estigmatizar a orientação política variável (com suas prioridades de pautas e agendas) que as autoridades representativas (agentes políticos) imponham ao aparato burocrático a cada gestão.

Seguida à risca e transportada sem mediações da esfera jurisdicional

para as arenas administrativas, a proposta teórica de Dworkin, em sua versão final, de conjunção entre a primeira e a segunda fase de sua obra, não é um caminho promissor; implicaria a afirmação da verdade do ego (o administrador) sobre a verdade do tu (os interessados na decisão administrativa) e dissolveria a democratização da Administração em um formalismo, vazio e inócuo; de outro lado, elidiria toda diferença institucional relevante que existe entre a discricionariedade justificada que marca a legalidade/juridicidade/constitucionalidade associável à edição de atos administrativos e a obrigação de decidir casos concretos nos termos submetidos à jurisdição.

Mas o que fazer, então?

Primeiro, não há nenhuma necessidade de se manter fiel à teoria de Dworkin. Com efeito, o que parece ter ocorrido no Brasil é que a área de Teoria do Direito se interessa muito pelas ideias de Dworkin, justamente em razão da sua ousadia filosófica, enquanto as disciplinas mais afeitas ao Direito Público, tais como o Direito Constitucional e o Direito Administrativo (e, principalmente, a práxis), vêm se aproximando mais do modelo da teoria dos princípios de

Alexy, que carece, justamente, desta necessidade de resposta certa — para Alexy, o sopesamento é sobretudo um caminho argumentativo para se chegar a uma resposta possível, mas não necessariamente à resposta correta. Além disso, novas correntes teóricas sob a forma de um renascimento mitigado e seletivo do formalismo jurídico — na esteira, aliás, da sugestão de Hart — já propuseram que a ideia de princípio seja reinterpretada como uma variante do conceito-chave de regra, na forma de um *continuum* que vai desde a indeterminação até a determinação dos programas decisórios no complexo processo de criação e execução de normas que perpassa a concretização do Direito em seus múltiplos procedimentos e organizações. O que importa, sobretudo, é que os a(u)tores do Direito Administrativo e Constitucional articulem uma teoria coerente com as respectivas arenas decisórias, o que não parece ocorrer no caso da simples transposição do modelo jurisdicional de Dworkin para a prática burocrática.

Por fim, nada impede que, para além de descrever ou parametrizar o tipo de produção do Direito realizado nas diferentes arenas decisórias hoje institucionalizadas, as próprias

instituições sejam reimaginadas e recriadas para atingir aos fins do Estado Social e Democrático de Direito — muito tem se escrito a respeito disso nos últimos anos.⁶⁹ Não se pode deixar de cogitar que um apego imoderado a antigas fórmulas e teorias seja inibitório da concretização dos direitos fundamentais e humanos, que são a missão central de um Estado democrático que tenha como cerne o desenvolvimento das potencialidades do ser humano.

⁶⁹ UNGER, O direito e o futuro da democracia; AMATO, Lucas Fucci. Inovações constitucionais: direitos e poderes; RODRIGUEZ, Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica, p. 103–137.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO, Marco Antônio Moraes. Métodos do Direito Administrativo: entre discricionariedade e constitucionalidade. 2022. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 [1986].
- AMATO, Lucas Fucci. A autoridade do Direito: poder e interpretação. Revista Direito Mackenzie, v. 16, n. 3, p. 1–27, 2022. Disponível em: <<https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15597>>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. Suprema — Revista de Estudos Constitucionais, v. 2, n. 1, p. 255–285, 2022.
- AMATO, Lucas Fucci. Inovações constitucionais: direitos e poderes. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.
- AMATO, Lucas Fucci. Teoria Geral do Direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- AROUET, François-Marie. Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: LP&M, 2017.
- ATIENZA, Manuel. Argumentação legislativa. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- BLAKENBURG, Erhard. The waning of legality in the concept of policy implementation. Law & Policy, v. 7, n. 4, p. 481–491, 1985.
- BORA, Alfons. “Quem participa?” Reflexões sobre teoria da inclusão. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 3–29, 2019.
- COHEN, Felix S. The ethical basis of legal criticism. Yale Law Journal, v. 41, n. 2, p. 201–220, 1931.
- COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. Columbia Law Review, v. 35, n. 6, p. 809–849, 1935.
- COSTA NETO, João. Rights as trumps and balancing: reconciling the irreconcilable? Revista Direito GV, v. 11, p. 159–187, 2015.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 181–200.
- DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. Oxford Journal of Legal Studies, v. 38, n. 1, p. 123–140, 2018.
- DAHL, Robert A. A Preface to Democratic Theory. Chicago: University of Chicago Press, 2006 [1956].
- DAHL, Robert A. Who governs? Democracy and power in an American city. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 2005 [1961].
- DEWEY, John. Logical method and law. The Cornell Law Quarterly, v. 10, n. 1, p. 17–27, 1924.
- DEWEY, John. Means and ends. Partisan Review, v. 31, n. 3, p. 400–404, 1964 [1938].
- DEWEY, John. My philosophy of law. In: BOYDSTON, Jo Ann (ed.). John Dewey: the latter works, 1925–1953. Carbondale: Southern Illinois University, 1988 [1941]. v. 14. p. 115–122.
- DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.
- DWORKIN, Ronald. Hard Cases. Harvard Law Review, v. 88, n. 6, p. 1057–1109, 1975.
- DWORKIN, Ronald. Civil disobedience and nuclear protests. In: DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. Hart and the Concepts of Law. Harvard Law Review Forum, v. 119, p. 95–104, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge, Massachusetts; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Law’s Empire. Oxford: Hart, 1986.
- DWORKIN, Ronald. No Right Answer. New York University Law Review, v. 53, p. 1–32, 1978.
- DWORKIN, Ronald. The model of rules I. In: DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London; New York; Dublin: Bloomsbury Academic, 2013 [1967]. p. 29–64.
- DWORKIN, Ronald. The model of rules II. In: DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London; New York; Dublin: Bloomsbury Academic, 2013 [1972]. p. 65–104.
- EMERSON, Blake. The public’s law: origins and architecture of progressive democracy. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIA, José Eduardo. Sociologia jurídica: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. O Estado e o direito depois da crise. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Coimbra: Conjectura Actual Editora, 2014 [1962].
- GALLIGAN, Denis. Law in modern society. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012 [1961].
- HART, JR., Henry M.; SACKS, Albert M. The legal process: basic problems in the making and application of law. Westbury: Foundation, 1994 [1958].
- KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. A democracia. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019 [1920]. p. 23–107.
- KELSEN, Hans. Principles of International Law. New York: Rinehart & Co., 1952.
- KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016 [1945].
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1987 [1960].
- JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. Revista Brasileira de Direito Público, v. 14, n. 52, p. 9–43, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista

