# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

**JEAN CARLOS DIAS**

**RUBENS BEÇAK**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato –** Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314
Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-554-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

---

## Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santigo do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

# ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

# RULE OF LAW, UNCERTAINTY, AND INSTRUMENTALISM

**Fernando Angelo Ribeiro Leal** [1]

**Resumo**

Este artigo explora a natureza do Estado de Direito e as suas relações com o conceito de segurança jurídica. Com recurso à análise conceitual como metodologia de investigação e baseado em um esforço de identificação do propósito do conceito, propõe-se que a ideia central de Estado de Direito está associada à administração de incertezas que podem derivar do exercício arbitrário do poder político. No universo de problemas que o conceito pretende enfrentar, destaca-se o risco do instrumentalismo. Uma postura instrumentalista erode o conceito de Estado de Direito e pode ser definida pela conjugação de consequencialismo de primeira ordem com ceticismo de regras. Essas duas características representam riscos para o objetivo básico do Estado de Direito ao possibilitarem: (i) a orientação teleológica sem fins previamente especificados; (ii) a facilitação de escaladas de justificação aos limites mais vagos da Constituição; (iii) o excesso de particularismo decisório; (iv) a colonização da argumentação jurídica por formas não tradicionalmente jurídicas de raciocínio; (v) o enfraquecimento dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Estado de direito, Incerteza, Instrumentalismo, Análise conceitual

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper explores the nature of the rule of law and its relationships with the concept of legal certainty. By means of conceptual analysis as research method and normative orientation focused on the identification of the point of the concept of rule of law, I claim that its core idea consists in the administration of uncertainties associated with the exercise of political power. Within the problem set that the concept aims to cope with, I highlight the risk of instrumentalism, which might be defined through the association of first-order consequentialism and rule skepticism. An instrumentalist inclination erodes the concept of rule of law and represents a crucial risk for the realization of the main point of its nature by enabling: (i) teleological orientation without specific identified ends; (ii) justificatory ascent to the vaguest limits of a constitutional order; (iii) particularistic decision-making; (iv) colonization of legal reasoning by traditional non-legal types of reasoning; (v) deterioration of fundamental rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Rule of law, Uncertainty, Instrumentalism, Conceptual analysis

---

[1] Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ.

## 1. Introdução

Estado de direito é um ideal político de valor simbólico incontestável. É celebrado como uma conquista histórica e frequentemente evocado quando está em jogo a limitação do poder político, um modelo procedimental do seu exercício, a defesa de certo modelo de desenho institucional em uma democracia (fala-se, neste caso, em Estado democrático de direito), a proteção de direitos individuais, a preferência por determinado modelo de decisão jurídica, a importância de certos mecanismos de justificação de decisões judiciais ou até mesmo o desenvolvimento de uma investigação sobre a natureza de direito. Nesses cenários, sua força é quase sempre garantida pelo já reconhecido potencial retórico de afirmações vagas que pretendem, em poucas palavras, sintetizar a importância de um valor inestimável para a constituição da moralidade política moderna.[1] Fórmulas como "um governo de leis, e não de homens", "limitação do poder" e "contenção do arbítrio no exercício do poder político" são as expressões mais difundidas dos seus ideais subjacentes.

A vagueza das definições sobre Estado de direito e a abrangência das suas dimensões conceituais, contudo, se garantem e reforçam, por um lado, seu referido valor simbólico, por outro, contribuem para torná-lo impreciso, contestável e de difícil operacionalização. Limitar o sentido do ideal de Estado de direito àquelas expressões é dizer pouco. Definições amplas como as apresentadas, no limite, apenas excluem situações teratológicas de não direito. É claro que é naturalmente possível afirmar que o rótulo "Estado de direito" não ergue qualquer pretensão para além de uma pura ideologia, que, por isso mesmo, não depende de uma formulação canônica ou maiores concretizações para cumprir o seu papel (RADIN, 1989, p. 781). Mas se, além de representar uma "bandeira", é possível atribuir ao ideal um mínimo caráter normativo capaz de condicionar e permitir o controle de escolhas políticas, sejam elas vinculadas ao desenho institucional, à estrutura do ordenamento jurídico ou à tomada de decisão judicial, parece importante ampliar as discussões sobre o Estado de direito, deslocando o foco das investigações a seu respeito da reafirmação permanente da sua importância para análises conceituais capazes de contribuir para desfazer confusões ou sobreposições semânticas e permitir algum grau de operacionalização em contextos específicos de tomada de decisão jurídica. Sem isso, o ideal de Estado de direito perde em força normativa.

[1] Essa é a visão de Waldron, para quem "[t]he rule of law is one of a cluster of ideals that constitute the core of modern political morality". V. WALDRON, 2004, p. 319.

A vagueza da expressão conjugada com a pluralidade de sentidos e noções a ela geralmente reconduzidas exige esforços de densificação, sob pena de, como já se disse, o conceito de Estado de Direito ser reduzido a uma fórmula mágica (KUNIG, apud ZAGREBELSKY, 1999, p. 21) ou caracterizado como um ideal imanejável (*unhandlich*) (SOBOTA, 1997, p. 19). Fórmulas como "Estado de Direito", a despeito de traduzirem algo importante (e bastaria a referência ao disposto no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal para, no caso brasileiro, justificá-lo), por serem espaço-temporalmente localizadas, se não comunicadas adequadamente, correm o risco de constituírem armadilhas linguísticas, pois quanto maior o grau de abstração dos objetos utilizados para transmitir certa mensagem, menor será a clareza (WILSON, 2001, p. 38-39).

