A DERROTABILIDADE NORMATIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O ARTIGO 22 DA LINDB

NORMATIVE DEFEASIBILITY IN ADMINISTRATIVE LAW: ARTICLE 22 OF LINDB

Clarice von Oertzen de Araujo*

RESUMO: *O artigo propõe a interpretação do art. 22, caput, e § 1, da LINDB, à luz das metodologias estabelecidas pelo pragmatismo jurídico e pela teoria da argumentação prática, de Neil MacCormick. O que se pretende é a articulação do elemento contextualista da metodologia pragmática com o procedimento discursivo que emprega a ideia de derrotabilidade normativa (legal defeasibility). A teoria da argumentação, de MacCormick, com a qual será explorada a interpretação do referido art. 22 e seu § 1º, se desenvolve como parte de sua teoria institucional pós-positivista, que concebe o direito como uma entidade institucional, determinada, provida de autoridade, e heteronômica. Os parágrafos 2º e 3º do art. 22 não serão abordados, por estarem fora da ideia de derrotabilidade e de excepcionalidade. Os referidos parágrafos pressupõem a aplicação da sanção, enquanto o objeto de análise – o caput e o § 1º do art. 22 – é a possibilidade de evitar a sua aplicação mediante a prática argumentativa.*
Palavras-chave*: LINDB. Pragmatismo jurídico. Contextualismo. Derrotabilidade.*

ABSTRACT: *This research seeks to provide the interpretation of art. 22 caput and § 1st of the LINDB in the light of methodologies proposed by legal pragmatism and Neil MacCormick's theory of practical argumentation. For this, the study articulates the contextualist element of the pragmatic methodology with the discursive procedure that employs the idea of legal defeasibility. MacCormick's theory of argumentation, with which we will explore the interpretation of the aforementioned Art. 22 and its § 1st, is developed as part of his post-positivist institutional theory, which conceives law as an institutional entity, determined, provided with authority, and heteronomic. Paragraphs 2nd and 3rd of the article will not be addressed, because they are outside the idea of defeasibility and exceptionality. The aforementioned paragraphs presuppose the application of the sanction, while the object of analysis regarding the caput and § 1st of art. 22 is the possibility of avoiding its application through argumentative practice.*
Keywords*: LINDB. Legal pragmatism. Contextualism. Defeasibility.*

1 INTRODUÇÃO

Assumindo a mudança de paradigma experimentada pelo direito administrativo e consolidada com as alterações na Lei de Introdução às

* Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, São Paulo, SP, Brasil.
https://orcid.org/0000-0003-2829-6280

Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655, de 26 de abril de 2018, o presente artigo procura demonstrar a articulação do aspecto contextualista do pragmatismo jurídico com o conceito de derrotabilidade proposto por Neil MacCormick na interpretação das normas de direito público. A hipótese sobre a qual se trabalha é que o elemento do contextualismo pragmático e a ideia de derrotabilidade foram adotados pelo art. 22, *caput,* e § 1º, da LINDB. As dificuldades reais dos gestores e as políticas públicas a seu cargo passaram a ser contempladas como fundamentos legais na prática argumentativa, estabelecida por ocasião da instauração dos processos administrativos sancionadores.

Adotando uma metodologia pragmática, o trabalho pretende explicar a relação complementar entre a contextualização da aplicação de qualquer dispositivo de lei, preconizada pelo pragmatismo jurídico, e a derrotabilidade normativa. Nos ordenamentos jurídicos, a derrotabilidade se apresenta como característica inerente, tendo em vista a inviabilidade de uma aplicação infalível das regras. A incidência e a consequente aplicação infalível de qualquer regra do ordenamento jurídico pressupõem a ausência de toda e qualquer exceção, o que é um pressuposto impossível em ordens dinâmicas como os Estados Democráticos de Direito.

A derrotabilidade normativa, como aspecto essencial dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, pode ser implícita ou explícita. A sua funcionalidade, entretanto, depende da precisa contextualização das situações em que ocorre a aplicação normativa, com a consequente arguição de circunstâncias que excepcionam a aplicação da regra que tipicamente estaria apta a regular a situação em pauta. O uso da derrotabilidade – nas práticas argumentativas de concretização do direito – pressupõe, necessariamente, o contextualismo. Os dois conceitos são complementares e se encontram intrinsecamente relacionados. O escopo do artigo é demonstrar como é possível enxergar a correlação, a partir da inserção do art. 22, *caput,* e § 1º, da LINDB, em se tratando da interpretação das normas de direito público, sobretudo nos processos que envolvem a aplicação dos preceitos do direito administrativo sancionador.

Inicialmente, o texto descreve quais são as contribuições trazidas pelo pragmatismo jurídico ao direito administrativo brasileiro (item 2), alinhando-se à ascensão dogmática experimentada na pós-modernidade, decorrente de percepção da *autêntica gênese social do Direito* que leva os Estados de Direito a assumirem a configuração de *Estados Democráticos de Direito* (MOREIRA NETO, 2018, p. 125). Na sequência (item 3), o texto se ocupa de articular o direito administrativo brasileiro com a teoria institucional proposta por Neil MacCormick, estabelecendo a natureza institucional dos fatos, atos e contratos administrativos. As seções posteriores (itens 4 e 5) tratam de descrever e relacionar o contextualismo proposto pela razão pragmática e a necessidade de descrição minuciosa do contexto, apta a invocar a cláusula

de excpepcionalidade (*unless clause)* adotada pela concepção de derrotabilidade normativa (*legal defeasibility).* O exame de uma decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no item 6, proporciona a ilustração do raciocínio derrotista no direito administrativo. O artigo se encerra (item 7) propondo a possibilidade de aplicação da derrotabilidade ao direito administrativo brasileiro.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO NA PÓS-MODERNIDADE E AS CONTRIBUIÇÕES DO PRAGMATISMO

A proposta deste artigo situa-se num espectro que vem sendo explorado mais recentemente, por parte da doutrina em direito administrativo[1], a qual propõe uma modernização, ou, melhor dizendo, uma atualização das instituições jusadministrativas e seus desdobramentos, em sintonia com uma série de avanços que a pós-modernidade trouxe para a atuação estatal, adotando um marco filosófico que ressalta a decadência do positivismo (MOREIRA NETO, 2018, p. 48) [2] . Trata-se de contribuição muito importante, voltada ao aprimoramento do direito, caracterizando produção que Moreira Neto (2018, p. 37) definiu como *instituição criativa,* a qual combina um viés crítico ao direito posto e um aporte teórico para o direito proposto.

Acredita-se que esta vertente doutrinária apresenta uma tendência mais empirista e indutiva, observando uma inspiração norte americana[3], e que se

[1] Trabalhos importantes nessa vertente de interpretação são as obras de Binenbojn (2014); Mendonça 2014); Sundfeld, (2017); Moreira Neto (2018) e Voronoff, 2019.

[2] Moreira Neto (2018, p. 47, grifo do autor) ressalta: "Este objetivo será alcançado na medida em que os leitores forem desvendando a riquezas dos conceitos e valores que continuam rejuvenescendo um encanecido Direito Público positivista, despojando-o dos herdados vezos autoritários, que o levaram a amesquinhar-se e a estiolar-se, submetido que ficou, exclusiva e inexoravelmente, à fria majestade do aparato estatal e, o que é mais triste, com uma implícita *renúncia à justiça,* máxime porque não é dele um habitual produto". A mesma conclusão e atingida por Sundfeld, que salienta: "Por outro lado, é certo que, tanto por razões políticas como pelas preferências doutrinárias, ainda se mantém viva uma tendência mais estatista, pouco liberal, dos primeiros tempos de nosso direito administrativo. E isso apesar da abertura de modelos privados (caso das empresas estatais, por exemplo) e das reformas regulatórias (introduzindo flexibilidade e competição em serviços públicos, por exemplo). [...] Esse reflexo pode ser medido pelo prestígio da doutrina que defendeu a *supremacia do interesse público sobre o privado* não só como princípio geral, mas como verdadeira base de todo o direito administrativo. Pode parecer intrigante essa doutrina ter feito sucesso justamente nas décadas finais do século XX, quando o Estado já estava envergando trajes empresariais e, por isso, a legislação administrativa ficara mais eclética (SUNDFELD, 2017, p. 65, grifo do autor).

[3] Ao descrever as nuances na doutrina do direito administrativo, Sundfeld (2017) observa uma tendência mais empirista e pragmática, e outra mais racionalista, dotada de maior gosto pela abstração e pelos modelos e sistemas conceituais. A vertente empirista se identifica melhor com uma inspiração norte americana, indutiva; a vertente racionalista se caracteriza pela maior afinidade com o pensamento dedutivo e os pensadores continentais europeus (SUNDFELD, 2017, p. 119). Noutro giro, Binenbojn (2014, p. 16, grifo do autor) explica a diferença de origem do direito administrativo: "Enquanto a

desenvolveu ao refletir sobre o contexto de mudanças na esfera pública, a partir da metade da década de 1990, em que os fenômenos da *privatização* e da *reforma da gestão pública* provocaram alterações na Constituição e na legislação administrativa (SUNDFELD, 2017, p. 53).

