

Art. 20 da LINDB

Dever de transparência,
concretude e proporcionalidade
nas decisões públicas

Article 20 of LINDB

*The duties of transparency,
concreteness and proportionality
in public decisions*

Marçal Justen Filho¹

RESUMO

O art. 20 da LINDB é orientado a reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes restringem-se a invocar princípios abstratos. O processo decisório exige a concretização de normas e valores ideais, o que impõe tomar em consideração as situações da realidade. Se uma norma

¹ Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados. *E-mail*: <contato@justenfilho.com.br>. Mestre e Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná de 1986 a 2006. É advogado, parecerista e árbitro.

pode propiciar diferentes conclusões para o caso concreto, é indispensável analisar os potenciais efeitos pertinentes a cada qual. Essa exigência é ainda mais relevante em vista do princípio da proporcionalidade. É inviável aplicar a proporcionalidade sem tomar em vista os efeitos que a opção hermenêutica produzirá. O parágrafo único do art. 20 admite, além disso, adotar soluções alternativas à simples invalidação de um provimento administrativo, nas hipóteses de vícios ou defeitos.

PALAVRAS-CHAVE

LINDB – decisão estatal – motivação – valores jurídicos abstratos – efeitos práticos

ABSTRACT

The article 20 of LINDB (Law of Introduction to Rules of Brazilian Law) is aimed to reducing the indetermination of public decisions, which several times are only based on abstract principles. The decision-making process requires the implementation of ideal rules and values, which requires taking into consideration the reality. If a rule can provide different solutions for a specific case, it is imperative to analyze the negative effects on each one. That requirement is even more important in view of the principle of proportionality. It is not possible to apply the principle of proportionality without considering the effects of the hermeneutic choice. Article 20, sole paragraph, admits, furthermore, to adopt alternative solutions to the simple invalidation of a public decision, in the event of defects.

KEYWORDS

LINDB – public decision – reasons of the decision – abstract legal values – practical effects

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

1. A finalidade do art. 20

As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.

2. A “aplicação” do direito

A competência da autoridade estatal para proferir decisão relativa a um caso concreto envolve a “aplicação” do direito.

2.1. Considerações gerais

Adota-se a expressão “aplicar o direito” para indicar a atividade de editar um ato para disciplinar uma situação concreta, tendo por fundamento as normas de hierarquia mais elevada.²

A aplicação do direito consiste numa atividade juridicamente subordinada ao conteúdo e às determinações de uma norma jurídica de maior hierarquia, tal como depende da observância do devido processo previsto pelo direito.

Isso significa a vedação pela ordem jurídica de solução concreta fundada em avaliações puramente subjetivas da autoridade estatal. A competência

² A concepção da hierarquia entre normas foi sistematizada por Kelsen, que destacou que as normas jurídicas vinculam-se entre si por relações de supra e infraordenação. A norma apresenta hierarquia mais elevada quando se constitui em fundamento de validade de outra norma. Isso significa que, existindo conflito entre duas normas, prevalece aquela de mais elevada hierarquia. As normas de hierarquia mais elevada são dotadas usualmente de grande abstração e generalidade. Mas esse grau de abstração e generalidade não consiste no critério para diferenciar a hierarquia entre as normas. Na maior parte dos casos, o critério de diferenciação da hierarquia consiste na identidade da autoridade investida da competência para produzir a norma, tal como o processo de sua formação. Sobre o tema, confira-se Kelsen (1974).

para aplicar o direito não compreende o poder jurídico para produzir uma solução qualquer, não compatível nem autorizada pelas normas objeto da aplicação.

2.2. A concepção mecanicista da atividade de aplicação do direito

Pode ser qualificada como “mecanicista” a concepção de que todas as soluções a serem concretamente adotadas já se encontram previstas (ainda que de modo implícito) nas normas gerais, de modo que a atividade de aplicação do direito não envolveria qualquer inovação por parte do agente investido da competência decisória.

Esse é um enfoque idealista. Funda-se na pressuposição de que todas as circunstâncias da realidade estão previamente contidas e exaustivamente disciplinadas nas normas jurídicas abstratas.