Na tentativa de lidar com as dificuldades práticas desse tradicional ideal, o presente trabalho propõe um tipo específico de análise sobre as múltiplas dimensões do Estado de direito. O empreendimento teórico proposto tem caráter prioritariamente analítico e consiste em identificar os subideais relacionados ao conceito, apontar alguns problemas relacionados ao seu robustecimento, refletir sobre os riscos que ele pretende combater para, finalmente, a partir deles, propor, em complemento às investigações descritivas da análise conceitual, um referencial normativo com base no qual seja possível determinar o que comporia um conjunto de elementos necessários para a conformação de um Estado de direito que seriam capazes de distingui-lo de outras ideias geralmente a ele relacionadas, como democracia ou a de um amplo catálogo de direitos fundamentais.[2] Essa é, decerto, uma tarefa complexa, cuja exaustividade requer análises mais profundas sobre os conceitos comumente relacionados ao Estado de direito. Em função, contudo, dos limites deste trabalho, proponho apenas um passo inicial para uma empreitada desta natureza a partir das relações que se possam estabelecer entre Estado de direito e segurança, considerada condição de possibilidade para o estabelecimento do primeiro.

## 2. Análise conceitual

A proposta metodológica que se pretende levar adiante neste trabalho se inspira em um tipo de análise conceitual tradicionalmente aplicada no direito em estudos que se voltam a investigar o que o diferencia especificamente de outros domínios normativos. Busca-se,

[2] Canotilho, por exemplo, afirma: "[i]ndivíduo autônomo perante o poder, eis o tema do Estado de direito; indivíduo livre através da participação autônoma na cidade, eis o lema da democracia". Cf. CANOTILHO, 2001, p. 7.

assim, desenvolver um tipo de análise sobre o conceito de Estado de direito da mesma forma que investigações sobre a sua natureza são empreendidas na teoria do direito.

A análise conceitual é um método específico de investigação de propriedades essenciais de objetos que parte de intuições comuns ou truísmos relacionados a eles. Por meio de reflexões sobre o modo como o conceito é usado em nossas práticas pretende-se determinar o que o caracteriza, ou seja, o que está por trás de suas instanciações que permitem diferenciá-lo de outras coisas (SHAPIRO, 2011, p. 13ss.). É de se ressaltar que uma análise conceitual não se resume a uma mera investigação semântica, embora o sentido comumente atribuído ao conceito investigado seja considerado útil para realizá-la. Uma investigação conceitual não é, como diz Leiter, um trabalho lexicográfico, mas que não pode também negligenciar as palavras e seus sentidos práticos: "we cannot ignore words, because words and concepts stand in a close (partly evidentiary, partly constitutive) relationship." (LEITER, 2001, p. 358). Ela é uma investigação de caráter *analítico* e, dessa forma, ocupa-se não apenas com a identificação dos sentidos aplicados para um determinado conceito, mas, sobretudo, com o isolamento e a seleção de propriedades capazes de explicar a natureza do objeto analisado a partir das proposições a ele relacionadas. Como explica Shapiro, a análise conceitual se desenvolve como um trabalho de detetive: ele se desenvolve a partir da obtenção e do processamento de pistas até o ponto em que as perguntas centrais são respondidas.[3] No âmbito da análise conceitual, porém, a principal diferença dessa tarefa consiste no fato de que as suas pistas são, desde o início, obviamente verdadeiras (SHAPIRO, 2011, p. 13).

É certo que uma análise conceitual com pretensões puramente *descritivas*, tal qual proposta pelo exercício de sociologia descritiva de Hart na análise proposta em seu livro "O Conceito de Direito" (HART, 1994, p. vii), pode ser contestada (DWORKIN, 2004), seja porque não é capaz de dar conta de um conceito valorativamente carregado como Estado de direito, seja porque pode levar a conclusões tão gerais que tornam o empreendimento teórico incapaz de permitir a superação das divergências existentes acerca das propriedades essenciais do conceito. Nesse sentido, não haveria como uma análise sobre o conceito de Estado de direito também não incluir aspectos valorativos, geralmente orientados em escolhas sobre qual deve ser a sua *função* na sociedade (LEITER, 2001, p. 359, 363ss). Essa seria uma consequência esperada da análise de um conceito essencialmente contestável, como o objeto

[3] "Imagine that someone is murdered. The detective will first look for evidence at the crime scene, collecting as many clues as she can. She will study those clues hoping that the evidence, coupled with her knowledge of the world and human psychology, will help eliminate many of the suspects and lead her to the identity of the killer". Cf. SHAPIRO, 2011, p. 13.

de investigação deste trabalho, que “has evaluative as well as descriptive elements, and its correct application cannot be fixed simply by appeal to ordinary usage” (FALLON JR., 1997, p. 7). As convenções linguísticas sobre o conceito, assim, podem ajudar a entendê-lo, mas não são capazes de esgotar uma tentativa de compreensão adequada do seu significado social. As investigações sobre os truísmos em torno do conceito revelam, por isso, um primeiro passo importante para explicá-lo, mas que não impedem complementações orientadas em referenciais normativos, que, quando claros, explicitam as valorações do teórico e facilitam o debate.