- LARA, Gustavo Dalpupo de. Roberto Mangabeira Unger: experimentalismo institucional, crítica jurídica e estabilidade-revisibilidade do direito. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- LEAL, Fernando. A utilidade do argumento das capacidades institucionais. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 10, n. 2, p. 500–519, 2024.
- LIPSKY, Michael. Burocracia de nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos. Brasília: Enap, 2019 [1989].
- LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Belo Horizonte: Autêntica, 2019 [1689].
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980 [1969].
- LUHMANN, Niklas. Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines em los sistemas sociales. Madrid: Nacional, 1983 [1968].
- LUHMANN, Niklas. Observations on modernity. Stanford: Stanford University Press, 1998 [1992].
- LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].
- LUHMANN, Niklas. A sociological theory of law. 2 ed. New York: Routledge, 2014 [1972].
- LUHMANN, Niklas. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990 [1970]. p. 103-146.
- MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. 2. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 1981.
- MACCORMICK, Neil. Institutions of law: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008 [2005].
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MUNOZ, Jaime Rodrigues-Arana. Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales. Sevilla: Global-Law Press, 2015.
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011 [1994].
- NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Law and society in transition: toward responsive law. 2 ed. New Brunswick: Transaction, 2001 [1978].
- NONET, Philippe. Taking purpose seriously. In: DORSEY, Gray (ed.). Equality & freedom III: international and comparative jurisprudence. New York: Oceana, 1977. p. 905–923.
- NUNES, Daniel Capecchi. A burocracia como guardiã da Constituição: democracia e separação de poderes no Estado administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 282, n. 2, p. 189-216, 2023.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PATERSON, John; TEUBNER, Gunther. Changing maps: empirical legal autopoiesis. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory. Abingdon: Routledge, 2021. p. 33–67.
- PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. Implementation. 3 ed. Berkeley: University of California Press, 1984 [1973].
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.
- RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. O problema da criação e da fundamentação do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- RODRIGUEZ, Caio Farah. Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica. 2011. Tese de Doutorado (Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, v. 100, n. 1, p. 53–93, 2011.
- SCHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 77, p. 1–54, 2007.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509–548, 1998.
- SCHAUER, Frederick. Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon, 1991.
- SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal-reasoning. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. Institutions and the concept of law: a reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick). In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (eds.). Law as institutional normative order. Farnham: Ashgate, 2009. p. 35–44.
- SCHMITT, Carl. Legality and Legitimacy. Durham, London: Duke University Press, 2004 [1932].
- SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Durham, London: Duke University Press, 2008 [1928].
- SCHMITT, Carl. The Crisis of Parliamentary Democracy. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985 [1923].
- SILVA, Vasco Pereira da. O Contencioso Administrativo no Divã da Constituição. In: SILVA, Vasco Pereira da. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 169–239.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23–50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607–630, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23–51, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *Revista de Direito Administrativo*, v. 266, p. 13–47, 2014.
- TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239–285, 1983.
- TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). Dilemmas of law in the welfare state. Berlin: de Gruyter, 1986 [1984]. p. 299–325.
- TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TRUBEK, David M. Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo (1972). *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 151–185, 2007.
- UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].
- UNGER, Roberto Mangabeira. O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- VOLTAIRE, François-Marie Arouet, M. de. Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: LP&M, 2017 [1763].
- WEBER, Max. Economia e sociedade. São Paulo: Editora UnB, 2004 [1922]. 2 v.

Agradecimentos

Agradecemos o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP, processo 2023/07322-5)



AUTORES

LUCAS FUCCI AMATO

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

RODRIGO MARCHETTI RIBEIRO

Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – Partenariat International Triangulaire d’Enseignement Supérieur).