2.3. A concepção realista da atividade de aplicação do direito

Outro enfoque reconhece que a disciplina normativa consagra um conjunto de padrões abstratos, sendo insuficiente para contemplar (mesmo implicitamente) todas as soluções para os casos concretos. A dinâmica da realidade é insuscetível de previsão antecipada, nem o legislador nem a lei são omniscientes. Por isso, a aplicação de normas gerais e abstratas envolve escolhas a serem realizadas pelo sujeito investido da competência decisória. Ainda que tais escolhas não sejam livres, a norma geral e abstrata produzirá apenas balizas delimitadoras da autonomia do titular da função decisória. Em muitos casos, haverá uma grande dificuldade em identificar tais limites.

Essa é a concepção que se reputa mais adequada para descrever a atividade de aplicação do direito.

2.4. As dificuldades da aplicação das normas gerais

A abstração e a generalidade das normas gerais propiciam dificuldades relevantes para a determinação da solução efetiva a ser adotada no caso

concreto. Essa dificuldade decorre da pluralidade de soluções possibilitadas pelas normas gerais a serem aplicadas.

A autoridade investida da competência para aplicar a norma de hierarquia superior tem o dever de adotar a solução mais compatível com o conjunto do ordenamento jurídico. No entanto, é muito problemático determinar, em cada caso, qual seria a solução mais satisfatória.

2.5. A proliferação de normas gerais e abstratas

A dificuldade é intensificada pela proliferação de normas gerais e abstratas. Verifica-se uma tendência à proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade. Se o conjunto das normas de hierarquia mais elevada é caracterizado pela preponderância de soluções abstratas e gerais, amplia-se a quantidade de soluções, que podem até ser contraditórias entre si. Isso tende a tornar imprevisível a decisão concreta que será efetivamente adotada para o caso concreto.

3. Ainda o fenômeno da afirmação de sociedades multiclasse

A primeira razão para a consagração de normas abstratas e genéricas se relaciona com um fenômeno político-social identificado por Massimo Severo Giannini, que aludiu à afirmação de uma sociedade multiclasse.³

3.1. A composição dos parlamentos

Giannini destacou que a efetiva consagração da democracia produziu um efeito marcante relativamente à composição dos Parlamentos. Até o início do século XX, a plena cidadania política era dissociada da condição humana. Os direitos políticos – especialmente de votar e ser votado – eram reservados a extratos específicos da população. As decorrências eram a homogeneidade na estrutura e no funcionamento das casas legislativas, eis que os seus membros compartilhavam de interesses específicos.

³ Confira-se Giannini (1970, p. 45-50).

A generalização do direito de votar e de ser votado conduziu à maior representatividade dos Parlamentos, que passaram a congregar representantes eleitos dos diversos grupos e interesses sociais. Portanto, a complexidade da composição social se reflete nos Parlamentos. Giannini aludiu à existência de uma sociedade multiclasse para indicar esse fenômeno da representatividade de todas as classes e interesses sociais na composição dos órgãos estatais.

3.2. A dificuldade na produção legislativa

Uma característica da composição multiclasse é a dificuldade de aprovação pelo Parlamento de medidas que afetem interesses específicos. A produção legislativa depende de composições de interesses entre os diversos grupos de representantes dos eleitores. A formação de maiorias é um fenômeno circunstancial e muito delimitado.

3.3. As soluções de compromisso e as leis de conteúdo genérico

A composição multiclasse do Parlamento acarreta a inviabilidade de leis de conteúdo específico e determinado, eis que esse tipo de lei tende a estabelecer restrições a interesses representados no Parlamento.

Logo, difundiu-se a solução de leis de conteúdo geral e impreciso, que não estabelecem de modo exato a solução a ser adotada.

4. A dinâmica da realidade e a generalidade das normas jurídicas

Outro aspecto relaciona-se com a tendência à defasagem de normas concretas. Quanto mais específica uma norma, tanto maior é a possibilidade da sua inadequação para solucionar novos problemas produzidos pela realidade dos fatos.

