

# Proporcionalidade e ponderação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: volta às origens ou mais do mesmo?

## Proportionality and balancing in the Introduction law to Brazilian law Standards: return to origins or more of the same?

**Josué Mastrodi<sup>1</sup>**

Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas/Brasil)  
mastrodi@puc-campinas.edu.br

**Lucas Catib De Laurentiis<sup>2</sup>**

Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas/Brasil)  
lucas.laurentiis@puc-campinas.edu.br

### Resumo

Neste trabalho, apresentamos nossa análise e nossa crítica à inserção, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de seu artigo 21, com redação dada pela Lei n. 13.655/2018, em especial no que respeita à sua aplicação no âmbito da Administração Pública. O novo dispositivo parece não servir para nada ou, ao menos, parece não servir para o que se propõe. Serve apenas para complicar. Em que pese seu *caput* se referir claramente à promoção do princípio constitucional da publicidade (no sentido de transparência e boa administração), essa promoção já está consolidada há 20 anos, por força da Lei n. 9.784/1999. Será que os artigos 2º e 50 desta lei foram revogados pelo novo artigo 21 da LINDB? Outra inutilidade desse *caput* está no dever de informar as consequências da realização do ato administrativo. Ora, o termo *consequência* é sinônimo de imputação. Ainda que o legislador pretendesse usar esse termo no sentido de se exigir uma análise econômica de sua decisão, ao modo do *Law and Economics*, isso

---

<sup>1</sup> Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Rua Professor Dr. Euryclides de Jesus Zerbini, 1.516, CCHSA, Bloco D, Sala ETD2, Campinas, SP, CEP 13.087-571.

<sup>2</sup> Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Rua Professor Dr. Euryclides de Jesus Zerbini, 1.516, CCHSA, Bloco D, Sala ETD2, Campinas, SP, CEP 13.087-571.

contraria não só a Teoria Geral do Direito Administrativo como a principiologia da própria LINDB. Para além disso, o parágrafo único desse artigo 21 determina a aplicação da máxima da proporcionalidade para justificar a tomada de decisões administrativas. Neste ponto específico, o texto normativo confunde mais que esclarece, causando dificuldade não só por não estabelecer a qual sentido de proporcionalidade se refere, como sugere sua aplicação ora a situações absurdas, ora a situações já resolúveis pelos artigos 53 e 55 da Lei 9.784.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução, Direito Administrativo, Antinomia, Insegurança jurídica, Teoria Geral do Direito.

### Abstract

In this work, we present our analysis and our critique to the insertion, in the Introduction law to Brazilian Law Standards (acronym in Portuguese, LINDB), of its article 21, with wording given by Law n. 13,655/2018, in particular with regard to its application in the Public Administration. This new article seems to be useless or, at least, does not seem to work for what it proposes. It serves only to complicate. Although its *caput* clearly refers to the promotion of the constitutional principle of publicity (in the sense of transparency and good administration), this promotion has already been consolidated 20 years ago, by the Law n. 9,784 / 1999. Did articles 2 and 50 of this law have been revoked by the new Article 21 of LINDB? Another point of ineffectiveness of the new article 21 is in the duty to inform the consequences of the accomplishment of the administrative act. However, the term consequence is synonymous with imputation. Although the legislator intended to use this term in order to require an economic analysis of its decision, in the manner of Law and Economics, this is contrary not only to the General Theory of Administrative Law but also to the principles of LINDB itself. In addition, the sole paragraph of Article 21 determines the application of the principle of proportionality to justify administrative decisions. In this specific point, the text confuses more than clarifies, causing difficulty not only for not establishing which sense of proportionality it refers to, as its application suggests to absurd situations, which sometimes have already been solved by Articles 53 and 55 of Law 9,784.

**Keywords:** Introduction to Brazilian norms. Administrative Law. Antinomy. Legal Insecurity. General Theory of Law.

## Introdução

Existem poucas ideias novas no direito. Com boa dose de razão, o aplicador do direito se contenta em utilizar parâmetros interpretativos já consolidados, arranjos argumentativos já testados e conclusões já aceitas. Ao agir assim, a autoridade judicial ou administrativa imuniza suas conclusões frente a possíveis reformas e críticas, e também ajuda a sedimentar as

premissas que ela mesma utilizou em sua decisão. Esse ciclo de criação e consolidação de parâmetros normativos é denominado dogmática.<sup>3</sup>

Nesse contexto, a ideia de proporcionalidade tem duas funções distintas que, muitas vezes, se apresentam como contraditórias. Neste trabalho, identificamos algumas dessas compreensões da proporcionalidade para, em seguida, mostrar que nenhuma delas é passível de ser utilizada univocamente na aplicação do tal parágrafo único do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Administrador Público. Em outras palavras, buscamos aqui demonstrar que dito dispositivo legal tem função dogmática praticamente nula, senão contraditória em relação às estruturas já consolidadas do direito administrativo e da teoria geral do direito.<sup>4</sup>

Ainda que a LINDB possa e deva ser utilizada no âmbito do Poder Judiciário, este trabalho versará sobre o campo da Administração Pública, muito embora as considerações aqui realizadas possam, em geral, ser entendidas e aplicadas no âmbito jurisdicional. Porém, antes de tratarmos da questão da proporcionalidade mencionada no parágrafo único desse artigo 21, cabem algumas considerações sobre o *caput* desse mesmo artigo. Assim, na próxima seção, trataremos da dificuldade de aplicação desse artigo, que se mostra incompatível com a sistemática já consolidada do direito administrativo positivo. O artigo 21 da LINDB, porquanto publicado em 2018, poderia ser entendido como abrogador dos artigos 2º e 50 da Lei n. 9.784/1999, segundo a máxima pela qual *lex posterior derogat lex anteriori*. Entendemos que isso não seria possível, pelos motivos expostos na seção 1 deste manuscrito.