Nessa perspectiva, importa ressaltar uma abordagem anticartesiana[4], que muito se harmoniza com o pensamento pragmático, seja em sua origem, com o pragmatismo filosófico, seja em sua versão jurídica, o pragmatismo legal. Trata-se de visão que não se limita a uma reconstrução lógica da realidade, do conhecimento ou do direito. Com efeito, a matriz racionalista não resistiu às mudanças trazidas pela evolução da sociedade pós-moderna, notadamente uma reinserção e revalorização de sentimentos, juízos morais e valores que passaram a influenciar a produção legislativa e a aplicação do direito (MOREIRA NETO 2018, p. 44).

Efetivamente, o Projeto de Lei (PL) nº 7.448/2017, que deu origem à Lei nº 13.655/2018, cujo art. 22 é objeto do presente ensaio, caracterizou o resultado de pesquisas acadêmicas empíricas e indutivas[5] e revelou uma influência ostensiva do pragmatismo jurídico, inclusive no direito administrativo sancionador[6]. Alice Voronoff (2019, p. 107) propõe que a adoção de um olhar pragmático para o direito administrativo sancionador é capaz de contribuir para processos de fiscalização e punição mais efetivos e eficientes, sendo a abordagem pragmática uma das tendências que

---

tradição do direito público anglo-saxão exigia, como elemento constitutivo do próprio Estado de direito (*rule of law*), que indivíduos e entes públicos fossem submetidos às mesmas leis a aos mesmos juízes ordinários – com a vedação genérica, em princípio, a tratamentos privilegiados para o Poder Público - , na tradição continental o direito administrativo é definido, em sua própria natureza, como uma lei essencialmente *desigual,* que conferia à Administração, como condição para a satisfação do interesse geral, posição de supremacia sobre os direitos individuais. Mendonça chega mesmo a afirmar que o direito administrativo assumiu um novo estilo, mais pragmatista, empiricista e assistemático, em decorrência de uma mudança na abordagem metodológica e conceitual da disciplina (MENDONÇA, 2014, p. 179).

[4] É importante lembrar a forte influência francesa no direito administrativo, verificada desde o início no século XIX, muito bem representada pela obra do Visconde do Uruguai, um dos fundadores do direito administrativo brasileiro (SUNDFELD, 2017, p. 58). Somente a partir de 1930 a legislação administrativa refletiria mais intensamente o perfil de ferramenta para o desenvolvimento (SUNDFELD, 2017, p. 60). Destacando a obsolescência do racionalismo, Moreira Neto (2018, p. 66, grifo do autor) explica: "O racionalismo cartesiano foi a poderosa influência filosófica na base da construção da grandiosa *dogmática jurídica,* sistematizada por gigantes do jurismo, que nela vislumbraram a solução perfeita para garantir uma ultimada *segurança nas relações humanas a partir da positivação das normas*. [...] Esse foi, porém, um objetivo apenas em parte alcançado; somente enquanto os fatos se ajustavam às premissas, porque, de resto, como toda obra humana, a construção racionalista não resistiria à obsolescência causada pelo paulatino distanciamento, que se alargaria, entre as estruturas lógicas do Direito posto e os fatos, e, mais especialmente, os valores, que deveriam ser as suas principais e duradouras referências. Almiro do Couto e Silva (2004, p. 281) é outro importante autor que recomendou o temperamento do pensamento cartesiano no direito administrativo brasileiro.

[5] O projeto de lei foi resultado de diversos e amplos projetos de pesquisas desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público, em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (MARQUES NETO, 2019, p. 14).

[6] Conforme Marques Neto e Freitas (2018), o art. 22 da LINDB incorpora o pragmatismo ao âmbito do direito administrativo sancionador.

impulsionam o direito administrativo atual (VORONOFF, 2019, p. 114). O pragmatismo, ao propor uma forma de raciocínio que se pauta pelo método científico, indutivo, falibilista, e em constante contato com a realidade, está apto a oferecer ao direito administrativo uma alternativa ao pensamento mecanicista de aplicação da lei aos casos concretos, proporcionando uma conexão mais realista entre o ordenamento jurídico (plano do *dever-ser*) e o contexto social (plano do *ser*). A aderência à realidade é especialmente exigida pela tipificação das condutas na apuração de irregularidades, seja pela autoridade controladora ou judicial (VORONOFF, 2019, p. 115).

Assim, tendo em conta uma visão geral das posições doutrinárias adotadas pela doutrina em direito administrativo, este artigo se alinha à crença que sustenta a necessidade de se repensar os critérios que atribuem unidade e sistematicidade ao direito administrativo, e este texto propõe a derrotabilidade normativa como uma possível interpretação para as hipóteses de aplicação do art. 22, *caput,* e § 1º, da LINDB, como revelarão os tópicos subsequentes. Para a sustentação dessa interpretação, os pilares do pragmatismo filosófico e jurídico serão adotados, com a posterior exploração de suas projeções e consequências no direito administrativo.

Uma primeira característica que revela a compatibilidade do pragmatismo legal como método de investigação para propostas mais recentes de *mudança dos paradigmas* do direito administrativo brasileiro (BINENBOJN, 2014, p. 30) é a sua postura antifundacionalista, capaz de acomodar a ponderação de princípios exigida por uma hermenêutica constitucional consistente. Vejamos. Um antigo paradigma, atualmente questionado por parte da doutrina administrativista, é o dogma da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, que perdeu a sua qualidade de "axioma reconhecível no moderno Direito Público" (MELLO, 2006, p. 66)[7]. Na medida em que o pragmatismo não adota axiomas ou postulados *a priori,* deve-se ao antifundacionalismo pragmático[8]

[7] Binenbojn (2014, 2014, p. 30, grifo nosso) assim justifica a erosão desse axioma: "Também a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, *necessariamente contextualizada*, que 'demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção'. E prossegue: "Assim, as *relações de prevalência* entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do *jogo de ponderações proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade" (BINENBOJN, 2014, p. 33, grifo do autor). A crise do direito administrativo e o impacto sofrido pelas estruturas jurídicas, em decorrência de alterações das relações havidas entre Estados e grandes empresas privadas participantes do processo de globalização econômica e privatização, também são percebidas por Fábio Medina Osório (2020, p. 82).

[8] Para uma referência mais extensa ao antifundacionalismo como característica definidora do pragmatismo, ver Pogrebinschi (2005, p. 26 e ss.). A indeterminação do direito também é destacada por Eduardo Jordão (2018, p. 66), quando esse autor a trata como um dado de fato e uma constatação objetiva.

a rejeição sistemática e constante de verdades apriorísticas, dogmas e abstrações metafísicas. As verdades e as hipóteses são testadas, não se admitindo crenças fundamentais que se sustentem no vácuo da abstração, adotando-se a premissa do método científico, que se desenvolve empiricamente, mediante tentativa e erro, e sujeito ao falibilismo.

Em suas reflexões, Sundfeld (2017, p. 159) afirma que o direito administrativo atual exige de seus intérpretes a postura do 'jurista institucional', assim entendido o sujeito que "valoriza as instituições mais do que a si mesmo e que aceita a valoriza a pluralidade desse direito, que é próprio da diversidade do Estado contemporâneo e da democracia" . Pois é exatamente a compatibilidade entre o direito administrativo e a *teoria institucional do direito*, proposta por Neil MacCormick, que será o objeto de exploração do tópico a seguir.

3 A TEORIA INSTITUCIONAL DO DIREITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A *teoria institucional,* de MacCormick (2008, p. 8), concebe o Direito como uma ordem normativa institucional, entendida como uma moldura comum de compreensão e interpretação, compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social, desde que cumpridas duas condições: (i) a conformidade das atividades humanas àquilo que é exigido pelas normas de conduta, já que essas mesmas normas determinam a legalidade ou a ilegalidade do que as pessoas fazem; e (ii) a interconexão das diversas normas em um arranjo que as organize como um único corpo, o que corresponde à ideia de 'sistema' (MACCORMICK, 2008, p. 4).