4.1. As normas legisladas como reflexo de um momento existencial

Toda norma legal (inclusive a própria Constituição) reflete um momento existencial da sociedade que a produz. Isso envolve não apenas a consagração

de valorações coletivas prevalentes à época, mas também a consideração às circunstâncias da realidade existente e previsível.

4.2. A “aceleração do tempo” e o surgimento de demandas imprevisíveis

Ocorre que a evolução dos fatos pode alterar de modo relevante as circunstâncias existenciais referidas ao direito, o que é agravado pelo fenômeno da “aceleração do tempo”. Essa expressão indica a multiplicação das ocorrências verificadas num dado período de tempo, envolvendo o surgimento de novas necessidades, a criação de soluções tecnológicas inovadoras e a superação de tradições e preconceitos, num ambiente de comunicação global imediata.

4.3. O risco da “obsolescência” do direito

Essa situação conduziu a aludir a “obsolescência” do direito, indicando a eliminação da adequação das soluções legislativas abstratamente previstas em vista de uma realidade fática radicalmente distinta daquela do passado. Isso pode conduzir a soluções normativas absolutamente incompatíveis com as vivências sociais posteriores.

4.4. A adoção de normas abstratas e gerais

Uma solução para reduzir o risco da obsolescência do direito é a consagração de normas gerais e abstratas – ao menos, nos graus mais elevados de hierarquia.

5. O distinto grau de precisão das normas jurídicas e suas decorrências

Essas são algumas das circunstâncias que conduzem ao surgimento de normas jurídicas dotadas de elevado grau de incerteza. O tema se relaciona inclusive com a existência de espécies distintas de normas jurídicas.

5.1. Ainda a distinção entre princípios e regras

Uma das afirmações marcantes dos últimos trinta anos reside no reconhecimento da dimensão normativa dos princípios jurídicos.⁴ O tema envolve o reconhecimento de que nem toda norma jurídica contempla um comando preciso e determinado, a ser observado quando concretizada uma certa situação concreta. Essa situação apenas se verifica relativamente às normas jurídicas consistentes em regras.

Uma regra é uma norma jurídica que vincula um comando à ocorrência de determinada situação fática (descrita de modo hipotético). Esse comando estabelece que uma conduta passará a ser facultada, obrigatória ou proibida. Mas o grau de precisão da disciplina contida numa regra pode ser variável. Tanto no tocante aos pressupostos de aplicação quanto relativamente ao conteúdo do comando existem variações de certeza e predeterminação.

Já quanto aos princípios, o grau de indeterminação é muito mais notável. O princípio é uma norma que impõe concepções gerais relacionadas com determinados temas, afirmando a vinculatividade de valores. A norma principiológica não contempla uma situação fática determinada, cuja ocorrência imporá a incidência de um comando. Nem existe um comando único, específico e determinado, contemplado no princípio.

O princípio impõe a vinculação a padrões gerais e impõe ao aplicador o poder-dever de construir uma solução para o caso concreto, tomando em vista as circunstâncias fáticas e as variações inerentes à realidade. A generalidade que os caracteriza propicia o potencial conflito entre os diversos princípios, enquanto considerados em uma dimensão puramente abstrata. Isso resulta em um elevado grau de indeterminação jurídica.

Justamente por isso, é usual a edição de regras para estabelecer uma solução predeterminada quanto à concretização de princípios. Assim, suponha-se o princípio da legalidade, que estabelece que as leis são o veículo para a criação de normas jurídicas. Esse princípio é acompanhado de uma regra fixando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

⁴ A relevância atribuída aos princípios jurídicos é um reflexo do chamado neoconstitucionalismo. Para uma avaliação crítica das teorizações sobre os princípios jurídicos, consultem-se os estudos de Humberto Ávila (2004) e Virgílio Afonso da Silva (2003). Alguns pensadores jurídicos opõem-se frontalmente à proposta da juridicidade dos princípios. Nesse sentido, confira-se Paulo Gustavo Guedes Fontes (2018).