Quando buscamos, então, truísmos em relação ao conceito de Estado de direito chegamos, em um primeiro nível, mais amplo, à noção tradicional de contenção do arbítrio. Nas palavras de Canotilho, “o princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, 2001, p. 9). A despeito da importância da fórmula, é certo que sua amplitude a torna de pouca utilidade prática. Em um caso difícil, a incidência do Estado de Direito dificilmente seria, portanto, decisiva do ponto de vista normativo para o desfecho do problema se seu único aspecto destacado fosse aquele. Um exemplo pode ser esclarecedor: no julgamento do MS 24.268/MG, o Supremo Tribunal Federal teve de apreciar a adequação de medida do Tribunal de Contas da União, que cancelou unilateral e sumariamente o pagamento de pensão de beneficiária adotada sob o argumento de não ter sido comprovada a adoção por falta de preenchimento de requisitos formais. Ocorre que a pensão em comento fora concedida dezoito anos antes da manifestação do Tribunal de Contas e, não é preciso dizer, após longa constituição de situação digna de amparo. Poderia, afinal, a Administração invalidar o ato de concessão do benefício considerado nulo pelo rigorismo formal? No caso, colidiam os princípios da legalidade e da segurança – expressa na ideia de *proteção da confiança* –, tradicionais corolários do Estado de Direito, cuja relevância para o resultado da ponderação seria nula se o Tribunal afirmasse a prevalência de uma das normas imbricadas em razão da necessidade de *contenção do arbítrio* (SILVA, 2004, p. 2). É preciso, por conseguinte, descer mais alguns degraus para se chegar a dimensões mais precisas da expressão “Estado de Direito”.

### 2.1. Estado de direito, *Rechtsstaat* e *rule of law*

Um esforço analítico de determinação dos subprincípios do Estado de direito passa necessariamente pelo modo como o conceito é compreendido em diferentes tradições. No caso brasileiro, esse tipo de consideração é especialmente importante, já que o rótulo "Estado de direito" é comumente relacionado à ideia anglo-saxônica de *rule of law* e ao conceito alemão de *Rechtsstaat* (NOVAIS, 2006, p. 51-53).

O reconhecimento de uma relação de identidade entre as ideias de *rule of law* e *Rechtsstaat* é contestável. Böckenförde, por exemplo, afirma categoricamente que "'Rechtsstaat' é uma construção linguística e uma alcunha conceitual própria do campo linguístico alemão que não encontra correspondência em outras línguas. A '*rule of law*' no direito anglo-saxônico não é uma construção conceitual conteudisticamente paralela e a linguagem jurídica francesa não conhece qualquer construção linguística ou conceitual comparável." (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 144). O conceito proveria do pensamento liberal florescente na Alemanha no início do século XIX e estaria visceralmente vinculado ao direito racional. Nesse sentido, o *Rechtsstaat* seria "o Estado de direito da razão, o Estado que realiza os princípios da razão (...) na vida comum dos homens e para a vida comum deles". (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 145). A ideia de *rule of law*, por outro lado, nasce na esteira da revolução gloriosa e nos ideais de supremacia do Parlamento e da afirmação de direitos individuais oponíveis ao próprio legislador. (NOVAIS, 2006, p. 53). Não haveria, assim, ponto de contato capaz de justificar a fungibilidade entre duas expressões que designam objetivos diferentes em tradições que também são diferentes. Para Neumann, por exemplo, a principal diferença entre os conceitos consiste no caráter neutro em relação à estrutura política do Estado vinculada ao ideal alemão, em oposição à ideia de *rule of law*, que nasce estreitamente vinculada à doutrina da supremacia parlamentar (NEUMANN, 1986, p. 179 ss.).

Esse é, certamente, um debate rico e que não poderá ser aprofundado aqui. Partiremos, apesar das vozes em contrário, da concepção de que entre ambos os conceitos não existe diferença relevante. Embora os dois conceitos tenham surgido em contextos diferentes e possam variar, a essência por trás deles pode ser considerada a mesma, uma vez que tanto *rule of law* como *Rechtsstaat* expressam esforços e ideais como os de juridicidade e limite ao poder (MACCORMICK, 1984). Para Jorge Reis Novais, os traços essenciais da doutrina do *Rechtsstaat* originário – "a racionalização do Estado com vista à proteção dos direitos e realização do indivíduo" – também estão presentes "nas ideias que, sob fórmulas diferentes, se generalizam na Europa e América do século XIX". (NOVAIS, 2006, p. 46). Assim, opta-se

por seguir o empreendimento analítico sobre o conceito de Estado de direito focando traços que, em diferentes tradições, emergem como elementos comuns, ainda que, com o tempo, o desenvolvimento dos conceitos possa ter causado reorientações específicas (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 143), incapazes, porém, de afetar um núcleo compartilhado caracterizado pelos ideais de limitação do poder e proteção da autonomia individual.