Será conveniente adotar a concepção do direito administrativo como o direito de um Estado Moderno, com seus fatos, atos e contratos explorados à luz da *teoria institucional*, de MacCormick. Algumas transcrições trazem à luz as inúmeras afinidades que justificam a aproximação:

> Um sistema de Direito Positivo, em especial, o direito de um Estado Moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas. Esse processo é visível sobretudo nos casos em que haja alguma disputa interpessoal, ou em que a manutenção da justiça ou da ordem social tenha exigido a *criação de órgãos públicos para policiar e impor o cumprimento de normas* que, de outro modo, não seriam obedecidas

> espontaneamente (MACCORMICK, 2009, p. X, grifo nosso[9]).
>
> A ordem jurídica é uma ordem normativa institucional. Os órgãos institucionais que moldam o sistema jurídico, grosseiramente associáveis como aqueles que compõem a tradicional trindade do Legislativo, Executivo e Judiciário, constroem normas para regular a conduta humana de um tipo que difere criticamente em relação às normas morais e aos costumes que poderiam prevalecer em formas de interação entre seres humanos inteiramente autônomas. Elas diferem criticamente exatamente porque são dotadas de autoridade interpessoal, são relativamente determinadas e são *equipadas com órgãos destinados a interpretá-las e aplicá-las coercitivamente*, sendo esses próprios órgãos, a seu turno, criados por normas institucionais. É nesse sentido que se pode dizer que elas são 'artificiais' e permitem que nasça um sistema 'artificial' de argumentação (MACCORMICK, 2008, p. 64, grifo nosso).

MacCormick (2008, p. 7) reconhece, em sua *teoria institucional*, que, a partir do século XVII, o Estado de Direito (também denominado de Estado liberal-democrático ou Estado Constitucional pelo autor) é marcado pela característica essencial da diferenciação de funções, estabelecidas nas disposições constitucionais que consagram a separação de poderes, em órgãos compostos de membros completa ou significativamente distintos. A *análise das capacidades institucionais* (SUSTEIN; VERMEULE, 2003) também é empregada em direito administrativo para estabelecer, de forma pragmática e com instrumentos contrafáticos, os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais (BINENBOJN, 2014, p. 241). Essa teoria cuida de um aspecto que é explicitamente referido no art. 22 da LINDB. Trata-se das decisões do gestor referentes às políticas públicas a seu cargo. Essas são as *escolhas trágicas,* decisões que envolvem habilitação, em termos políticos e técnicos, para a adoção de certas escolhas e determinação de prioridades. O elemento 'trágico' da escolha pode caracterizar uma limitação orçamentária ou uma regulação econômica ou social desfavorável (BINENBOJN, 2014, p. 243).

O cumprimento das normas que não forem espontaneamente obedecidas se dá mediante a emissão de julgamentos institucionalizados, por agentes investidos de competências e capacidades, que caracterizam os

[9] A numeração em algarismos romanos está adotada no preâmbulo do livro, que se inicia na página IX e vai até a página XX.

poderes judicantes e possibilitam a produção de decisões válidas (MACCORMICK, 2008, p. 5). Esses julgamentos são proferidos em contextos que envolvem práticas argumentativas e refletem a necessidade contínua de interpretação e adaptação de uma ordem normativa institucional aos problemas atuais. Será no bojo dessas práticas argumentativas que MacCormick desenvolverá a sua proposta de derrotabilidade (defeasability), com a qual será feita a interpretação do art. 22 da LINDB.

Repita-se que a perspectiva institucional do Direito não é estranha ao direito administrativo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entretanto, avança em relação à proposta de MacCormick, por incluir um aspecto substantivo para o Direito do Estado Moderno:

> Tem-se, portanto, em síntese, que os comportamentos serão *imitados* nos grupos sociais em razão de sua presumida *funcionalidade* para a satisfação de *interesses vivenciais* e *convivenciais,* individuais ou coletivos, de sorte que uma *instituição* pode ser, em síntese, entendida como um *complexo comportamental estabilizado em uma sociedade,* ou, ainda, posto em outros termos, como um *padrão regular de condutas socialmente previsíveis* de atores sociais, em determinadas circunstâncias (MOREIRA NETO, 2018, p. 105, grifo do autor).
>
> Sinteticamente, o Direito pode ser apresentado como uma instituição de controle do poder que foi lentamente desenvolvida em três fases históricas: a da convenção, a da imposição e a do contrato (MOREIRA NETO, 2011, p. 17).

Na medida em que o direito administrativo se caracteriza como ramo do Direito Público e se ocupa da função administrativa do Estado, o seu regime será o regime jurídico administrativo, com as peculiaridades que lhe são inerentes, segundo o bloco de princípios constitucionais que o orienta, elencados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 37; quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Serão também relevantes os demais princípios constitucionais e, notadamente, aqueles princípios que estabelecem a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Os próprios contornos do direito administrativo vêm experimentando uma sensível alteração, decorrente da evolução das formas de atuação do Estado. A centralidade, outrora ocupada pelo Poder Legislativo, diminuiu, em função de um aumento de produção normativa oriunda do Poder Executivo sobre questões administrativas. Essas alterações se refletem na legislação, que experimenta uma pluralidade de fontes normativas, como as

leis, decretos, resoluções, portarias e o poder normativo da própria Constituição (MARQUES NETO, 2019, p. 7). A nova configuração se reflete na mudança de contornos do próprio princípio da legalidade, que cede lugar ao princípio da juridicidade[10], compreendidos o princípio da legalidade, da legitimidade, da moralidade e da eficiência, de forma que a legalidade não mais se limite à mera submissão à lei, mas antes conduza a uma consideração de toda a ordem jurídica. É verdade que as mudanças legislativas são mais lentas que as mudanças sociais, o que ocorre, em parte, devido à prudência que as alterações devem observar. Mudanças culturais são experimentadas de forma vagarosa, pois a cultura não dá saltos. Ademais, o regime legislativo democrático implica um processo de elaboração e aprovação das leis que envolve um amplo debate político nas casas legislativas, o que contribui para um ritmo mais conservador de alterações. As discussões políticas e a elaboração legislativa igualmente fazem parte dos procedimentos institucionais.

Na linha da teoria institucional, fatos, atos e contratos administrativos, como espécies de fatos jurídicos, correspondem ao que MacCormick denomina de *fatos institucionais*. Todos os fatos jurídicos são fatos institucionais. Dir-se-ia, entretanto, que atos, fatos e contratos administrativos são institucionais em uma progressão geométrica; eles são fatos burocráticos. Os fatos institucionais são concebidos como uma modalidade de fatos convencionais, no contraste com aquilo que a ciência moderna convencionou denominar *fatos físicos* ou *fatos brutos*. Qual seria a diferença? A distinção está na interpretação que se faz das asserções referentes aos fatos brutos e aos fatos institucionais. Enquanto as asserções sobre os fatos brutos têm a sua veracidade relacionada a algum tipo de 'verdade por correspondência' entre as asserções e o estado das coisas no mundo, os fatos institucionais são estabelecidos pela formulação de asserções cuja consistência não se atém unicamente à relação entre a representação (o signo) e o seu objeto. Os fatos institucionais implicam, além disso, a observância a uma condição de sentido. Condição esta que somente se pode estabelecer na medida em que os fatos institucionais sejam interpretados no contexto delineado por uma ordem normativa institucional. O sentido dos fatos institucionais depende de sua pertinência a um sistema de normas que forneça as condições de atribuição de significação à formulação de asserções que os estabeleçam. É um processo semelhante à interpretação dos atos de fala, os quais somente fazem sentido como articulações individuais que representem o uso de uma determinada língua. Na acepção de MacCormick

[10] A concretização do padrão da juridicidade é realizada mediante a compatibilidade da atuação administrativa com os princípios constitucionais. Esse padrão interpretativo se aproxima de uma vertente norte-americana de interpretação legal que se chama *contextualismo jurídico.* Para essa versão de interpretação – na decisão acerca de atos administrativos –, a tomada de decisões deve levar em conta os princípios de fundo do direito administrativo (SIEGEL, 1998).

(2008, p. 87):

> Os 'fatos institucionais são (deixem-se repetir este ponto) aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso. [...] Se a verdade de uma afirmação verdadeira depende tanto da ocorrência como da não ocorrência de eventos relevantes e da interpretação desses eventos por referência às normas que fazem com que eles contem como eventos importantes, então as afirmações em questão estabelecem 'fatos institucionais'. Que uma interpretação das normas esteja também envolvida não afasta essa conclusão.

Nessa linha de raciocínio – e considerando a inovação trazida pelo art. 22 da LINDB –, as decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato ou ajuste, processo ou norma administrativa sofreram uma requalificação semântica, na medida em que novos elementos contextuais passam a compor a moldura da norma que define a licitude ou ilicitude administrativa. Essa inovação de sentido comprova a natureza dos atos de gestão como espécies de fatos institucionais. A interpretação das novas normas contidas no art. 22 da LINDB soma-se aos tradicionais parâmetros semânticos da juridicidade administrativa, revelando o acréscimo à moldura interpretativa que deve ser levada em conta para se atribuir sentido a estas qualificações[11].