Na seção 2, começamos a cuidar do parágrafo único do artigo 21 da LINDB, em especial pela exposição das várias compreensões do que se deva entender por “modo proporcional” contido naquele dispositivo. Na seção 3, mostramos a inviabilidade de utilização desse parágrafo em várias situações, em especial naquelas já disciplinadas pelos artigos 53 e 55 da Lei n. 9.784/1999 que, conforme expomos, a exemplo do conflito entre art. 50 da Lei n. 9.874 e *caput* do art. 21 da LINDB, também não sofreram abrogação alguma.

## Da inutilidade do *caput* do art. 21 da LINDB

Em hermenêutica, existe uma regra interpretativa segundo a qual não existem palavras inúteis na lei.<sup>5</sup> Essa regra, que na verdade é um postulado hermenêutico,<sup>6</sup> é um pressuposto que decorre de um dos princípios fundamentais da interpretação, qual seja: o texto normativo é um ponto de partida inegável.<sup>7</sup> No entanto, o ponto de partida do processo interpretativo não é sempre e necessariamente o texto do dispositivo normativo que se apresenta à interpretação literal, mas o ordenamento jurídico como um todo. Exige-se do intérprete que considere o sistema normativo em sua integralidade, justamente para evitar que pontos fora da curva, insertos em textos contrários ao sentido previsto pela Teoria Geral do Direito, acabem causando mais problemas que soluções.<sup>8</sup> Ao tratarmos do *caput* do art. 21 da LINDB,

<sup>3</sup> De forma similar, sustentando que a dogmática visa criar condições para a “orientação do homem em sociedade”, cf. Ferraz Jr. (2013, p. 21), Laurentiis (2017, p. 38) e Jestaedt (2012, p. 121).

<sup>4</sup> Em sentido contrário, buscando atribuir conteúdo normativo e regulador a tal dispositivo, cf. Ribeiro (2019, p. 147) e Mendonça (2018).

<sup>5</sup> Por isso, mesmo dispositivos hoje inaplicáveis, como o que se encontra no art. 77, §3º, da CF/88 (“Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos”), têm a função de indicar que seu texto foi revogado, expressa ou tacitamente, e indicam, por isso, que essa regra não é mais aplicável.

<sup>6</sup> No mesmo sentido, distinguindo entre regras jurídicas e postulados, cf. Ávila (2017, p. 165).

<sup>7</sup> Sobre a inegabilidade dos pontos de partida como primeiro pressuposto da hermenêutica, cf. Ferraz Jr (2013) e Laurentiis (2017).

<sup>8</sup> Nessa linha, cf. Grau (2013, p. 84) e Canotilho (2000, p. 1223).

estamos na exata situação em que um novo texto normativo contraria o sentido do direito administrativo como um todo. Segundo esse novo dispositivo, a compreensão da ação do Administrador Público fica assim determinada: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.

O texto parece não deixar dúvida alguma. O Administrador Público, ao determinar que um ato administrativo (*lato sensu*) seu seja invalidado, precisa declarar as consequências dessa invalidação. As dúvidas, contudo, começam a surgir quando o mesmo texto afirma que as consequências a serem indicadas de modo expresso são as jurídicas e administrativas. Como é possível diferenciar essas esferas de ação? Isso quer dizer que a ação administrativa não é sempre e necessariamente regulada juridicamente? Enfim, se a consequência “administrativa” tem relevância para o direito, ela não passa a ser automaticamente uma consequência “jurídica”, o que faz a parte final do dispositivo se tornar ainda mais irrelevante?

Uma forma possível de entender o texto seria pensar que o ato da invalidação de ato administrativo tenha que expor as consequências administrativas dessa invalidação, e que a invalidação judicial tenha que expor suas consequências jurídicas. De todo modo, o direito não pode se ocupar de consequências que lhe são exteriores, e por isso a parte final do dispositivo deve ser considerada teratológica.

Para além disso, é necessário observar que o artigo utiliza o termo “*jurídicas*”, e não “*jurisdicionais*”. Atos administrativos têm consequências jurídicas; decisões judiciais, também. Dessa forma, a norma em questão atinge tanto as autoridades administrativas quanto juízes que venham a declarar a invalidade de atos ou contratos administrativos. Todos eles enfrentarão os problemas interpretativos aqui apontados.

Muitos afirmam que tal dispositivo gera maior senso de responsabilidade na atuação do gestor público, que se vê por ele obrigado a motivar de forma explícita e clara a decisão que anula um ato administrativo.<sup>9</sup> Mas, nos termos dos artigos 2º e 50, VIII, da Lei n. 9.784/1999, e também por força do artigo 37 da Constituição da República,<sup>10</sup> todo ato administrativo que invalida outro ato deve ser devidamente motivado, o que faz o dever de motivação contido nos artigos 20 e 21 da LINDB ser supérfluo sob o ponto de vista normativo e repetitivo sob a ótica dogmática.

A exposição da consequência da invalidação, segundo a teoria geral do direito, necessariamente, é a indicação de que o ato invalidado é retirado do ordenamento jurídico. Ao se declarar um ato nulo, todas as situações jurídicas que antes estavam firmadas nele perdem-se por completo, sendo eliminadas como se nunca tivessem existido. E tais situações jurídicas eliminadas são, exatamente, as consequências decorrentes do ato invalidado.