## 2.2. Bidimensionalidade

Na tentativa de definir os elementos estruturantes de tão importante princípio constitucional, é costume referir-se a uma bidimensionalidade do conceito (FERRAJOLI, 2003; SILVA, 2004). No sentido lato, débil ou formal, *Estado de Direito* é expressão que designa certa conformação político-institucional em que o poder é exercido de acordo com e nos limites do direito vigente, produto da sequência de procedimentos legalmente fixados. Esse modelo, destituído de considerações de conteúdo e condicionado pelo respeito a um rígido legalismo, é associado ao modelo de Estado Liberal ou Legal (FERRAJOLI, 2003, p. 14; ZAGREBELSKI, 1999, p. 22-23). Em um segundo sentido, forte, substantivo ou material, o Estado é qualificado como *de Direito* quando os poderes públicos estão não somente submetidos ao que dispõe a lei – *vinculação formal* –, como também a certos princípios substantivos – *vinculação material*. É, nesse sentido, também um Estado de justiça, segurança e juridicidade, como são os Estados constitucionais contemporâneos (FERRAJOLI, 2003, p. 23ss.).

Marmor (2004) condensa essas duas faces na afirmação de ser o ideal do Estado de Direito que as pessoas sejam governadas pelo direito. Isso significa (i) que os governantes devem pautar sua conduta dentro das fronteiras do que dispõe o direito e (ii) que as leis formuladas pelas autoridades, nos termos do processo legislativo vigente, devem ser capazes de guiar a conduta dos administrados.

Os dois componentes implicam-se mutuamente. Dizer que as ações não escoradas no direito vigente não são ações estatais é uma tautologia que pouco esclarece. Se os governantes devem obedecer ao direito de tal modo que uma comunidade seja governada pela lei e não pelos homens, é preciso saber por qual razão é o direito o mecanismo mais adequado para reger a vida em comunidade. É preciso, portanto, definir que características associadas ao direito o tornam mais apto para guiar as condutas humanas – inclusive dos agentes públicos – e, ao mesmo tempo, não o esvaziam de conteúdo. A resposta mais simples estaria na

vinculação entre aquilo que conta como jurídico e algum grau de moralidade. Se direito e moral são necessariamente conexos, parece simples demonstrar por que o direito deve pautar as condutas humanas e por que os governantes e agentes públicos devem se submeter a ele.

Contudo, talvez não seja preciso ir tão longe. As considerações acerca do conteúdo do direito formulado pelas autoridades, embora importantes, podem ser postas em um segundo momento, uma vez que, antes de saber se as leis são ou não justas, é preciso saber por que um sistema jurídico composto primariamente por leis – na forma de regras – é preferível a outras formas de controle social. É quando se buscam as virtudes *formais* do direito e se explica como essas virtudes podem promover certos bens que se começa a delinear os contornos do Estado de Direito (MARMOR, 2004, p. 5), concretizar as ideias vagas a ele vinculadas e evitar sua erosão normativa. É no âmbito da definição e adequada compreensão de seus corolários e subprincípios que será possível superar alguns problemas vinculados ao princípio do Estado de Direito, tais quais (i) o que ele significa como princípio, (ii) quais são seus subprincípios, (iii) o que esses subconceitos significam e (iv) em quais relações estão um para o outro (SOBOTA, 1997, p. 8).

É possível dividir esses elementos em dois grandes grupos: do ponto de vista *material* ou *final*, ideias como as de juridicidade, supremacia da Constituição, vinculação à Constituição, jurisdição constitucional, liberdade, igualdade, direitos fundamentais, separação de poderes, legalidade, vinculação à lei, equidade, prioridade da lei, reserva de lei, dever de determinação, certeza de competência, publicidade dos negócios estatais, imparcialidade, segurança jurídica, proteção da confiança, utilização de medidas jurídicas nas atividades do Estado, dever geral de garantia da justiça, proteção judicial frente às autoridades públicas, responsabilidade do Estado e proporcionalidade compõem o acervo dogmático desenvolvido a partir do princípio[4]; ao mesmo tempo, sob o ângulo *formal* ou *funcional*, representam virtudes do Estado de Direito ideias como generalidade, promulgação, ausência de leis retroativas, clareza, ausência de antinomias, ausência de prescrições impossíveis, estabilidade e, finalmente, aplicação consistente do direito[5].

## 3. O risco do instrumentalismo no raciocínio jurídico

[4] Por todos, vide a sistematização de SOBOTA, 1997, parte I, e CANOTILHO, 2003, p.243-281.
[5] O catálogo, seguindo Lon Fuller, é de Andrei Marmor. V. MARMOR, 2004, p. 5-7.

As análises anteriores permitem o estabelecimento de relações entre o conceito de Estado de direito com o conceito de direito, a democracia, a justiça, direitos fundamentais de defesa e prestacionais e a segurança. Essas relações podem ser percebidas em temas relacionados ao desenho institucional, ao exercício da autoridade na produção legislativa do direito e à tomada de decisão judicial. A sobreposição dessas relações, como apontado, nubla as diferenças específicas e impede a determinação do que é capaz de caracterizar cada uma dessas ideias. Neste trabalho, dois tipos de relação serão enfatizadas visando, no limite, a dissociar o Estado de direito de outros ideais que robusteceram o conceito ao longo do tempo: as relações entre Estado de direito e segurança com foco na aplicação do direito. Nesse contexto, defende-se que um Estado de direito requer uma conformação institucional e uma forma de produzir e aplicar o direito capazes de lidar com o risco do *instrumentalismo*. A principal consequência de uma instrumentalização do material jurídico ou de doutrinas e métodos de interpretação para o alcance de fins é, assim, a diluição de importantes virtudes de um Estado de direito. A hipótese de fundo levantada neste momento é a de que processos decisórios instrumentalistas tendem a produzir decisões que dificultam o *planejamento* individual, afetando, assim, um dos compromissos fundamentais de um Estado de direito: a *segurança*, considerada um dos seus "postulados imanentes"[6].