[11] José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 185) considera que a ascensão da noção de juridicidade e a ponderação de interesses permanecem dentro de um paradigma ou estilo tradicional de doutrina do direito administrativo. Entretanto, outro argumento é articulado pelo autor, quando afirma que o novo estilo deve ser apresentado de forma gradual e estratégica, a partir dos argumentos típicos do estilo tradicional. De forma que é importante considerar que o que ele chama de 'padrões mais largos para justificar a validade ou a invalidade de atos da administração pública' (MENDONÇA, 2014, p. 195) provocam a abertura da legalidade administrativa, conduzindo-a aos padrões lógicos (e semióticos) de raciocínio capazes de incorporar a formulação de inferências abdutivas. A abdução é um tipo de inferência fundamental para o exercício de uma razão jurídica pragmatista, capaz de contribuir para a análise do mérito administrativo e lançar a sua sustentação retórica ao princípio constitucional da eficiência administrativa. Afinal, ele mesmo admite que o novo estilo do direito administrativo "é una abordagem interdisciplinar que busca em *dados tirados da experiência* uma *hipótese* que sirva a reconstruir uma prática ou uma norma jurídica numa ambiência de *inovação substantiva"* (MENDONÇA, 2014, p. 196, grifo do autor).

O crescimento do significado é um elemento característico do pragmatismo jurídico e contribui para a flexibilidade cognitiva que a racionalidade e a razoabilidade jurídicas exigem (HAACK, 2015, p. 131)[12]. A máxima pragmática relaciona o significado às consequências práticas da aplicação de um conceito na experiência. Peirce (1972, p. 51), um dos precursores do pragmatismo filosófico, era contrário às análises verbais. Ele afirmava que "nada de novo se pode aprender a partir da análise de definição". Essa posição pragmática no tratamento dos conceitos legais se aproxima do tratamento que a constitucionalização do direito administrativo vem conferindo à ideia de *vinculação* da Administração à legalidade, entendida hodiernamente como *juridicidade.* A juridicidade expandiu o conceito de vinculação dos atos administrativos à lei para uma concepção mais ampla. Do enfoque eminentemente lógico mecânico, que caracterizou a vinculação pela legalidade durante o período moderno, na pós-modernidade o padrão da juridicidade administrativa expandiu a ideia de vinculação da Administração à Constituição e ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (BINENBOJN, 2014, p. 147). Trata-se de uma articulação semiótica e simbólica, por envolver aspectos lógicos e de sentido, justamente caracterizando o enfoque institucional. Um fato institucional é uma denominação mais harmônica com o direito administrativo. Do ponto de vista de filosofia do direito, que trabalha com nomenclaturas universais, o fato institucional tem a natureza de um fato semiótico.

À medida que a ideia de legalidade se expande para a de juridicidade, a inferência abdutiva[13] se revela mais adequada para correlacionar fatos e

[12] Susan Haack (2015) explica a importância do crescimento dos conceitos jurídicos, salientado a insuficiência das abordagens exclusivamente formais fornecidas pela filosofia analítica e trazendo uma luminar explicação para a influência do pragmatismo jurídico na elaboração da Lei nº 13.655/2018: "Longe de minar a aspiração das ciências a descobrir como funciona o mundo, o crescimento do significado pode, na verdade, contribuir para que se avance na consecução dessa meta; longe, ademais, de revelar que as decisões jurídicas são invariavelmente arbitrárias e caprichosas, o crescimento do significado pode constituir-se em ferramenta para o direito adaptar-se às cambiantes circunstâncias sociais" (HAACK, 2015, p. 134). Alinhado a essa vertente mais pragmática na atuação dos conceitos, encontra-se o pensamento de Sundfeld (2017, p. 35), que afirma: "A verdade é que os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas – como o conceito de direito administrativo – não servem apenas à descrição do direito positivo. Sua principal função acaba sendo a de influir na interpretação e na aplicação. São conceitos com funções prescritivas. [...] Assim, os destinatários que se aproximam do direito administrativo mirando-o instintivamente como direito da autoridade irão, com alguma naturalidade, aplicá-lo sob a influência dessa ideia, e escorregarão para as soluções autoritárias". Concluiu o mesmo autor: "Assim, quem no Brasil, para fins de definição geral do direito administrativo, apegou-se à antítese [público e privado] e a seus princípios gerais estava, conscientemente ou não, tomando partido por interpretações estatistas e antiliberais para o direito administrativo e aceitando que, mesmo sem base em normas específicas, se adotasse alguma presunção em favor de mais poderes para a Administração ou mais sujeições sob os agentes estatais. Afinal, é só para isso que, no plano da conceituação geral do direito administrativo, a antítese serve ao Brasil (SUNDFELD, 2017, p. 143).

[13] Como a discussão da abdução legal não cabe aqui neste artigo, remete-se o leitor para a obra *Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito,* de Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega.

normas no direito administrativo. A abdução permite a investigação crítica dos juízos de valor que também compõem as tomadas de decisão e estão asseguradas pelos princípios da moralidade e da eficiência administrativas, da dignidade da pessoa humana e da justiça social. O pragmatismo legal e o positivismo de Hart, origem da concepção de derrotabilidade, não trabalham com a ideia de conceitos jurídicos indeterminados. O positivismo de Hart adota a premissa da textura aberta da linguagem, admitindo uma margem de vagueza e indeterminação. A hipótese de explicação aqui adotada é de que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, extensamente explicada e amplamente difundida por Karl Engish (1983, p. 205 e ss.), tem uma arqueologia que conduz aos autores de matriz continental, enquanto a textura aberta do Direito (HART, 1986, p. 137 e ss.)[14] nos remete à tradição anglo-americana. As formas derrotistas de raciocínio jurídico criam, ao confrontarem a aplicação do tipo geral da situação de fato com as circunstâncias excepcionais que derrotam a sua aplicação, o mesmo tipo de variedade de escolhas disponíveis que os juízes enfrentam na "textura aberta" hartiana de casos limítrofes (BIX, 2012, p. 200).

De forma geral, a constitucionalização do direito retirou a hegemonia da interpretação legal mecanicista, ilustrada exclusivamente pelos silogismos dedutivos. A concretização do direito, em todas as instâncias, acrescenta às normas positivadas alguma novidade em termos de interpretação decisão e escolha, os atos de vontade concebidos como ações (OLIVEIRA, 2012, p. 19). Nesse sentido, a exclusividade das inferências dedutivas não é suficiente para ilustrar a aplicação das leis. A correlação entre as leis e os fatos, a incidência mecânica à qual Pontes de Miranda atribuiu a eficácia legal, encerra uma valoração. O pragmatismo justamente combate a infalibilidade da incidência, preferindo tratar a aplicação das leis sob os padrões de regularidade, e não de determinismo[15].

Se o exame de juridicidade administrativa deve considerar as dificuldades reais dos gestores bem como as políticas públicas a seu cargo,

[14] Hart tomou emprestado o termo "textura aberta" de seu colega de Oxford, Friedrich Waisnmann. Vale ressaltar que o termo mudou de significado com o empréstimo. Waismann era membro do Círculo de Viena, o grupo de filósofos e cientistas que se reuniram para discutir ideias filosóficas durante os anos 1920 e 1930 (BIX, 2012, p. 194).

[15] Esse é precisamente o mesmo argumento com o qual Hart trabalhou em sua análise da textura aberta do Direito quando afirmou: "A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto [sic]; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isso seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'. Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer" (HART, 1986, p. 141).

segundo a prescrição do art. 22 da LINDB, a investigação remete ao problema das *escolhas trágicas*, que dificilmente encontram nos silogismos mecanicistas uma explicação ou justificação suficiente. Justamente pela insuficiência do padrão mecânico é que se exige que as invalidações disponham sobre as consequências implicadas, em termos de direito administrativo sancionador e mudanças de interpretação da jurisprudência. Rafael Oliveira (2011, p. 155) salienta que, num contexto de exploração pragmática do direito administrativo, é muito importante que a preocupação com os resultados do controle seja um imperativo não somente de uma aplicação mecânica da legalidade, mas sobretudo reflita um imperativo de eficiência administrativa.

Neil MacCormick (2008, p. 358) defende a necessidade de se pensar a falibilidade judicial no contexto do Estado de Direito. O governo de leis seria impossível de realizar-se com uma tese que adote a infalibilidade. Essa tese remeteria ao positivismo formalista, inspirado em modelos deterministas de ciência e silogismos dedutivos em que as decisões jurídicas refletiriam uma mera derivação lógica. Para MacCormick, um governo de leis é um governo de pessoas que produzem decisões jurídicas, de modo que é necessário investigar a possibilidade de os aplicadores errarem. A possibilidade de ocorrência de erros é intrínseca à natureza jurídica da atividade de argumentação e justificação no jogo de tomada de decisões e reflete o que o pragmatismo jurídico chama de *falibilismo.*

Assumindo que o tipo de raciocínio e argumentação jurídica empregados na aplicação do direito reveste a modalidade de uma argumentação prática, o corolário dessa premissa será que as disputas e argumentações muitas vezes não serão conclusivas, levando à percepção de que mais de uma visão pode com frequência ser razoável. Para a solução destas controvérsias, com um grau de clareza maior e melhor do que uma razão prática geral poderia conseguir, é que as instituições são construídas e historicamente sustentadas.