A este respeito cabe uma consideração adicional. Ao se declarar a invalidação de um ato administrativo, o Administrador deve expor os motivos dessa invalidação. Caso tal motivação não ocorra, é perfeitamente possível e desejável que este segundo ato seja, ele mesmo, declarado nulo por ausência de um de seus elementos –ou pressupostos de validade<sup>11</sup>–

<sup>9</sup> Nesse sentido, a norma contida no artigo 21 da LINDB é considerada como uma especificação do dever contido no artigo 20 da mesma Lei, segundo o qual: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. A esse respeito, cf. Justen Filho (2018).

<sup>10</sup> O princípio da publicidade impõe dever de prestação de contas, o que não determina apenas a exposição dos atos públicos como também a exposição de seus motivos.

<sup>11</sup> A doutrina, em geral, entende que todo ato administrativo possui alguns componentes, ou elementos, ou requisitos de validade. A maioria dos juristas costuma se fundar no artigo 2º da Lei n. 4.717/1965 para afirmar que são 5 os elementos de todo ato, quais sejam, competência, forma, objeto, finalidade e motivo. Não obstante, há autores, como Bandeira de Mello (2010, p. 393-395), que com acerto distinguem pressupostos de existência (forma e objeto) de pressupostos de validade (competência, finalidade e

fundamentais. Ao se invalidar este segundo ato, o primeiro – aquele que foi objeto de invalidação – em regra,<sup>12</sup> deve ser considerado válido, vigente e em vigor, como se sua validade jamais tivesse sido desafiada. Tal situação não deve ser confundida com o instituto da repristinação, pois este pressupõe a revogação de um ato seguida da revogação do ato revogador, circunstância totalmente distinta da hipótese aqui tratada.

Muitos autores afirmam que um ato declarado nulo tem extintos todos os seus *efeitos*.<sup>13</sup> Contudo, como Mastrodi e Oliveira já expuseram,<sup>14</sup> nesta hipótese não se trata de efeitos, mas de consequências do ato anulado. Afinal, conforme consolidado por Kelsen,<sup>15</sup> o mundo do dever-ser está fundado no princípio da imputação e não da causalidade. Os “efeitos jurídicos” extintos pela declaração de nulidade não são, na verdade, efeitos, termo que só faz sentido no mundo do ser, em que efeitos decorrem necessariamente de uma causa; são, isto sim, consequências, imputações determinadas normativamente, que devem ocorrer quando sujeitas à hipótese de incidência normativa, mas que não ocorrem de modo necessário.

Nesse sentido, ao se impor ao Administrador que exponha todas as consequências da invalidação de seu ato, o artigo 21 da LINDB parece exigir daquele um esforço inumano para identificar todas as situações jurídicas que efetivamente se realizaram por força do ato quando ainda não havia sido declarado nulo. Não existe ato jurídico perfeito que subsista quando seu fundamento normativo é declarado nulo. Não é possível esperar do Administrador que este declare concretamente todas as situações que deverão ser desfeitas por ocasião da invalidação do ato que lhes dava fundamento. Dessa forma, o texto normativo em questão tem a consequência deletéria de induzir o Administrador a afastar a declaração de nulidade de atos administrativos, dado o ônus argumentativo aparentemente imposto pelo

---

motivo). Em que pese o acerto destes autores, a dogmática administrativista, aparentemente, acaba por se utilizar dos pressupostos kelsenianos, para quem os planos de existência, validade e vigência são indistintos (a este respeito, cf. Martins, 2014, v. 5, p. 209-ss) e, nesse sentido, considera os cinco elementos do ato administrativo no mesmo plano.

<sup>12</sup> Nessa linha, modificando sua jurisprudência anterior, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, o que pode ocorrer mesmo que o autor da demanda não tenha impugnado a norma revogada. Ver, nesse sentido: ADI 3239, rel. Min. Cezar Peluso, rel. para o acórdão Min. Rosa Weber, j. 8 de fevereiro de 2018.

<sup>13</sup> Justen Filho (2009, p. 273), à guisa de exemplo, é um dos autores que chama consequências jurídicas de “efeitos”: “Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”. O próprio Legislador, ao editar a Lei n. 9784/1999, tanto no caput quanto no parágrafo primeiro do artigo 54, utiliza o termo efeito como se consequência fosse: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. §1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

<sup>14</sup> “Tanto o sistema científico quanto o normativo, entendidos como estruturas de pensamento, são construídos a partir de certos axiomas dados como verdadeiros para descrever a realidade (sistema científico-normativo) ou para prescrever a realidade social (sistema normativo). Quando isso ocorre, o princípio da causalidade e o princípio da imputação são transcritos na estrutura lógico-formal de antecedente e consequente. No caso dos sistemas científicos, como o efeito é resultado necessário da causa eficiente, a transcrição da relação de causa e efeito para uma relação de antecedente e consequente, em que este é resultado deduzido daquele, não provoca problemas sérios, já que os resultados obtidos são basicamente os mesmos. No entanto, no caso de sistemas normativos, a transcrição da relação de causa e consequência (imputação) para uma relação de antecedente e consequente se apresenta problemática, já que a consequência não é um resultado necessário, como se dá na dedução lógico-formal, mas tão-somente esperado. A relação de imputação também não pode ser considerada verdadeira, mas tão-somente válida.” (Mastrodi e Oliveira, 2017, p. 834).