A expressão instrumentalismo é usada aqui como a síntese de algumas características e problemas relacionadas à orientação da prática jurídica na busca permanente pela realização de finalidades imediatas em casos concretos.[7] Quando isso acontece, o material jurídico autoritativo (especialmente as regras) não é capaz de exercer pressão formal sobre os

[6] BVerfGE 25, p. 269, 290. Sobre o assunto cf. também FALLON JR., 1997, p. 7ss.

[7] Segundo Tamanaha, a expressão instrumentalismo pode ser usada "as an account of the nature of law, as an attitude toward law that professors teach students, as a form of constitutional analysis, as a theoretical perspective on law, as an orientation of lawyers in their daily practice, as a strategic approach of organized groups that use litigation to further their agendas, as view toward judges and judging, as a perception of legislators and administrators when enacting laws or regulations". (TAMANAHA, 2006, p. 1). Apesar dessa pluralidade de aplicações, os usos da expressão instrumentalismo podem ser apresentados em dois grupos mais gerais: ela pode ser resumida ou em uma certa atitude consciente de atores institucionais relativa à aplicação do direito, ou em uma perspectiva teórica de compreensão do direito e da sua natureza (id. p. 7). No primeiro caso, a expressão instrumentalismo se refere ao processo de racionalização de decisões jurídicas. Em sua dimensão normativa, ela significa, sobretudo, que a correção de decisões e ações jurídicas depende de sua aptidão para promover certos fins, sejam eles os fins buscados pelas regras a serem aplicadas, sejam fins mais amplos considerados pelos próprios juízes como socialmente relevantes. No segundo caso, a expressão instrumentalismo se refere a uma suposta propriedade que define a natureza do direito. Nesse nível, a preocupação é com o conceito de direito, ou seja com a questão "o que é o direito?", e não com o problema da racionalidade das decisões dos participantes. Ambas as dimensões não necessariamente se comunicam, na medida em que elaborar uma certa perspectiva sobre o conceito de direito não implica necessariamente ter uma teoria da decisão ou da interpretação jurídica. Mas isso não significa que análises desenvolvidas em um desses níveis não possam ser úteis para investigações relativas ao outro plano, especialmente quando o objetivo visado não é apresentar uma específica concepção instrumentalista, mas identificar as teses que definem conceitualmente o instrumentalismo qua a expressão de uma certa atitude de tomadores de decisão em relação à fundamentação de suas decisões.

processos decisórios e é, sempre que possível, manipulado na tentativa de racionalizar escolhas supostamente legítimas no direito.[8] Uma postura instrumentalista conjuga, assim, um consequencialismo de primeira ordem com um ceticismo de regras. Instrumentalismo não é, assim, um simples viés pragmático[9], que orientaria atores institucionais não apenas a seguir regras, precedentes e respeitar a "moralidade interna" (FULLER, 1969, cap. II) do direito, mas também a considerar possíveis resultados de suas decisões. Ao representar um *compromisso normativo orientado para consequências* para orientar a tomada de decisão jurídica, ele representa mais do que um comando para levar a sério efeitos empíricos de alternativas de escolha. Instrumentalizado, o direito se torna um instrumento para implementar fins de natureza política (GRIBNAU, 2003, p. 34), "a desnaturation of the instrumentality of law" (GRIBNAU, 2003, p. 35), "an empty vessel without builty-in restraints". (TAMANAHA, 2006, p. 215).

Mas o que acontece quando o material jurídico é *instrumentalizado*? A porosidade da expressão não parece dizer muito. A melhor forma de responder à questão posta parece-me, por isso, depender de uma análise das diferentes facetas pelas quais o instrumentalismo pode se manifestar. Cinco são as fundamentais: (i) a orientação teleológica sem fins previamente especificados; (ii) a facilitação de escaladas de justificação aos limites mais vagos da Constituição; (iii) o excesso de particularismo decisório; (iv) a colonização da argumentação jurídica por formas não tradicionalmente jurídicas de raciocínio; (v) enfraquecimento dos direitos fundamentais (LEAL, 2014, p. 272-301).

### 3.1. Os riscos para o Estado de direito

Como dito, o instrumentalismo é problemático como teoria compreensiva do raciocínio jurídico por dissolver dimensões relevantes do Estado de direito. As escaladas de justificação corroem a hierarquia da ordem jurídica; o particularismo decisório colapsa a divisão de poderes; a colonização da argumentação jurídica por outras áreas da ciência, ao implicar aumento de complexidade decisória, juntamente com o possível compromisso com quaisquer fins em uma sociedade marcada pelo dissenso afetam a controlabilidade, a

[8] As críticas contra o instrumentalismo são geralmente apresentadas como objeções a versões extremas de uma teleologia, como as pressupostas pelo Utilitarismo de atos e por um pragmatismo jurídico desvinculado em princípio de compromissos de segunda-ordem (ao contrário do modelo de Posner). V. a respeito KASISKE, 2009, p. 263; LYONS, 1980, p. 952ss.