Entretanto, MacCormick adverte que, para além dos domínios estabelecidos pela certeza, questões remanescem para as quais o melhor direito, mesmo na tentativa de prover uma determinação, permanecerá determinado de uma forma incompleta. O direito, em todas as questões, permanece discutível. Os sistemas jurídicos são instituições sociais em permanente evolução, buscando adaptação contínua em resposta às mudanças das condições sociais e as alterações dos valores dominantes. Essa abertura coloca o ordenamento em contato com diversas considerações de natureza política. Ainda que opiniões finais sejam estabelecidas – no sentido de serem atingidas pelos efeitos da coisa julgada –, isso não fulmina a possibilidade de retomada das questões. A jurisprudência evolui, as opiniões e os fundamentos mudam, e o Direito permanece em seu fluxo como um vir a ser (*to become*) em que os argumentos sempre poderão ser mais bem

desenvolvidos.

A hipótese de se invocar a derrotabilidade (defeasibility) na prática da gestão administrativa pareceu crescer em plausibilidade, a partir da introdução do art. 22 da LINDB, trazendo esse novo fundamento legislativo. Dispõe o artigo:

> Art. 22. 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.
> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
> § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
> § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (BRASIL, 2018).

Na discussão do PL nº 7.448/2017, posteriormente convertido na Lei nº 13.655/2018, que inseriu os dez últimos artigos da LINDB, diversas entidades formularam críticas ao texto. Dentre elas, a Nota Técnica Conjunta CNPGC-AMPCON nº 1/2018, emitida pelo Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Contas (CNPGC) e a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCOM); Ofício nº 110/2018/AMB/Presidência: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Ofício nº 330/2018 Ministério Público Federal (MPF); e manifestação da Consultoria Jurídica do TCU.

Entre outros argumentos, a AMB se opôs ao art. 22, alegando que as considerações ali elencadas promoveriam a insegurança jurídica, mitigando o princípio da legalidade ao condicionar as atividades fiscalizatórias e decisórias sobre os atos administrativos a elementos metajurídicos, abstratos e imprecisos, como os "obstáculos e dificuldades reais do gestor" e "exigências das políticas públicas a seu cargo". Na medida em que se inseriu, no texto do art. 22, a apreciação de circunstâncias políticas, a AMB considerou que o texto fragilizou o pacto democrático, promoveu a

intervenção judicial no mérito administrativo e interferiu gravemente no princípio da independência e harmonia entre os poderes, obrigando os magistrados a se imiscuírem na própria atividade política dos agentes públicos.

A Procuradoria Geral da República (PGR) considerou que a proposta legislativa dificultaria a fiscalização e o cumprimento dos princípios constitucionais, como impessoalidade, moralidade, publicidade e legalidade na aplicação do dinheiro público, e alertou para o perigo de que a sanção da proposta poderia agravar a corrupção e a ineficiência administrativas. Na medida em que a Lei nº 13.655/18 estabelece normas mais benéficas aos gestores, a PGR ressaltou, inclusive, que sua aprovação favoreceria a impunidade de agentes públicos responsáveis por atos de improbidade, uma vez que estes, vislumbrando um tratamento mais condescendente na nova lei, poderiam invocar seus efeitos retroativos.

O CNPGC e a AMPCOM alertaram para o risco de que a aprovação da inovação legislativa seria um claro retrocesso no combate à má gestão pública, ao estabelecer que o agente público somente responderia por improbidade administrativa em caso de dolo ou erro grosseiro, isentando a responsabilidade daqueles que atuam de forma negligente, imprudente ou imperita. Sintetizando, o teor dessas manifestações foi, de forma geral, contrário à aprovação da lei.

Entretanto, a despeito dos argumentos oferecidos pelas entidades mencionadas, o projeto se converteu em lei e esta se encontra em vigor, atuando como mais um fundamento de interpretação que deve ser considerado na aplicação de normas do Direito Público.

Ademais, o Decreto nº 9.830, de 2019, regulamentou os novos dispositivos insertos nos arts. 20 a 30 da LINDB, trazendo como exigência de transparência na motivação das decisões judiciais a *contextualização* dos fatos (art. 2º). No ponto, acredita-se não ter o referido decreto extrapolado o teor da Lei nº 13.665/2018, uma vez que a exigência de análise dos efeitos práticos e das consequências da decisão contém em si o elemento da contextualização, cuja necessidade foi apenas explicitada no instrumento normativo infralegal.

A veemência das reações institucionais, contrárias à aprovação do então projeto de lei, revelou índice significativo de que o art. 22 da LINDB trouxe um fundamento de derrotabilidade ao direito administrativo brasileiro. Ao contemplar os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, o novo dispositivo trouxe um fundamento de excepcionalidade. Trata-se de prática argumentativa que pode ser adotada em processo administrativo ou judicial. Esse fundamento tem a capacidade de derrotar uma regra. Será visto, na próxima seção, em que o pragmatismo jurídico contribui para que ele funcione.

4 A CONTEXTUALIZAÇÃO PRAGMÁTICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A discussão sobre a necessidade de contextualização das decisões jurídicas não olvida que os procedimentos de interpretação e aplicação das leis são procedimentos em que se interpretam textos prescritivos. A aplicação das leis sempre se dará em contextos sociais, nos quais fatos e relações relevantes adquirem seu teor de juridicidade em razão do processo de positivação do direito. O conceito de 'contexto' fornecido pela semiótica se refere ao contexto explícito ou linguístico, ou ao contexto implícito, qualificado de extralinguístico ou situacional (GREIMAS; COURTÉS, 2008, p. 97). Em face do fracasso das propostas positivistas em estabelecer uma correspondência precisa entre o universo linguístico e a realidade, estabelecendo equivalências termo a termo entre os signos linguísticos e os objetos extralinguísticos, as teorias da linguagem procuraram inserir na interpretação dos enunciados a rede de referências que subjaz às instâncias de enunciação. É precisamente essa a intenção revelada no art. 22 da LINDB, bem como nos arts. 2º e 8º do Decreto nº 9.830/2019, o qual regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB[16].

Rafael de Oliveira (2012, p. 29) explica como se reflete o pragmatismo jurídico nos atos de controle da função administrativa:

> Em razão do pragmatismo, o controle judicial não deve ficar adstrito às questões teóricas, preocupando-se com o contexto fático e com as consequências da decisão que será proferida em cada caso.

Poder-se-ia acrescentar que os parâmetros da contextualização fática e do consequencialismo, a partir das inovações trazidas ao direito público pela Lei nº 13.655/2018, não mais se restringem ao controle externo judicial da juridicidade administrativa, mas também se estendem ao autocontrole,

[16] Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.
§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.
[...]
Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, ajustes, processos ou normas administrativas, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público (BRASIL, 2018).

realizado no interior do Poder Executivo, e ao controle externo, realizado pelas cortes de contas.

A teoria da argumentação jurídica, proposta por MacCormick, o pragmatismo filosófico, de John Dewey, e o pragmatismo cotidiano, de Richard Posner (2010), aqui adotados como molduras metodológicas para a análise do art. 22 da LINDB, também questionam o positivismo quanto à sua insuficiência para a determinação de uma escolha e sua justificação, em se tratando da aplicação das normas jurídicas aos casos práticos. Tanto a teoria da argumentação de MacCormick quanto o pragmatismo jurídico criticam a concepção positivista, no sentido de que a concretização do direito pode se resumir à aplicação mecânica das disposições legais aos casos concretos.

Os filósofos pragmatistas americanos foram todos orientados para as correlações entre investigação e valor. No centro da atenção deles sempre esteve a atividade guiada pela inteligência do homem. Nunca a atividade foi vista pelos pragmatistas filosóficos como mero movimento; aliás, o mero movimento jamais foi exaltado, nem mesmo no que diz repeito às investigações científicas que trataram dos fenômenos naturais. Peirce correlacionava as ciências normativas por ele denominadas de *lógica, ética e estética*, postulando a investigação orientada aos fins. John Dewey (2011) criticava a teoria contemplativa do conhecimento (*spectator theory of knowledge*)[17].

A necessidade de contextualização das proposições é salientada pelo aspecto contextualista do pragmatismo jurídico e traz a herança do pragmatismo filosófico, de John Dewey. O filósofo americano explica que a determinação de sentido de uma proposição depende de sua inserção em uma *situação* contextual. Qualquer proposição isolada do lugar e de sua função em uma investigação seria logicamente indeterminada (DEWEY, 1950, p. 155).