<sup>15</sup> Cf. por todos Kelsen (1999, p. 100-101): “A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é –como já vimos– diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando A é, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A e, B deve ser... A distinção entre causalidade e imputação reside em que – como já notamos– a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa –para a distinguir de uma relação causal. ‘Imputação’ designa uma relação normativa.”

artigo 21 da LINDB, fato perigoso e potencialmente lesivo para a tutela dos direitos do cidadão.

Como o texto do *caput* do art. 21 é de aplicação completamente impraticável, ele entra para aquele rol das leis que valem, mas que não têm qualquer pretensão de eficácia. E se não pode ser aplicada, não pode abrogar os comandos normativos que, desde 1999, preveem a forma de o Administrador declarar a invalidação de atos administrativos. Ainda que se possa afirmar que norma posterior revogue norma anterior (“*lex posteriori revocat lex anteriori*”), cumpre constatar dois pontos a este respeito.

Primeiro, que a Lei n. 9.784/1999 não foi expressamente retirada do ordenamento jurídico por meio do único agente competente para proceder tal retirada, qual seja, o Legislador; de modo que sua validade resta inalterada.<sup>16</sup> Ao contrário do que se costuma afirmar nos textos doutrinários,<sup>17</sup> antinomias normativas se referem ao plano da eficácia e não ao plano da validade. Afinal, trata-se do conflito entre a possibilidade jurídica de aplicar uma norma ou outra, sendo ambas integrantes do mesmo ordenamento. Portanto, a norma mais nova não retira a norma mais antiga do ordenamento. Para que o artigo 21 da LINDB revogasse os artigos 2º e 50 da Lei n. 9.784/1999, o Legislador precisaria ter, expressamente, determinado a revogação desta no texto daquela, o que não aconteceu. À guisa de exemplo, se o Legislador não tivesse revogado expressamente o Código de Processo Civil de 1973 ao editar o Código de Processo Civil de 2015, hoje teríamos a possibilidade de aplicação de duas leis processuais, já que ambas estariam válidas e a decisão sobre qual dos dois códigos aplicar ocorreria no plano da eficácia.

Segundo, que a existência do artigo 21 da LINDB não causa a nulidade da Lei n. 9.784, mas apresenta uma nova forma de realizar o fundamento da declaração de nulidade de um ato administrativo. Como é uma forma nova, costuma-se admitir a abrogação do texto normativo anterior como solução para se saber qual das normas é a aplicável no caso concreto. No entanto, essa forma nova não só é um texto isolado, que contraria toda a sistemática do Direito Administrativo brasileiro (e só isto já impediria sua aplicação), como o fato de ser inaplicável (isto é, ineficaz, ainda que válida e em vigor) impede que sirva para retirar a eficácia de textos igualmente vigentes e que há muito são aplicáveis à situação.

O termo “*consequência*” poderia, eventualmente, ser considerado como indicador da aplicação de doutrinas utilitaristas<sup>18</sup> ou da análise econômica do Direito, ou *Law and Economics*, teoria muito difundida pela Escola de Chicago desde os anos 1970, segundo a qual a eficiência das decisões estatais deve ser levada em conta como condição<sup>19</sup> para

---

<sup>16</sup> A esse respeito, a Lei Complementar n. 95/08 é categórica ao afirmar que “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art. 9º, com redação modificada pela Lei Complementar n. 107/01).

<sup>17</sup> Talvez a maior referência sobre antinomia e suas formas de resolução, desde os bancos acadêmicos, seja Bobbio (1999, p. 91-114), para quem os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade serviriam para retirar uma das normas em conflito do ordenamento. Contudo, não existe possibilidade lógica ou jurídica de um juiz ou administrador declarar, ao solucionar uma antinomia, que a norma não utilizada está revogada ou invalidada. A norma que não será utilizada naquele caso concreto apenas deixa de ser utilizada naquele momento, podendo ser aplicada em outras situações que se enquadrem em sua hipótese de incidência. Em certo sentido, também parece ser o que Alexy (2001) afirma quando da aplicação da proporcionalidade ao se ponderar entre dois princípios em colisão: o princípio não utilizado permanece válido. A este respeito, em crítica à proporcionalidade para ponderação de decisões judiciais, cf. Mastrodi (2014, p. 584-589) e Mastrodi e Steinberg (2014, p. 70-72).

<sup>18</sup> Rawls (2000) usa o termo *consequentialismo* como uma forma ampla de se referir a teorias normativas de base econômica.

<sup>19</sup> Cf. por todos Posner (1973), em um texto sobre análise econômica (descritiva) e Posner (1981), sobre teoria econômica normativa. A propósito do afirmado na nota anterior, Posner sempre rejeitou as críticas de que a análise econômica do direito pudesse, de qualquer forma, ser considerada uma espécie de utilitarismo: “Utilitarismo e economia normativa são frequente e facilmente confundidos. Utilitarismo, como ordinariamente entendido e como devo usar o termo aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, prática, instituição ou norma deve ser julgada por seu efeito em promover felicidade – o excedente do prazer sofre a dor—agregado entre todos os habitantes (em algumas versões de utilitarismo, de todos os seres sencientes) da ‘sociedade’, que pode ser uma nação ou o mundo todo. Economia normativa sustenta que uma ação deve ser julgada por seu efeito em promover o bem-estar social, um termo frequentemente definido de modo tão amplo a ponto de ser sinônimo do conceito utilitarista de

concretização dessas mesmas decisões. Em certo sentido, não só políticas públicas ao serem implementadas, mas mesmo atos administrativos isolados, demandam o atingimento de resultados práticos, esperados pelo Administrador, resultados estes que não se confundem com a finalidade jurídica desses mesmos atos, mas que se referem à promoção do princípio constitucional da eficiência.