[9] Nesse sentido é de se ressaltar que „ '[i]nstrumentalism' was another label for pragmatic philosophy, the label preferred by John Dewey". V. TAMANAHA, 2006, p. 62.

previsibilidade e mesmo a racionalidade das decisões; e, finalmente, o enfraquecimento dos direitos fundamentais – especialmente dos direitos de defesa – revela a pura incompatibilidade entre uma compreensão instrumentalista do direito e a presença de limites. O instrumentalismo afeta, assim, necessariamente as condições formais mais básicas para a emergência de um Estado de direito (RAZ, 1979, p. 214-220), ainda que também viole, evidentemente, elementos materiais comumente vinculados ao conceito, como as ideias de democracia e respeito a direitos individuais (GRIMM, 2009, p. 598ss.). Em um cenário com tais características, é de se questionar até a possibilidade de se existir direito, na medida em que, no âmbito de uma perspectiva instrumentalista, as decisões jurídicas são determinadas, no final das contas, pelas visões pessoais dos juízes, e não pelo direito (TAMANAHA, 2006, p. 227). Para um juiz instrumentalista, a solução de casos concretos é o momento para considerar as consequências das suas alternativas de escolha a fim de realizar objetivos legislativos ou implementar políticas que eles mesmos julguem essenciais para a sociedade. Observar limites ou privilegiar virtudes orientadas para o passado são, por isso, exigências completamente secundárias (ou mesmo irrelevantes). O instrumentalismo expressa, em resumo, a antítese do próprio direito, ao fomentar virtudes opostas às vinculadas à sua natureza, como a força das regras como guias de ação em um sistema jurídico, a observância de autoridade e a limitação do exercício do poder.

É claro, naturalmente, que a incompatibilidade entre o instrumentalismo e o Estado de direito não se segue da tensão entre a situação de incerteza e arbitrariedade produzidas pela tentativa de realização permanente de fins e exigências ideais de objetividade. A existência de um Estado de direito não depende da criação de limites sempre eficazes ao exercício da discricionariedade judicial ou de qualquer outra expressão de poder e o alcance de pressupostos ideais como plenas vinculação dos poderes estatais ao direito, calculabilidade e previsibilidade das manifestações estatais de poder. Se em uma organização social simples a realização desses pressupostos já seria impossível em razão dos limites epistêmicos[10] e linguísticos[11] que afetam necessariamente nossas ações e decisões, em uma sociedade

[10] Os limites epistêmicos são todos aqueles relacionados à nossa capacidade limitada de obter, processar informações e julgar imparcialmente.

[11] Os problemas relacionados à linguagem (notadamente a vagueza, a plurivocidade e a abertura valorativa) afetam necessariamente o direito porque os seus comandos se servem de formulações linguísticas. Por conseguinte, os limites da linguagem restringem em princípio qualquer pretensão de objetividade. Mas tais problemas, claro, não implicam indeterminação absoluta. A textura aberta da linguagem implica, segundo Hart, apenas *uncertainty at the bordeline* (V. HART, 1994, p. 128). A indeterminação do direito, então, ainda que necessária, não é absoluta e muito menos a regra. Aceitar as limitações da linguagem em alguns casos não permite concluir que não existem outros casos em que a aplicação de um conceito é inequívoca. Admiti-lo seria afirmar que o direito é *radicalmente* indeterminado. Contra a tese da indeterminação radical cf. ENDICOTT,

complexa cujo sistema jurídico espelha essa mesma complexidade o empreender de uma tarefa desse tipo se revelaria completamente sem sentido. O aumento da complexidade social e das demandas por ações estatais, que se refletem no robustecimento das Constituições, no excesso de produção legislativa, no uso de standards de decisão mais abertos, cláusulas gerais nas manifestações institucionais e nos compromissos mais efetivos com questões de justiça substantiva certamente contribuem para um declínio do Estado de direito.[12] Mas esse declínio é correto apenas no sentido em que se torna cada vez mais difícil se aproximar dos seus ideais. O problema, com outras palavras, permanece sendo de grau.[13] Qualquer sistema jurídico de um Estado de direito precisa conviver com áreas de indeterminação, sejam elas maiores ou menores. Mas isso não significa que seus ideais não desempenhem qualquer papel em contextos de produção e aplicação do direito, se se entende que a condição fundamental de um Estado de direito é que se busque sempre levar adiante essas atividades sem que se leve a sério a importância de fidelidade ao direito (notadamente do direito preexistente), pois só assim o direito pode guiar comportamentos – e não as idiossincrasias de juízes (TAMANAHA, 2006, p. 244; ENDICOTT, 1999). Um ceticismo em relação ao que exige um Estado de direito não fala, portanto, nada a favor de posturas instrumentalistas. Motivo para tanto é que a impossibilidade de alcance de exigências ideais não impede necessariamente aproximações nos limites da realidade. Nesse sentido, a maior ameaça do instrumentalismo ao Estado de direito não está relacionada à impossibilidade fática de realização dos seus ideais normativos, mas, como já esboçado, à desistência *consciente* de sua observância por todos os atores institucionais (especialmente juízes) em favor da busca cega pela realização de fins ou de qualquer outro valor considerado absoluto.[14] Nas precisas palavras de Tamanaha:

> "The threat to the rule of law posed by this complex of ideas is not that judges are incapable of rendering decisions in an objective fashion. Rather, the threat is that judges come to *believe* that it cannot be done or that most fellow judges are not doing it. This skepticism, if it becomes

---

1996. Reconhecer que as limitações da linguagem não conduzem à indeterminação global do direito é fundamental, no plano linguístico, para que as fronteiras textuais sejam levadas a sério no direito. Contra a possibilidade "einer Interpretationsgrenze der Rechtsarbeit, die aus intrinsischen Eigenschaften des Textes abgeleitet werden können", MÜLLER, Friedrich. Juristische Methodik, p. 234ss. (especialmente p. 237).