Dewey denominou a falta de valorização do contexto como a 'falácia analítica' da filosofia. Segundo o filosofo americano, a negligência ao contexto é o maior desastre isolado no qual o pensamento filosófico pode incorrer:

[17] "Mediante esta tomada de posse da concepção do conhecimento como Contemplativo [sic] por parte da religião dominante na Europa, multidões foram influenciadas totalmente alheias à filosofia teórica. A ideia de o conhecimento ser intrinsecamente mera contemplação ou visão da realidade, a concepção expectadora do conhecimento, foi transmitida a gerações de pensadores como axioma indiscutível. Essa ideia encontrava-se tão fundamente arraigada que prevaleceu durante séculos, mesmo depois que o real progresso da ciência deixou demonstrado ser o conhecimento o poder capaz de transformar o mundo, até séculos após a prática de o conhecimento efetivo ter adotado o método da experimentação" (DEWEY, 2011, p. 107).

> O contexto inclui, pelo menos os assuntos que, por brevidade, chamarei de antecedentes e interesses seletivos. Por 'plano de fundo'[background] quero dizer todo o ambiente que a filosofia deve levar em consideração em todas as suas empresas. Um plano de fundo está implícito de alguma forma e em algum grau em todo pensamento, embora, como plano de fundo, ele não entre em alcance explicito [purview], isto é, ele não integre parte do assunto que é conscientemente atendido, pensado, examinado, inspecionado, revolvido. O plano de fundo é tanto temporal como espacial (DEWEY, 1998, v.1, p. 211, tradução nossa[18]).

Elisabeth Anderson (*apud* POSNER, 2010, p. 41) ilustra bem a importância da contextualização, ao comparar o pragmatismo com outros referenciais de investigação:

> Em primeiro lugar, os pragmatistas evitam apelar para princípios éticos que residem num nível de abstração elevado demais a partir de dados da experiência humana. Eles não tentam articular ou justificar princípios éticos supostamente verdadeiros em todos os mundos possíveis ou válidos para todos os seres racionais. Os princípios éticos pragmáticos são contingentes, refletindo as circunstâncias de cultura, local e histórica. Em segundo lugar, os pragmatistas conduzem indagações éticas junto com investigações empíricas a respeito de características particulares das instituições, práticas e categorias das quais agentes reais participam, que eles constroem e com as quais se confrontam. Em terceiro lugar, os pragmatistas justificam suas recomendações no contexto. Eles percebem a busca por princípios éticos que possam ser vividos, situados em contextos históricos e culturais particulares. A justificação ... funciona demonstrando a

[18] No original: "Context includes at least those matters which for brevity I shall call background and selective interest. By 'background' I mean the whole environment of which philosophy must take account in all its enterprises. A background is implicit in some form and to some degree in all thinking, although as background it does not come into explicit purview; that is, does nor form a portion of the subject matter which is consciously attended to, thought of, examined, inspected, turned over. Background is both temporal and spatial" (DEWEY, 1998, v.1, p. 211).

> superioridade prática da solução proposta para as alternativas finitas e concretas imaginadas no momento.

A teoria institucional, de Neil MacCormick, em afinidade com o pragmatismo jurídico, adota o postulado do verdadeiro levantamento dos fatos (*the postulate of true fact finding*), que o filósofo escocês considera, inclusive, um requisito evidente e mesmo banal para a prolação de decisões justas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1986, p. 217). A consideração das circunstâncias reais do gestor, exigidas pelo art. 22 da LINDB e art. 8º do Decreto nº 9.830/2019, ressalta, em consonância com as premissas pragmatistas, como a natureza do significado somente pode ser esclarecida em referência às ações. Todos os pragmatistas clássicos concordam com a relação entre significado e ação como traço marcante do pragmatismo. Ao apreciarmos os diversos dispositivos legais inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, o significado sob exame é a juridicidade ou antijuridicidade administrativa, refletida em decisões de gestão pública (que podem assumir a forma de fatos, atos e contratos administrativos), examinadas em operações de controle, nos âmbitos de controle administrativo e judicial.

Projetando-se no direito administrativo, a valorização da contextualização que é trazida pelo pragmatismo jurídico intensifica a importância da motivação e da justificação das atuações administrativas (OLIVEIRA, 2011, p. 147). Essa característica pragmática, adotada pelo novo dispositivo inserido no art. 22 na LINDB, reforça a importância da 'teoria dos motivos determinantes' na motivação dos atos administrativos. Segundo essa teoria, os fatos que ocasionaram a tomada de decisão compõem a validade do ato. Se os motivos de fato forem falsos, inexistentes ou inadequadamente qualificados, esta motivação defeituosa macula o ato administrativo, comprometendo a sua validade (MELLO, 2006, p. 386). Será analisado, a seguir, no exame de um caso, como a invocação dos motivos determinantes passa a se referir às circunstâncias reais do gestor.

A necessidade de contextualização das decisões tomadas – no âmbito da gestão administrativa – revela a adequação da contextualização, em reforço à natureza antifundacionalista das teorias pragmatistas, doravante encampadas pelo direito administrativo contemporâneo (MENDONÇA, 2014, p. 179). O contextualismo resgata o valor da experiência. Quando se projeta este contextualismo para a interpretação jurídica, o art. 22 da LINDB revela a necessidade de consideração do contexto em que se encontrava o gestor no momento da tomada de decisão.

Será também a explicitação do contexto fático em que se deu a tomada das decisões administrativas que proporcionará, na fase de controle administrativo ou judicial da gestão pública, que o agente público oponha ao controlador ou ao juiz o contexto que motivou a tomada de decisão,

exercendo, neste momento, o que MacCormick denomina 'derrotabilidade' nas práticas argumentativas que caracterizam o raciocínio prático empregado na aplicação do direito. É o que será examinado no tópico a seguir.

5 A DERROTABILIDADE COMO PRÁTICA ARGUMENTATIVA

A derrotabilidade é uma propriedade legal que se manifesta na aplicação do direito, e, sobretudo, nas práticas argumentativas que integram os processos de concreção do direito. Trata-se de qualidade que manifesta o aspecto dinâmico dos ordenamentos jurídicos. A ideia da derrotabilidade implica que o sistema jurídico seja aberto, provisional e nunca completo (BUSTAMANTE , 2010, p. 85).

Frederick Schauer (2008) alerta que tratar as regras como derrotáveis não é meramente desejável ou útil, nem apenas comum, mas, sim, um componente para que um sistema funcione bem, embora a derrotabilidade não deva ser considerada propriedade essencial dos sistemas jurídicos.

Andrei Marmor sustenta que a derrotabilidade geral de inferências pragmáticas é amplamente reconhecida por linguistas e filósofos da linguagem. A derrotabilidade é a arguição de uma circunstância excepcional na discussão acerca da concreção do Direito e do fluxo das relações jurídicas. A sua invocação impede a aplicação de outra norma, mais geral e apta a regular o curso normal daquelas relações. Juízos inferenciais, como os silogismos jurídicos envolvidos na aplicação do direito, se valem de premissas típicas. Esta é a função das regras jurídicas: conferir estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica. Para se valer da excepcionalidade, é necessário haver uma previsão legal explícita ou implícita que autorize a exceção. A inferência é derrotada quando algumas informações adicionais demonstram que a premissa geral, que seria a regra previsível a regular uma questão, tipicamente falha naquela ocasião (MARMOR, 2015). Por isso, a contextualização da aplicação é um aspecto complementar à derrotabilidade. Trata-se de um requisito para a sua invocação.

O curso normal das inferências legais, caracterizado pela aplicação das normas típicas a situações concretas no ambiente de normalidade, pode ser derrotado pela presença de fatos contextuais que deveriam ser de conhecimento comum entre o emissor e o destinatário. São justamente esses fatos contextuais que podem minar a inferência típica. Quando os fatos que compõem o contexto (*background facts*) entram em conflito com o curso das inferências, então a excepcionalidade pode ser invocada e a derrotabilidade se apresenta como um desfecho possível na argumentação jurídica. É justamente o que acontece quando os controladores questionam a tomada de decisão na gestão administrativa, com um intervalo de anos entre o contexto original da decisão do gestor público e a avalição posterior do agente controlador. Foi nesse sentido que Marques Neto e Freitas (2018)

salientaram a importância que o contexto deve ter para o exercício do controle. A avaliação do controlador acerca da regularidade no desempenho da atividade do agente público não deve ser dissociada do contexto original de decisão (MARQUES NETO; FREITAS, 2018). O art. 22 da LINDB traz uma cláusula de excepcionalidade para a responsabilização dos agentes públicos que tenham participado de atos que possam vir a ser declarados nulos.

No caso do art. 22 da LINDB, está-se tratando de fundamentos explícitos. O § 1º do art. 22 insere uma cláusula de exceção (*unless clause*), que funciona como uma exceção para o pronunciamento acerca das irregularidades de conduta ou invalidade de atos, contratos ou ajustes. Os vícios de regularidade são normalmente declarados, *a não ser que* circunstâncias práticas tenham limitado ou condicionado a ação do agente. A concepção do § 1º, como cláusula de exceção, corrobora a interpretação de Marques Neto e Freitas (2018), segundo a qual o art. 22 define novos contornos para o direito administrativo sancionador.