Nesse sentido, talvez pudesse alguém afirmar que a consequência do *caput* do artigo 21 da LINDB se refira a esses resultados práticos. Assim, ao invalidar um ato, o Administrador precisaria expor quais resultados espera com a invalidação, impedindo, com isso, eventual perda de investimento, ou execução de um custo que se mostre excessivo em relação ao benefício originalmente estimado.

Tais ilações, contudo, não se coadunam com a teoria geral do direito, tampouco com a teoria do direito administrativo, muito menos com um mínimo entendimento do direito positivo brasileiro. Nosso sistema normativo tem caráter fundamentalmente principiológico, e não consequencialista. Avaliar resultados práticos é algo necessário à prática da boa Administração Pública, mas isso não é condição para invalidar um ato administrativo. Assim, o que permite a invalidação de um ato é a existência de vícios em qualquer de seus elementos constitutivos (ou pressupostos de validade). Entender que a eficiência de um ato pode determinar sua invalidação contraria qualquer compreensão que já se tenha feito sobre o direito positivo nacional.

E de mais a mais, como o texto do *caput* do artigo 21 da LINDB fala em consequências “jurídicas e administrativas”, obviamente não se refere a consequências práticas (que, por se darem no mundo do ser e não no do dever ser, não seriam sequer consequências, mas efeitos), não sendo possível, de modo algum, entender que tal dispositivo inauguraria a análise econômica do Direito como condição para atuação do Administrador público ao invalidar atos administrativos.

Mas ainda que se entendesse o novo artigo 21 da LINDB a partir de uma análise econômica do direito, não se justifica falar em invalidação: se um ato administrativo qualquer, seja isolado, seja tomado no âmbito de uma política pública implementada, deva ser retirado do ordenamento jurídico porque os resultados práticos esperados em uma avaliação *ex ante* não foram constatadas em uma avaliação *ex post*, trata-se, à evidência, de uma situação de revogação e não de nulidade.

## Essa tal de proporcionalidade

Há ao menos duas concepções do que se possa compreender por proporcionalidade, e nenhuma das duas se encaixa na redação do parágrafo único do art. 21 da LINDB.

A primeira delas surgiu no direito administrativo prussiano do século XVIII, quando, pela primeira vez, previu-se em lei que “leis e atos estatais devem limitar a liberdade natural e os direitos dos cidadãos na medida exigida pelo interesse comum”.<sup>20</sup> Nesse sentido, a proporcionalidade nada mais é do que uma adaptação germânica do parâmetro de controle de

---

felicidade, exceto que ordinariamente as satisfações dos seres não-humanos não estão incluídas no conceito de bem-estar social. A identificação da análise econômica com utilitarismo tem sido reforçada pela tendência na economia de usar o termo ‘utilidade’ como sinônimo de ‘bem-estar’ como na expressão ‘maximização da utilidade’, e pelo fato de muitos teóricos proeminentes do utilitarismo, como Bentham, Edgeworth e John Stuart Mill, serem também proeminentes economistas. Para além disso, muitos práticos do ‘bem-estar da economia’ (o termo mais comum para economia normativa) descrevem sua atividade como utilitarismo aplicado” (Posner, 1981, p. 48).

<sup>20</sup> Trata-se aqui do art. 79 do código geral de normas prussiano, elaborado sob a orientação das ideias de Carl Gottlieb Svarez. Para uma exposição dos detalhes desta regra e da situação que levou à sua criação, cf. Laurentiis (2017, p. 61). Para a exposição das ideias de seu criador, cf. Svares (1960, p. 39).

atos administrativos francês denominado *excès de pouvoir*.<sup>21</sup> Justamente por isso, a frase de ordem, cunhada por Fritz Fleiner, que sintetiza a ideia da proporcionalidade diz: “A polícia não deve abater pardais com canhões”.<sup>22</sup> Dessa forma, seja na versão germânica ou francesa, ambos esses testes visavam a controlar e anular atos excessivos realizados pela Administração pública.

O ponto de diferenciação dessas técnicas está simplesmente na estrutura analítica do modelo prussiano, que desde sua origem contempla dois passos distintos: a avaliação da potencialidade da medida restritiva de direitos atingir o fim a que ela se destina, elemento da prova que ficou conhecido como a adequação, e a análise comparativa da medida restritiva em relação a meios alternativos igualmente capazes de atingir o fim almejado, instrumento que foi traduzido como a prova da necessidade. Não há nada além desses dois passos nesse modelo da proporcionalidade, que se contenta em verificar como e se o poder estatal foi exercido de forma abusiva e, por isso, desproporcional.

Aplicando essa orientação, afirmou-se, na jurisprudência do superior tribunal administrativo prussiano, que é desproporcional a medida policial que determina o fechamento de um estabelecimento que perdeu a autorização para a venda de bebidas, se a simples apreensão dessas mercadorias é uma medida suficiente para atingir o fim pretendido pela autoridade pública.<sup>23</sup> Enfim, é importante observar que, em tal modelo da prova, não se cogita de forma alguma em avaliar se e de que forma o direito restringido pela medida estatal é mais ou menos valioso do que a finalidade perseguida pelo Estado com sua restrição. Ao contrário, a prova se contenta em avaliar o excesso que inevitavelmente acarretará a declaração do ato administrativo.