[12] V. UNGER, 1976, p. 193-200, que associa o declínio do Estado do direito com o advento do welfare state. Sobre os riscos para o Estado de direito de uma sociedade de risco cf. PAPIER, 2010.

[13] Sobre as relações graduais entre direito e as condições do estado de direito cf. MARMOR, 2004, e GRIMM, 2009, p. 599.

[14] Grimm fala, por exemplo, de um instrumentalismo que se legitima a partir da prioridade da realização de verdades. Se a dominância política em um Estado se legitima de verdades absolutas (de natureza religiosa ou secular) ou de uma pluralidade de pretensões de verdade, a conseqüência é a perda pelo direito de sua autonomia: "Im Konflikt zwischen Wahrheitsansprüchen und Rechtsbindung werden sie gewöhnlich den Vorzug geben, und zwar ohne schlechtes Gewissen." Cf. GRIMM, 2009, p. 597.

> pervasive among lawyers, judges, and the public, will precipitate a self-fulfilling collapse in the rule of law". (TAMANAHA, 2006, p. 236).

## 4. O Estado de direito como mecanismo de administração da incerteza

Em suas relações com a segurança e na dimensão de aplicação do direito, o Estado de direito visa a lidar com o risco do instrumentalismo, cujas dimensões revelam as formas pelas quais o arbítrio na tomada de decisão judicial pode se expressar. O Estado de direito, que tem na contenção do arbítrio um de seus compromissos mais amplos, reforça a necessidade de justificação racional de decisões judiciais visando à redução e ao controle das diferentes facetas instrumentalistas. Mas os ideais mais gerais vinculados ao princípio do Estado de direito não se resumem a exigências de proteção contra arbitrariedades relacionadas ao exercício do poder político. Um Estado de direito é necessário não apenas para lidar com os riscos da discricionariedade absoluta. A fonte do problema para o qual a solução passa pela separação de poderes, a legalidade e a vinculação ao direito não está necessariamente relacionada ao pressuposto de que o poder absoluto corrompe. Recorrendo à metáfora de Larry Alexander, é possível dizer que o Estado de direito e todas as demais exigências do lado formal do direito são necessários não porque os homens não são *anjos*, inclinados a fazer o bem, mas porque eles não são *deuses*, e, assim, oniscientes (ALEXANDER, 2011, p. 184s.).

Uma comunidade pode estar de acordo a respeito de quais são os princípios morais mais gerais que devem ser preservados e podem até ter boa vontade na busca por realizá-los. O problema, contudo, é que os mecanismos do Estado de direito são necessários, sobretudo os formais, para lidar também com questões de desacordo moral particular. Pessoas podem estar de acordo, por exemplo, que igualdade é um valor fundamental, mas podem divergir sobre a definição de uma política de ação afirmativa. São esses desacordos, que podem levar a uma desarmonia nociva, que dificultam a vida em uma comunidade complexa na qual não há autoridade exercida sem regras gerais. (ALEXANDER, 2011, p. 167ss.) Por isso, a exigência de contenção do arbítrio pode até ser suficiente para justificar o entrincheiramento de um núcleo de direitos, mas o problema *cognitivo* do desacordo moral particular é crucial para justificar as virtudes formais de um Estado de direito independentemente de um possível argumento motivacional relacionado ao exercício do poder.

Pensar o que pode representar o norte a partir do qual o conceito de Estado de direito pode ser investigado, requer, assim, um esforço de condensação dos ideais de restrição do poder e de superação de problemas epistêmicos. Para entender, portanto, qual é o ponto ou

objetivo do conceito de Estado de direito é preciso pensar na *função* que ele pretende exercer para além desses dois ideais, que se complementam, mas não levam necessariamente aos mesmos resultados. Nesse sentido, proponho que o Estado de direito deve ser compreendido como um mecanismo de *administração de incertezas*. Isso significa que ele deve, por um lado, evitar a produção e a reprodução de incerteza, insegurança e custos excessivos nos processos de tomada de decisão e, por outro, promover valores como estabilidade, previsibilidade e eficiência. Gerenciar a incerteza relacionada ao exercício do poder político explica a necessidade de contenção do arbítrio; fazer o mesmo em relação aos limites epistêmicos que afetam processos deliberativos reais justifica por que o Estado de direito é a síntese de um arcabouço institucional e de exigências sobre a manifestação do direito indispensável para solucionar problemas de coordenação social e se torna, assim, condição de possibilidade para o planejamento.[15]

Sob o referencial da administração da incerteza é possível voltar aos outros ideais comumente vinculados ao Estado de direito, cujo conteúdo foi sendo robustecido historicamente a partir de novas orientações (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 143), e aos seus subideais a fim de determinar o que compõe o conjunto das suas propriedades constitutivas e é, por conseguinte, capaz de diferenciá-lo de outras ideias. A possibilidade de vinculação ao conceito de Estado de direito de conceitos como os de democracia e de Estado social depende exatamente da medida em que essas relações podem ser justificadas a partir do ponto ou função selecionado. Essa é uma tarefa a ser desenvolvida, embora não a entenda como necessária para a problematização da validade do argumento da administração da incerteza.