É importante analisar os tipos que descrevem as condutas caracterizadas como improbidade. A incursão em conduta ímproba ocorrerá se houver o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário ou a violação aos princípios da Administração Pública. Sundfeld (2017, p. 330) esclarece que (i) os tipos que caracterizam a improbidade administrativa são vagos e abertos[19]; (ii) a Lei de Improbidade Administrativa não se ocupou com as circunstâncias da gestão pública, com as exceções, as excludentes de ilicitude ou as circunstâncias atenuantes. Tendo em vista essas considerações, a derrotabilidade trazida pelo art. 22, § 1º, da LINDB veio suprir essa carência.

A cláusula excepcional *a menos que* (*unless clause)*, nesse contexto, é entendida como uma indicação de que a premissa de tipicidade pode falhar em alguma ocasião. Nesses casos, a inferência da regra para sua aplicação típica não pode ser justificada. Ou seja, a aplicação de uma regra – em qualquer – caso pressupõe que nenhuma regra de substituição justificada seja relevante. O que o art. 22 e seu § 1º fazem é inserir na LINDB, que é uma norma sobre interpretação de outras normas, um fundamento capaz de justificar uma excepcionalidade na interpretação do direito público.

A abertura explícita de derrotabilidade na LINDB revela uma reação legislativa ao hipercontrole[20]. O hipercontrole gera um excesso de anulações

[19] Essa característica também é notada por Mendonça, quando ele afirma: "Em razão da existência de normas habilitadoras do controle com tipos vagos, e de certa cultura principialista, hoje comum no Direito, percebe-se o exercício do controle público como (i) *vagueza* (MENDONÇA, 2018, p. 45, grifo do autor).

[20] Sobre a cultura do hipercontrole público, ver Mendonça (2018). Naquele artigo, Mendonça (2018, p. 46) aponta que há uma 'carência de dados amplos a respeito dos efeitos do controle público'. A título ilustrativo, em artigo veiculado pelo Conjur, em 30 de maio de 2019, noticiou-se relatório do TCU,

de atos e contratos administrativos. Toda vez que a nulidade é decretada diversas consequências são desencadeadas para as partes envolvidas, pois as normas não nascem nulas; elas devem sofrer o procedimento de anulação. Essa é a razão pela qual a derrotabilidade das regras se caracteriza como uma prática argumentativa que se revela adequada para a reação ao hipercontrole. E sua invocação pressupõe a contextualização. Não se pode invocar circunstâncias excepcionais, aptas a prover a justificação de uma exceção, sem descrever minuciosamente o contexto. É o contexto que justifica. Caso contrário, caberia a aplicação da norma geral típica. A derrotabilidade pode ser invocada diante dos casos em que se procure evitar um resultado subótimo, ineficiente, injusto, algo que se revele como um efeito indesejável (SCHAUER, 2008)[21].

As regras legais são promulgadas em decorrência de certas causas, com o objetivo de alcançar alguns propósitos particulares, e pode acontecer que as razões para uma determinada norma legal não sejam bem atendidas, se houver a aplicação daquela regra a um caso específico de sua aplicação putativa.

A invocação da derrotabilidade estabelece uma carga de argumentação especial para suportar a não aplicação de uma regra a uma situação (BUSTAMANTE, 2010, p. 96). Essa é a contextualização reclamada pelo art. 22 da LINDB, que se insere no espectro da motivação qualificada. Esse tema é propício para a discussão do pragmatismo nos atos de controle, conforme salienta Oliveira (2011, p. 154):

> Todavia, o controle (administrativo, judicial ou legislativo) dos atos administrativos, no contexto do estado democrático de direito e do pragmatismo, deve levar em consideração as consequências da decisão e não apenas a adequação formal do ato com a letra fria da lei.

Em relação à configuração de irregularidades, tudo indica que o § 1º do artigo 22 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, veio estabelecer

---

coordenado pelo ministro Bruno Dantas, que computou 12 mil obras paradas em 2018. O mesmo artigo informou sobre pesquisa empírica, realizada pelo advogado Rafael Carneiro, em que houve análise de 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferidos entre 2005 e 2018. A pesquisa verificou que metade das decisões se baseou em acusações de improbidade por ofensa a princípios da administração pública, sem acusação de enriquecimento ilícito ou aproveitamento indevido. Somente 10% dos casos decididos pelo STJ no período mencionaram locupletamento (APAGÃO..., 2019).

[21] "What would been a poor result had the rule been faithfully followed is avoided by treating the rule as defeasible in the service of larger values of reasonableness, justice, efficiency, commonsense, fairness, or any number of other measures by which a particular outcome might be deemed deficient" (SCHAUER, 2008).

a possibilidade de se alegar uma condição excepcional. Na pragmática dos procedimentos jurídicos – tendo em vista a distribuição do ônus da prova –, a arguição da exceção favorece os agentes públicos em sua defesa (BAYÓN, 2001), pois não caberia aos órgãos de fiscalização e controle alegar a excepcionalidade. No contexto da aplicação jurisdicional da lei, para obterem sucesso, os proponentes da decretação de invalidade de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa têm que provar a soma das condições típicas e suficientes, aptas a desencadear a consequência jurídica da nulidade. Quanto às exceções, o ônus da prova recai sobre o réu, que, no caso, seria o agente público ou gestor.

Os conceitos e arranjos relevantes construídos para a construção da tipificação da nulidade administrativa continuam a ser o objeto de preocupação das instituições encarregadas de fiscalizar e julgar as contas públicas e a conduta dos agentes políticos. A explicação dos arranjos, na descrição de MacCormick (2008), é feita da forma seguinte:

> Por exemplo, alguém poderia pensar numa regra sobre um direito D, regra que expressamente prevê as condições positivas para atribuir D a uma pessoa apropriada, mas que também sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas. Assim, a formulação das condições em relação a D prevê os seguintes termos: 'se as condições c1, c2 e c3 são satisfeitas, então A pode opor D contra B, mas não se B mostrar que existe a condição excepcional e1" (MACCORMICK, 2008, p. 312). A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible),* sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o caráter argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos (MACCORMICK, 2008, p. 38).

Essas hipóteses são denominadas de *defeasibility* por MacCormick. Segundo o autor, as excepcionalidades podem ser implícitas ou explícitas e também valem para regras relativas a perdas de direitos. A correlação é aqui estabelecida com as sanções impostas à nulidade dos atos administrativos, nos processos de controle da gestão pública, e que preveem os impedimentos para contratação com a Administração, para o recebimento de benefícios ou

incentivos fiscais e a suspensão dos direitos políticos dos agentes políticos envolvidos.

Entretanto, a derrotabilidade somente pode ser invocada para trazer a excepcionalidade. A contribuição do pragmatismo é que não se pode invocar uma condição excepcional sem a definição de um contexto para situar esta ocorrência.

Rafael Oliveira (2011, p. 148) explica o crescimento de legitimidade que se verifica no desempenho da função administrativa:

> A administração pública no estado democrático de direito possui um ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação para o verdadeiro dono do poder: o povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB).

A visão pragmatista do direito administrativo põe em cheque diversos princípios 'dogmáticos' encampados por uma visão fundacionalista da Administração Pública, a exemplo da supremacia *a priori* do interesse público (OLIVEIRA, 2011, p. 144), da absolutização da presença obrigatória de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos (OLIVEIRA, 2011, p. 149) e do impedimento da adoção de mecanismos consensuais (como a adoção de arbitragem e de acordos decisórios) nas instâncias administrativas.

Assim, salientando as relevantes diferenças entre a busca da verdade nos laboratórios científicos e nos contextos das investigações jurídicas e tribunais, o propósito do julgamento das infrações administrativas não será exclusivamente voltado para a busca da verdade, mas para descobrir se o réu é culpado e se há possibilidade de atingir determinação quanto à sua culpa ou responsabilidade (HAACK, 2015, p. 188). Na pragmática dos processos jurídicos, as afirmações do pleito, como a definição da conduta ímproba, podem ser excepcionadas, desde que devidamente contextualizadas, e sob o amparo do novo fundamento legal, introduzido pelo art. 22, § 1º , da LINDB.

6 ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 2973/2019– 2ª CÂMARA DO TCU–TOMADA DE CONTAS (PROCESSO TC 017.674/2010-7)

Com a pretensão de demonstrar os efeitos proporcionados pela aplicação do art. 22, § 1º, da LINDB, destaque-se um acórdão do TCU que trouxe uma configuração apta para ilustrar o argumento desenvolvido ao longo do artigo.

O acórdão possui a seguinte ementa:

> O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado caso não lhe sejam oferecidas condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições. Na interpretação das normas de gestão pública, deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22 *caput*, do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Brasileiro). Acórdão 2973/2019 – Segunda Câmara. Relator: Ana Arraes. Área: Responsabilidade. Tema: Contrato administrativo. Subtema: Fiscal.