Um segundo sentido da prova da proporcionalidade surge quando o tribunal constitucional alemão se apropria do modelo prussiano e o transporta para o nível constitucional.<sup>24</sup> Em um contexto de reflorescimento de ideias e ideais jusnaturalistas que levou à criação de imagens como a ordem objetiva de valores constitucionais, a função objetiva dos direitos fundamentais e, enfim, a ponderação,<sup>25</sup> a proporcionalidade tem suas feições originais totalmente modificadas: a partir de então sua aplicação se tornou sinônimo de harmonização de valores conflitantes, operação essa que exige do aplicador do direito a comparação de grandezas incomparáveis e incomensuráveis.<sup>26</sup>

Os efeitos dessa nova configuração da proporcionalidade são conhecidos: por meio dela se restringe a liberdade de autoconformação do legislador, pois toda e qualquer lei passa a ser uma decorrência direta da ponderação de valores constitucionais e se sujeita, por isso, à aplicação da prova da proporcionalidade e ao controle exercido pelo Poder Judiciário; transfere-se, como consequência, para este Poder a competência e o poder de conformação de valores socialmente relevantes, como a vida, a intimidade, a liberdade de expressão e, enfim, a dignidade;<sup>27</sup> em seu limite, a proporcionalidade se volta contra os próprios titulares dos

<sup>21</sup> Indicando a proximidade entre a proporcionalidade e essa figura francesa, cf. Huber (1977, p. 2).

<sup>22</sup> A literatura constitucional brasileira atribui, de forma incorreta, a autoria de tal frase a Georg Jellinek, o que tem reflexos até mesmo na jurisprudência constitucional, que já incorreu na mesma confusão. Dentre outros, incorrendo nesse erro, cf. Barros (1996).

<sup>23</sup> PrOVGE 13, 424 (425) - *Unzulässiger Branntweinausschank*.

<sup>24</sup> Dentre as decisões paradigmáticas que marcaram o período de transformação do conceito e estrutura da proporcionalidade destacam-se as decisões dos casos Lüth (BVerfGE 7,198) e *Apotheke* (BVerfGE 7,377). Para uma análise crítica de tais julgados, cf. Laurentiis (2017, p. 78 e ss).

<sup>25</sup> Relacionando o período de reconstrução da Europa continental e, sobretudo, da Alemanha, com o resgate de ideias e concepções jusnaturalistas, cf. Rennert (2014, p. 42).

<sup>26</sup> A respeito das transformações sofridas pela proporcionalidade no contexto de transição do direito constitucional alemão, cf. Wahl (2005, p. 385).

<sup>27</sup> Para uma crítica dessa orientação, cf. Schlink (1976).

direitos fundamentais, exigindo que suas ações sejam igualmente proporcionais e calculáveis, o que representa a anulação da liberdade de ação.<sup>28</sup> Transportada para o direito brasileiro, esse modelo da proporcionalidade tem servido de base para incontáveis casos de ativismo judicial.

Ao se referir à proporcionalidade, a nova redação dos artigos 21, parágrafo único, 23 e 26, § 1º, I, da assim denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro insere-se nesse contexto confuso e conflituoso. Nos dispositivos citados, tal diploma legal exige que decisões administrativas, inclusive aquelas que declarem a invalidade de atos normativos, mudanças de interpretação de parâmetros administrativos e, enfim, a celebração de compromissos de natureza administrativa, sigam e apliquem a técnica da proporcionalidade. Por um lado, essa é uma iniciativa louvável. Trata-se, afinal, da reivindicação da paternidade do teste, que volta agora ao seu *habitat* natural e original: o controle da atividade administrativa.<sup>29</sup> Mas, por outro lado, tais dispositivos são bastante criticáveis. Isso por diversas razões.

O primeiro desses artigos (art. 21, parágrafo único), simplesmente inverte a lógica e o sentido do teste. Isso porque, se a proporcionalidade é aplicável em situações em que se verifique a restrição de um direito fundamental, é difícil entender qual será o papel da prova em casos de declaração de invalidade de atos administrativos. Afinal, se o ato nulo não gera consequências nem origina direitos,<sup>30</sup> qual é o sentido da aplicação da proporcionalidade em situações em que a Administração Pública simplesmente constate esse vício normativo? Em outros termos: uma vez que o ato administrativo nulo não confere direito algum, a declaração de sua nulidade não pode ser considerada como um ato restritivo de direitos, o que afasta a possibilidade de aplicação da proporcionalidade.

A parte final do dispositivo soa, portanto, contraditória, pois só se pode pensar em um ato excessivo quando se verifica a restrição de um direito fundamental, o que não é o caso do ato administrativo nulo.<sup>31</sup>

Ao que parece, portanto, o dispositivo em tela não trata de proporcionalidade, mas de ponderação. Afinal, o artigo 21 determina ao Administrador que decida entre manter os efeitos concretos e consequências normativas até então realizados, opção fundamentada pela preservação da segurança jurídica, contraposta por outro lado à não manutenção de tais efeitos e consequências, opção fundamentada pelo princípio violado pelo ato inválido. Se é assim, o que se está indicando em tal dispositivo é a possibilidade de se aplicar uma espécie de “modulação de efeitos” da declaração da invalidade do ato administrativo, operação que, à semelhança do que já ocorre no direito constitucional brasileiro, envolveria o confronto entre

<sup>28</sup> Isso ocorre com a criação da figura complexa e polêmica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que exige dos próprios titulares dos direitos fundamentais (os atores privados) a comprovação da proporcionalidade de suas ações, o que gera a anulação da liberdade individual. Nesse sentido, cf. Poscher (2003).

<sup>29</sup> Vale lembrar que Lei n. 9.784 já determina, desde 1999, em seu artigo 2º, que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

<sup>30</sup> É o que deflui da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (Súmula 473, STF).