## 5. Conclusão

Ao longo deste trabalho pretendeu-se empreender um esforço conceitual, norteado pela determinação do ponto ou função do Estado de direito, a fim de contribuir para a fixação das suas propriedades específicas. Partiu-se de truísmos relacionados ao conceito e às relações de implicação recíproca que se pode estabelecer entre Estado de direito e segurança jurídica como base para sustentar a tese de que um Estado de direito ergue a pretensão de administrar as incertezas relacionadas ao exercício do poder político e às limitações epistêmicas que afetam processos decisórios reais.

[15] Esse é, reitero, sobretudo, um esforço conceitual de compreensão do que requer um Estado de Direito. Ele não parte e tampouco ergue a pretensão de confirmar qualquer esforço genealógico em torno do ideal sob investigação.

A concepção de Estado de direito como administrador de incertezas certamente não esgota todas as propriedades que se possa vincular ao conceito e tampouco ergue a pretensão de captar definitivamente a sua natureza. Ela é, ao contrário, o ponto de partida para a construção de um edifício teórico pretensamente coerente capaz de explicar o que o ideal de Estado de direito pode exigir dos procedimentos de *criação* e *aplicação* do direito. Nesse ponto, a visão de que a instituição de um Estado de direito visa a combater os problemas – essencialmente as *incertezas* – relacionados à instrumentalização do material jurídico autoritativo para a realização de preferências pessoais de tomadores de decisão representa um passo importante para compor o arcabouço analítico considerado necessário para a conclusão de um esforço de investigação da natureza do Estado de Direito como ideal. Conter o arbítrio ou gerenciar os problemas epistêmicos envolvidos em processos decisórios pressupõe, assim, uma certa conformação institucional e, especialmente, um modo de criar e lidar com o direito. Sem que o direito vigente e as instituições responsáveis por determiná-lo sejam capazes de administrar as duas incertezas acima elencadas, não se pode definir um Estado como um Estado de direito.

Essa é certamente uma conclusão problematizável, já que envolve valorações explícitas. O objetivo deste trabalho, no entanto, é exatamente permitir o debate sobre um conceito controvertido. Mais do que isso, parte-se da crença de que o ideal, apesar dessa característica, não deve ser resumido a uma exortação política incapaz de desempenhar um papel relevante no direito, especialmente nos procedimentos de justificação de decisões judiciais. Esse é um tipo de esforço que permite que avancemos na direção da compreensão e da concretização de um Estado de Direito.

Bibliografia

ALEXANDER, Larry. Comigo é tudo ou nada: formalismo no direito e na moralidade. In: José Rodrigo Rodriguez (Org.). A justificação do formalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-200.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2. Edição, Frankfurt a.M. 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos democráticos nr. 7. Lisboa, 2001.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, p. 1-37, 2004.

ENDICOTT, Timothy. Linguistic indeterminacy. *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 16, p. 667-697, 1996.

_____. The Impossibility of the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 19, 1999, p. 1-18

FALLON JR., Richard H. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review* 97, p. 1-56, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y Futuro del Estado de Derecho. In: Miguel Carbonell (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*, New Haven/London 1969.

GRIBNAU, Hans. Legal Principles and Legislative Instrumentalism, in: Arend Soeteman (Org.), *Pluralism and Law*, ARSP Beiheft 89, p. 33-43, 2003.

GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit. *JZ* 12, p. 596-600, 2009.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2a. ed. Oxford/NY: OUP, 1994.

KASISKE, Peter. *Rechts- und Demokratietheorie im amerikanischen Pragmatismus*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LEITER, Brian. Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis. In: Jules Coleman (Org.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, New York, 2001, p. 355-370.

LYONS, David. Legal Formalism and Instrumentalism – a Pathological Study. *Cornell Law Review* 66, p. 949-972, 1980.

MACCORMICK, Neil. Der Rechtsstaat und die Rule of Law. *JZ* 2, p. 65-70, 1984.

MARMOR, Andrei. The Rule of Law and Its Limits. *Law and Philosophy* 23, p. 1-43, 2004.

NEUMANN, Franz. The Rule of Law. Heidelberg/Dover, 1986.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

PAPIER, Hans-Jürgen. Rechtsstaat im Risiko. *DVBL*, 13/2010, p. 801-807.

RADIN, Margaret Jane. Reconsidering the rule of law. *Boston University Law Review* 69, p. 781-819, 1989.

RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue, in: ____. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: OUP, 1979, pp. 210-229.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge/London: HUP, 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, nº 237, p.271-315, 2004.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr, 1997

TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End. Threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira, *Law and Modern Society: towards a criticism of social theory*, New York (u.a.), 1976.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law as a Theater of Debate, in: Justine Burley (Org.). *Dworkin and his critics*. Oxford: OUP, 2004, p. 319-336.

WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. 3ª edição. Madrid: Trotta, 1999.