Trata-se de uma tomada de contas especial, na qual o recorrente, servidor requisitado do TRE-PB foi fiscal e gestor do Contrato nº 34/2002. O agente acusado interpôs recurso de reconsideração, em face do Acórdão nº 3.068/2015 – 2ª Câmara, o qual julgou irregulares as suas contas, imputou-lhe responsabilidade e o condenou ao pagamento de débito decorrente de falhas construtivas no Fórum Eleitoral de Campina Grande-PB e no Núcleo de Apoio Técnico às Urnas Eletrônicas – NATU II, solidariamente com outros responsáveis e com a empresa construtora. Além da condenação ao pagamento do débito, houve também a aplicação de uma multa proporcional ao dano ao erário, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O recorrente interpôs o recurso de reconsideração. Alegou que, na condição de servidor requisitado, não possuía condições de fazer a adequada fiscalização, uma vez que somente ia ao local das obras a cada semana ou duas semanas, percorrendo também as cidades de Teixeira e Patos. Alegou, ademais, que o TRE-PB não possuía estrutura para a fiscalização das obras e que outros danos ocasionados pelo decurso do tempo e pela falta de manutenção do edifício público estavam sendo a ele imputados na condenação.

No referido acórdão, a relatora reconheceu que havia um grande número de obras em execução simultânea naquele período e aceitou a alegação de falta de estruturação do setor, o que não permitiu a adequada fiscalização das obras. Acolhendo a justificativa das condições precárias de fiscalização a cargo do agente público, a relatora, no tocante aos pressupostos subjetivos de responsabilização, mitigou e culpa do recorrente e o excluiu do polo passivo da relação processual, tornando sem efeito a condenação no débito e multa promovidos pelo acórdão que foi objeto do recurso de reconsideração. A relatora considerou inconsistente o nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e o prejuízo apurado, aspecto que prejudicou a apuração e imputação da responsabilidade que poderia ser a ele atribuída.

Em parágrafo específico no acórdão, a relatora reconheceu que "as condições materiais de exercício da função pública devem ser consideradas na avaliação da culpabilidade do gestor e, por conseguinte, na dosimetria das sanções eventualmente aplicadas". No referido parágrafo, ficou clara a menção ao teor do art. 22 da LINDB[22].

Dessa forma e diante do contexto comprovado nos autos, houve, pelo recorrente, a perfeita utilização do art. 22, § 1º, da LINDB, invocando o contexto excepcional caracterizado pela falta de condições da entidade, bem como as reais dificuldades para a realização de uma adequada fiscalização das obras, demonstrando as circunstâncias reais de sua atribuição de gestor do contrato, derrotando a possibilidade de lhe ser atribuída uma condenação que lhe imputasse responsabilidade jurídica pelo dano ao erário, bem como a aplicação de multa. A relatora reconheceu que as precárias condições de fiscalização mitigaram a culpabilidade do recorrente, ocasionando a aplicação do art. 22 da LINDB ao caso sob exame.

7 CONCLUSÃO

As inovações trazidas pelos arts. 20 a 30 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018, confirmam a mudança de paradigma em que se situa o direito administrativo contemporâneo, estabelecendo um diálogo da área com a filosofia e a teoria geral do direito. Experimenta-se a ampliação da mera legalidade, até então edificada sobre uma concepção fundacionalista, mecânica e unilateral, apta a assegurar, *a priori,* a supremacia do interesse público do Estado, para o parâmetro de juridicidade, voltado aos interesses gerais da sociedade, e permeado pela proposta antifundacionalista, que caracteriza o diálogo de princípios, tais como os da moralidade e eficiência administrativas.

O controle da gestão pública, analisado segundo a perspectiva procedimental, envolve sequências de decisões, em esfera administrativa, durante a atuação das cortes de contas, e, posteriormente, em esfera judicial, em se tratando da aplicação se sanções a gestores que tenham, supostamente, praticado irregularidades e incorrido em condutas ímprobas. As inovações trazidas pela alteração da LINDB, com a inserção dos seus dez artigos finais,

[22] A relatora, inclusive, trouxe à colação no acórdão trecho da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal (LOPTC), que é similar à redação do art. 22 da LINDB, conforme a seguir se observa: "Artigo 64. Avaliação da culpa. 1 – O Tribunal de Contas avalia o grau de culpa de harmonia com as circunstâncias do caso, tendo em consideração as competências do cargo ou a índole das principais funções de cada responsável, o volume e fundos movimentados, o montante material da lesão dos dinheiros ou valores púbicos, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal e **os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição"** (grifos da relatora).

permitiram a exploração da possibilidade de trabalhar a derrotabilidade normativa no direito administrativo.

Etapa importante para a adoção da derrotabilidade normativa é a compatibilização do direito administrativo com a *teoria institucional*, proposta por Neil MacCormick, corroborando o giro pragmático que a filosofia do direito, a teoria geral do direito e a teoria da argumentação jurídica são capazes de fornecer aos processos de concreção do direito público.

Conforme a distribuição do ônus probatório, os gestores públicos podem se valer do art. 22, § 1º, da LINDB, a fim de invocarem exceções à aplicação de regras gerais, mediante a articulação de circunstâncias contextuais excepcionais, não explicitamente incorporadas às regras gerais do direito administrativo sancionador, mas previstas de modo explícito pelo referido dispositivo. A adoção de uma prática de argumentação que envolve a inferência derrotista implica a distribuição do ônus da prova da seguinte forma: de um lado, cabe às instituições responsáveis pela realização do controle demonstrar que os critérios principais foram cumpridos para a aplicação das regras sancionatórias típicas; de outra parte, compete aos agentes públicos, responsabilizados nos procedimentos sancionadores, mostrar que circunstâncias incomuns marcaram um contexto de tomada de decisões na gestão pública que caracterizaram uma condição excepcional e derrotista da aplicação das sanções. Essa estrutura de tomada de decisões sequenciais e deslocamento de cargas probatórias é descrita pela doutrina nacional e estrangeira como a derrotabilidade do raciocínio jurídico.

Neste atual contexto criado pelas inovações legislativas trazidas pelos arts. 20 a 30 da LINDB, o direito administrativo abraçou características da teoria institucional e do pragmatismo jurídico, ao instituir o consequencialismo e o contextualismo nos novos dispositivos que passaram a integrar a interpretação do direito público. Com as inovações trazidas pelo art. 22 e seu § 1º, os processos de controle da gestão pública, concebidos como práticas argumentativas asseguradas pelo Estado de Direito, passam a acomodar a arguição de derrotabilidade em defesa dos agentes públicos, com o escopo de afastar a imputação de responsabilidade desses funcionários por danos ao erário público, quando condições adversas tenham limitado as escolhas, decisões a atuações dos gestores fiscalizados.

REFERÊNCIAS

BAYÓN, Juan Carlos. ?Por qué es derrotable el razionamento jurídico? **Revista Doxa, Cuadernos del Filosofia del Derecho,** n. 24,p. 35-62, 2001.

BINENBOJN, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BIX, Brian H. Defeasibility and open texture. *In*: BELTRÁN, Jordi Fer- rer Beltrán; BATTISTA, Giovanni . **The logic of legal requirements:** essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos e decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y princípios. **DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, v. 33,p. 79-108, 2010.

APAGÃO DAS CANETAS: "Incompetência não pode ser tratada como improbidade", diz ministro do TCU. **Conjur,** 30 maio 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu. Acesso em: 16 abr. 2021.

DEWEY, John. **Reconstrução em filosofia**. São Paulo, Ícone, 2011.

DEWEY, John. **The Esssencial Dewey, v. 1:** Pragmatism, Education, Democracy. Edited By Larry A. Hickman and Thomas M. Alexander. Indiana University Press, 1998.

DEWEY, John. **Lógica:** teoria da investigação. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

GREIMAS, A. J.; COURTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Contexto, 2008.

HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. Tradução de Andre de Godoy Vieira e Nelio Schneider. São Leopoldo: EdUnisinos, 2015.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo,** Ed. Esp. Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcelos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An institucional theory of law:** new approaches to legal positivism. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1986.

MARMOR, Andrei. **Defeasability and pragmatic indeterminacy in law**. 28 mar. 2015. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2585607. Acesso em: 9 dez. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do direito administrativo sancionador. **Conjur**, 25 jul. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 12 maio 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *In:* **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do séc. XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./dez. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no séc. XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito administrativo,** Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais. As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público,** Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. Tradução Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo:** teoria social e política. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Is defeasability an essencial property of law***?*. 12 out. 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1403284. Acesso em: 8 dez. 2019.

SIEGEL, Jonatham R. Textualism and Contextualism in Administative Law. **78 Boston University Law Review 78,** n. 4, p 1023-1112, out. 1998.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública 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,** n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and institutions. **Michigan Law Review,** v. 101, n. 4, 2003.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 278, n 1, p. 107-140, jan./abr. 2019.

Recebido: 31/1/2020.
Aprovado: 24/3/2021.

Clarice von Oertzen de Araujo
Livre docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).
Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Professora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).