<sup>31</sup> Não seria nem mesmo possível pensar em uma intervenção causada pelo ato nulo no direito à segurança jurídica, pois este direito tem a função de “servir de instrumento de realização de princípios ou direitos” (Ávila, 2011, p. 120). Ou seja, a segurança jurídica não incide sobre fatos ou situações, mas sim sobre outros direitos. Sendo assim, para que este “princípio instrumental” tenha incidência, é preciso verificar antes uma intervenção no direito fundamental sobre o qual ela incide. Como foi aqui explicitado, nada disso ocorre quando está em questão o ato nulo, que não gera efeitos em relação a qualquer direito fundamental.

o valor protegido pela anulação do ato administrativo e valor contraposto, que tutela a expectativa de direito gerada pelo ato nulo.<sup>32</sup>

Só isso explica a menção simultânea da proporcionalidade e da equidade neste mesmo dispositivo, parâmetros de controle que têm efeitos e funções não só diversas, mas opostas.<sup>33</sup> Enfim, a aplicação do novo artigo 21 da LINDB autorizaria, nesse sentido, que a declaração de invalidade de um ato administrativo fosse acompanhada da manutenção de seus efeitos, operação que está calcada na proporcionalidade, vista aqui como um instrumento de harmonização de valores contrapostos.

Se isso é certo, o dispositivo em questão não será somente criticável pelo prisma técnico, uma vez que seu texto mistura pressupostos do modelo da prova, que incorpora a ponderação em sua estrutura, com a menção de eventuais perdas anormais ou excessivas ocasionadas pelo ato nulo, o que, como já se observou aqui, é um contrassenso. Na verdade, o maior pecado de tal regra é pressupor que a valoração ou a ponderação de princípios ou valores possa, de alguma forma, gerar um clima de segurança jurídica.<sup>34</sup> Não foi isso o que ocorreu nos cinquenta anos de jurisprudência constitucional alemã que se seguiram à criação da figura da ponderação;<sup>35</sup> não é isso, igualmente, o que se verifica na jurisprudência constitucional brasileira, que se encontra contaminada pelo vírus insanável da ponderação.

Na verdade, como já se comprovou há décadas, valores e princípios trazem consigo uma pretensão universalizante e totalizante que os torna incompatíveis em relação a todo e qualquer valor que lhes seja diverso.<sup>36</sup> Ao julgar com valores, portanto, o juiz ou órgão administrativo inevitavelmente deixa a posição de árbitro da situação concreta para se tornar um dos defensores dos valores em conflito. Isso significa a proliferação indefinida de conflitos, que sempre encontrarão novas ponderações e novas valorações, a depender da subjetividade do intérprete e do aplicador da lei.<sup>37</sup>

Era de se esperar que uma reforma da LINDB que buscava justamente “elevar os níveis de segurança jurídica”<sup>38</sup> do Direito brasileiro e, sobretudo, da atividade administrativa, seguisse um caminho diverso. Infelizmente, não é isso o que o texto do artigo comentado sugere e não é definitivamente isso o que se pode esperar de sua aplicação.

---

<sup>32</sup> Os autores têm pesquisa avançada sobre o tema da modulação administrativa, que em breve será publicada.

<sup>33</sup> Para uma exposição acerca desses conceitos e sua oposição, cf. Laurentiis (2017, p. 67 e 68).

<sup>34</sup> Na verdade, da forma como é aplicada na jurisdição constitucional brasileira, a modulação de efeitos não gera maior segurança jurídica, como já foi demonstrado por Dias e Laurentiis (2013).

<sup>35</sup> Criticando a jurisprudência alemã, em virtude da falta de critérios para se estabelecer uma relação de preponderância entre os diversos valores constitucionais em conflito, cf. Schmitt (2011).

<sup>36</sup> Há décadas, nesse sentido, cf. SCHLINK (1976).

<sup>37</sup> Buscando contornar essas conclusões, Paula Gorzoni (2018, p. 48-49) sustenta que nenhum método interpretativo é completamente objetivo e, portanto, todos eles carregam uma carga de subjetividade. Dessa forma, afirma a autora, as críticas à ponderação seriam infundadas, pois não se pode exigir desse procedimento um resultado (a objetividade absoluta) que não pode ser alcançado por nenhuma outra forma de interpretação. Não é possível aprofundar essa discussão neste espaço; todavia, deve-se observar que o argumento desenvolvido por tal autora é circular. Afinal, foi a teoria dos valores e, com ela, a teoria dos princípios, que introduziu a ideia de colisão e ponderação de valores constitucionais no debate jurídico. Cabe aos defensores dessa teoria, portanto, e não aos seus críticos, comprovar que é possível construir uma argumentação controlável e racional fundamentada em seus pressupostos. Enfim, é preciso observar que a introdução de notações lógicas e fórmulas matemáticas não soluciona o problema, pois isso simplesmente faz com que a insegurança e a subjetividade do intérprete dos valores seja transferida e, ao final, escamoteada pela aparência de objetividade criada pela ilusão feita a partir de fórmulas matemáticas.

<sup>38</sup> É o que diz o parecer do relator dessa matéria no Senado Federal, senador Antônio Anastasia.

## Decisão entre invalidar ou convalidar não passa pelo teste da proporcionalidade

Se o parágrafo único do artigo 21 da LINDB determina que o ato de invalidação de um ato administrativo deva ser feito de modo proporcional, ele é silente quanto ao ato pelo qual se busque convalidar o ato administrativo nulo.

