

Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Regulação Plano de Ensino

- **Disciplina:** Transformações do Direito Público
- **Curso:** Doutorado
- **Tipo Disciplina:** Eletiva Específica
- **Carga Horária:** 45h (3 créditos)

- **Ementa:**

A constitucionalização do direito administrativo: avanços e retrocessos; O dever de proporcionalidade entre a irracionalidade e a superracionalidade; Proporcionalidade e análise de impacto regulatório: estruturas diferentes, problemas semelhantes?; A legalidade em um modelo de juridicidade: ainda há espaço para o formalismo?; Discricionariedade e deferência: avanços conceituais a partir da teoria do direito?; Inclinações pragmáticas no direito público: justificação e bases teóricas; A estrutura de raciocínios consequencialistas e os seus problemas; Conhecimento, prognoses e interações entre direito e ciência; A incerteza radical como problema de decisão; Racionalidade limitada e os impactos da ciência comportamental como limites a empreendimentos normativos ambiciosos; Decisões de segunda-ordem e second-best: em busca de um consequencialismo justificado em seus efeitos; Aspectos institucionais também importam: o argumento das “capacidades institucionais”; Um direito ao erro do administrador público?; Democracia e conhecimento: tensões para a legitimação de audiências públicas.

- **Objetivos:**

Apresentar os limites e buscar alternativas para lidar com os desafios teóricos, conceituais, metodológicos, dogmáticos e institucionais relacionados às recentes inclinações pragmáticas no direito público brasileiro, apresentadas como possíveis caminhos para lidar com os excessos da constitucionalização e para promover mais segurança jurídica em processos decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial.

- **Temas e Bibliografia:**

A constitucionalização do direito administrativo: avanços e retrocessos

Bibliografia:

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 39-60.

GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: on the Constitutional Character of Administrative Law. In: Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (eds). Comparative Administrative Law. Cheltenham: Elgar. 2010, p. 117-127.

HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 626-649, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mou047>.

POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo Ambiguo. In: Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota. 2003, p. 187-210.

O dever de proporcionalidade entre a irracionalidade e a superracionalidade.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>.

BLACK, Julia. Forms and paradoxes of principles-based regulation. *Capital Markets Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 425-457, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmn026>.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, p. 383-397, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4491725>.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: Matthias Klatt (Ed.) *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: OUP. 2012, p. 152-172.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez, 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/78>

PETERSEN, Niels. *Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, cap. 2.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Nos Limites do Possível. Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p.179-228.

Proporcionalidade e análise de impacto regulatório: estruturas diferentes, problemas semelhantes?

Bibliografia:

CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, v. 22, p. 575-617, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2752068>.

HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. *Forest Policy and Economics*, v. 11, n. 5-6, p. 413-421, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>.

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 313-348, 2020. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/6278>

LÖFSTEDT, Ragnar E. The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact analysis. *Journal of Risk and Uncertainty*, v. 28, n. 3, p. 237-260, 2004. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/B:RISK.0000026097.72268.8d>

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 924-943, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>.

A legalidade em um modelo de juridicidade: ainda há espaço para o formalismo?

Bibliografia:

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 125-191.

FISH, Stanley. There Is No Textualist Position. San Diego Law Review, v. 42, n. 2, p. 629-650, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=641>.

GERSEN, Jacob E.; STEPHENSON, Matthew C. Over-accountability. Journal of Legal Analysis, v. 6, n. 2, p. 185-243, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jla/lau008>.

MATCZAK, Marcin. Why Judicial Formalism is Incompatible with the Rule of Law. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 31, n. 1, p. 61-85, fev. 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/why-judicial-formalism-is-incompatible-with-the-rule-of-law/F1192A032424D36137AD7634F6BAE690>.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina. 2003, p. 137-191 (“Novos Desafios da Legalidade Administrativa”).

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, n. 1, p. 35-45, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1043>.

SCHAUER, Frederick. Formalism. The Yale Law Journal, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol97/iss4/1/>.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros. 2013, p. 132-180.

Discricionariedade e deferência: avanços conceituais a partir da teoria do direito?

Bibliografia:

DWORKIN, R. Taking rights seriously. Cambridge: HUP, 1977, p. 31-39.

HART, H.L.A. Discretion. Harvard Law Review, v. 127, p. 652-665, 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr127&i=664>.

HORWITZ, Paul. Three faces of deference. Notre Dame Law Review, v. 83, p. 1062-1146, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tndl83&i=1071>. (parte I – p.1069-1105).

LAWSON, Gary; SEIDMAN, Guy I. Deference: The legal concept and the legal practice. New York: OUP, 2020, cap. 3 (p. 73-111).

SOPER, Philip. The Ethics of Deference: Learning from Law’s Morals. Cambridge [u.a.]: CUP, 2002 (introdução, cap. 2 e cap. 8).

Inclinações pragmáticas no direito público: justificação e bases teóricas

Bibliografia:

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orgs.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. *Minnesota Law Review*, v. 72, pp. 1343-1345, 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2083&context=mlr>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, capítulo 1 (pp. 23-103).

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. London: Harvard University Press, 2003.

RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. *Southern California Law Review*, v. 63, p. 1811-1819, 1990. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/scal63&i=1825>.