O Administrador deve invalidar os atos que sejam eivados de vício, conforme dispõe há 20 anos o artigo 53 da Lei 9.784. Ora, não há que se falar em proporção da invalidação, mas de ponderação de suas consequências. Conforme afirmado na seção anterior, isso seria uma modulação de efeitos da decisão, pela qual algumas consequências do ato nulo seriam mantidas com base em uma análise de custo-benefício entre o valor afetado pela invalidação e o valor contrariado pela manutenção das consequências do ato.

Para além disso, esse artigo 21 causa enorme confusão quando contraposto ao artigo 55 da Lei n. 9.784/1999, pelo qual se prevê a hipótese de convalidação administrativa de um ato nulo. Segundo este último dispositivo, ainda que um ato possua vício, o Administrador poderá convalidá-lo se evidenciar que o vício é sanável e que a convalidação não acarretará lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros. O Administrador, para convalidar, tem o ônus argumentativo de ponderar em favor da segurança jurídica para afastar a invalidade e sanar o vício. Ora, o artigo 21 da LINDB parece querer impor ao Administrador ônus argumentativo equivalente, mas em sentido contrário ao do artigo 55 da Lei n. 9.874/1999. Ou seja, ao mesmo tempo em que o artigo 55 da Lei 9.784/1999 determina que a convalidação ocorra em favor da segurança jurídica, o artigo 21 da LINDB também determina, em favor da mesma segurança jurídica, que o ato seja invalidado! Parece-nos que tanta segurança jurídica assim, tanto de um lado, quanto do outro, tende a acarretar no oposto, em enorme insegurança jurídica.

## À guisa de conclusão

Esperamos, com a exposição feita ao longo deste manuscrito, ter demonstrado a total inutilidade da inserção feita pela Lei n. 13.655/2018 no artigo 21 da LINDB, que se apresenta contraditório não só em relação à sistemática do direito administrativo positivo, como contraditório em relação tanto à doutrina da teoria geral do direito quanto da proporcionalidade, e se apresenta, ainda que seja entendido apenas a partir de seu pretenso dever de ponderação, como um texto normativo completamente dispensável por força de sua ineficácia absoluta.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, R. 2001. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁVILA, H. 2011. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros.
- ÁVILA, H. 2017. *Teoria dos princípios*. São Paulo, Malheiros.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. 2010. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo, Malheiros.
- BARROS, S. T. 1996. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, Editora Brasília Jurídica.
- BOBBIO, N. 1999. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos

Santos. 10 ed. Brasília, UnB.

CANOTILHO, J. J. G. 2000. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora.

DIAS, R.; LAURENTIIS, L. C. 2013. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: R. Valim; J. R. P. Oliveira; A. N. Dal Pozzo (Coord.), *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, p. 205-221.

FERRAZ JR., T. S. 2013. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo, Atlas.

FLEINER, F. 1913. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*. Tübingen, Mohr.

GORZONI, P. 2018. É possível estruturar a ponderação por meio de critérios racionais? O caso busca de dados. *Revista Brasileira de Direito*, **14**(2):40-63.

GRAU, E. R. 2013. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo, Malheiros.

HUBER, H. 1977. Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht. *ZSR*, **96**:1-28.

JESTAEDT, M. 2012. Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. In: G. Kirchof; S. Magen; K. Schneider (Coords.), *Was weiß Dogmatik*. Tübingen, Mohr, p. 117-137.

JUSTEN FILHO, M. 2009. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva.

JUSTEN FILHO, M. 2018. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, **Ed. Especial**:13-41.

KELSEN, H. 1999. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed., 3. tir. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes.

LAURENTIIS, L. C. 2017. *A proporcionalidade no direito constitucional: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo, Malheiros.

MARTINS, R. M. 2014. Elementos e pressupostos do ato administrativo. In: R. F. Bacellar Filho, *Tratado de Direito Administrativo*, v. 5. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MASTRODI, J.; OLIVEIRA, T. S. F. 2017. Da distinção teórica entre princípios lógicos, científicos e jurídicos. *Revista Quaestio Iuris*, **10**(2):818-843.

MASTRODI, J.; STEINBERG, D. F. 2014. Sobre o postulado da moda, a proporcionalidade: sua liturgia metodológica e sua irracionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, **6**(1):63-74.

MASTRODI, J. 2014. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito GV*, **10**(2):577-596.

POSCHER, R. 2003. *Grundrecht als Abwehrrecht: Reflexive Regelung Rechtlich Geordneter Freiheit*. Tübingen, Mohr.

POSNER, R. A. 1973. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, **2**(2):399-458.

POSNER, R. A. 1981. *The Economics of Justice*. Cambridge and London, Harvard University Press.

RAWLS, J. 2000. *Uma Teoria da Justiça*. 1. ed. 2. tir. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo, Martins Fontes.

RENNERT, D. 2014. Die Verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung: Zu Lüth und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie. *Der Staat*, **53**:31-61.

SCHLINK, B. 1976. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin, Duncker und Humblot.

SCHMITT, C. 2011. *Die tyrannei der Werte*. Berlin, Duncker und Humblot.

SVARES, C. G. 1960. *Vorträge über Recht und Staat*. Köln, Westdeutscher Verlag.  
WAHL, R. 2005. Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklun.  
*In: T. Henne; A. Riedlinger (Hg.), Das Lüth Urteil in (rechts-) historischer Sicht*. Berlin, Berliner  
Wiss. Verlag, p. 371-397.

*Submetido: 29/04/2020*

*Aceito: 14/07/2020*