STONE, Martin. Four Qualms about "Legal Pragmatism". In: Graham Hubbs e Douglas Lind (ed.). *Pragmatism, Law, and Language*. NY e Londres: Routledge, 2014, p. 286-303.

TENNERT, John R. Administrative Law as Pragmatism, *International Journal of Public Administration*, v. 29, n. 14, p. 1339-1361, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/01900690600954355>.

A estrutura de raciocínios consequencialistas e os seus problemas

Bibliografia:

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27041/41531-86603-1-PB.pdf>.

MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, *New York University Law Review*, v. 58, p. 239-258, 1983. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nylr58&i=259>.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça (Org.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/18009>.

WALTON, Douglas: Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam, *Argumentation*, v. 13, p. 251-264, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1007779527544>.

PETTIT, Philip: Consequentialism, in: Peter Singer (Org.), *A Companion to Ethics*, Cambridge: Oxford 1991, p. 230-240.

Conhecimento, prognoses e interações entre direito e ciência

Bibliografia:

HAACK, Susan. The embedded epistemologist: Dispatches from the legal front. *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, p. 206-235, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2012.00510.x>.

KAHAN, Dan. On the Sources of Ordinary Science Knowledge and Extraordinary Science Ignorance. In: Kathleen Hall Jamieson, Dan M. Kahan, and Dietram A. Scheufele (eds.). *The Oxford Handbook of the Science of Science Communication*. New York: Oxford Press. Disponível em: http://sites.nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_176867.pdf.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, cap. 1 (Thinking about error in the law).

PETERSEN, Niels. Avoiding the common-wisdom fallacy: The role of social sciences in constitutional adjudication. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, p. 294-318, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot008>.

RESNIK, David B. Is the precautionary principle unscientific?. *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, v. 34, n. 2, p. 329-344, 2003. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1369-8486\(02\)00074-2](https://doi.org/10.1016/S1369-8486(02)00074-2).

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>.

WOODWARD, Richard T., e BISHOP, Richard C. How to Decide When Experts Disagree: Uncertainty-Based Choice Rules in Environmental Policy. *Land Economics*, v. 73, n. 4, p. 492-507, 1997. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3147241?casatoken=SGMAN6Udy_EgAAAAA%3AbIIRI318f4BKHIVQ_B1bYuumYEycM10IqXYZBQQ4t-RRfkiBK9KIK9FF6-Rf3CF5gNxoXvKoEJEbydGgh398DEDwOpGJo_P7UmLDmSZf1D_hj_EJbNYb&seq=1#metadata_info_tab_contents.

A incerteza radical como problema de decisão;

Bibliografia:

FARBER, Daniel. Uncertainty. *Georgetown Law Journal*, v. 99, p. 901-959, 2010. Disponível: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/glj99&i=909>.

GIVATI, Yehonatan; STEPHENSON, Matthew C. Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations. *The Journal of Legal Studies*, v. 40, n. 1, p. 85-113, 2011. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/658407>

KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston/NY: Houghton Mifflin Co., 1921, cap. VII.

MAJONE, Giandomenico. What Price Safety? The precautionary Principle and its Policy Implications. *Journal of Common Market Studies*, v. 40, 2002. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.200.6707&rep=rep1&type=pdf>

RESNIK, Michael D. *Choices: An Introduction to Decision Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006, pp. 1-17.

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press. 2003. cap. 6.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law. *Journal of legal studies*, v. 44, n. 52, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/676332>.

Racionalidade limitada e os impactos da ciência comportamental como limites a empreendimentos normativos ambiciosos

Bibliografia:

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Variants of Uncertainty, in: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Org.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 509-520.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The New Legal Realism. *University of Chicago Law Review*, v. 75 p. 831-851, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283.

MITCHELL, Gregory. Libertarian Paternalism is an oxymoron, *Northwestern University Law Review*, v. 99, n. 3, p. 1245- 1278, 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/illlr99&i=1255>.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The quarterly journal of economics*, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1884852>.

SIMON, Herbert A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. *The American Economic Review*, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1809901>.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies*, v. 35, p. 199-241, 2006. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/500096>.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *The University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1600573>.

Decisões de segunda-ordem e *second best*: em busca de um consequencialismo justificado em seus efeitos

Bibliografia:

LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. The general theory of second best. *The review of economic studies*, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>

SUNSTEIN, Cass. Must Formalism Be Defended Empirically? *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, 1999. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclr66&i=644>

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. In: Cass Sunstein (ed.). *Behavioral Law & Economics*. New York, NY: Cambridge University Press, 2000.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, p. 607-628, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>.

Um direito ao erro do administrador público?

Bibliografia:

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, p. 203-224, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

LEAL, Fernando. *A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução*. Mimeo, 2020.

SABEL, Charles; SIMON, William. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. *The Georgetown Law Journal*, v. 100, p. 53-93, 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.Journals/glj100&i=55>.

Democracia e conhecimento: tensões para a legitimação de audiências públicas

Bibliografia:

POST, Robert. Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State. New Haven: Yale University Press, 2013.

VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. Harvard Public Law Working Paper, n. 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818.

HAACK, Susan. Irreconcilable Differences-The Troubled Marriage of Science and Law. Law & Contemporary Problems, v. 72, p. 1- 24, 2009. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcp72&i=9>.

MOORE, Alfred. Critical Elitism. Deliberation, democracy, and the problem of expertise. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, caps. 1 e 2.