5.2. *As decorrências da dimensão preponderantemente principiológica*

A proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica. A generalidade e a abstração do princípio e a multiplicidade de princípios (muitos deles contraditórios entre si) gera incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias. Numa dimensão puramente principiológica, é impossível extrair uma solução determinada para disciplinar a vida social.

5.3. *Os valores e as regras*

Essa indeterminação pode ocorrer inclusive nas regras jurídicas. Não é correto reputar que exista uma única solução hermenêutica para cada regra, eis que também esse tipo de norma comporta graus variáveis de indeterminação. Ademais, a aplicação das regras também envolve valores e circunstâncias fáticas.

6. A provocação de Carlos Ari Sundfeld: a preguiça

A situação acima descrita conduziu Carlos Ari Sundfeld a destacar que a generalidade e abstração dos princípios pode resultar na simples “preguiça” no exercício da competência decisória.⁵

6.1. *O problema dos casos difíceis*

Existem casos concretos em que existem alternativas decisórias distintas, até contraditórias entre si. São situações em que há normas muito genéricas, não sendo viável reconhecer uma solução como evidente. Em tais hipóteses, surge o risco de variações de entendimento, de modo que cada agente estatal

⁵ Consulte-se a obra de Sundfeld (2014, p. 205 e ss).

formula decisão distinta a propósito de situações fáticas similares e sujeitas às mesmas normas jurídicas.

6.2. *O problema do simplismo*

Nessas situações, surge a oportunidade para o simplismo decisório. Diante da dificuldade do caso, pode ocorrer de a autoridade optar por uma decisão superficial, que não reflete a complexidade do problema, nem traduz uma avaliação efetiva quanto à solução mais adequada. É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld aludiu à “preguiça” do agente investido da competência decisória, numa linguagem provocativa. Trata-se não necessariamente de uma ausência de dedicação do agente estatal, mas também de uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade de aprofundamento. A decisão simplista supera a controvérsia mediante invocação a normas abertas – tão abertas que poderiam conduzir a conclusões até opostas àquela efetivamente adotada.

7. A elevação da insegurança jurídica

Como dito, a generalidade e abstração das normas de hierarquia superior implica grandes dificuldades para a atividade de aplicação do direito. A autoridade investida da competência para aplicar as normas abstratas e para produzir uma decisão para o caso concreto deve escolher entre soluções diversas e contraditórias. A experiência brasileira evidencia que essa situação conduziu a soluções simplistas, que produzem grande insegurança jurídica.

7.1. *A invocação a fundamento indeterminado*

Um fenômeno verificado nas diversas esferas estatais brasileiras é a invocação de fundamentos genéricos e indeterminados para respaldar a decisão adotada num caso concreto. Essa prática é extremamente grave porque esses fundamentos genéricos são aptos a legitimar decisões distintas e de conteúdo oposto.

Tem-se verificado no direito público a invocação de fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e que podem conduzir a resultados

muito diversos. O exemplo mais evidente relaciona-se com a fórmula “interesse público”. Independentemente de qualquer disputa sobre o próprio conceito de “interesse público”, é irrefutável que nenhuma decisão concreta pode ser extraída diretamente dessa fórmula.

A observação é aplicável a muitas outras fórmulas adotadas rotineiramente em decisões de autoridades estatais.

7.2. A ausência de avaliação dos efeitos concretos da decisão

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir.

7.3. A ocultação de uma escolha subjetiva potencialmente arbitrária

Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar como arbitrária. A invocação a fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária adotada.

Assim, suponha-se o caso de desapropriação de imóvel de propriedade de um inimigo político, adotada como solução para retaliar a oposição no cenário político. Essa conduta é antijurídica e seria objeto de imediata invalidação, se os motivos reais fossem trazidos a público. Uma prática imaginável para impedir o reconhecimento da invalidade do ato consiste em invocar o “interesse público” na desapropriação e afirmar que os interesses do particular não podem ser invocados para impugnar os atos administrativos – que se presumem como legítimos e orientados a promover o bem de todos.

7.4. A frustração das finalidades últimas buscadas

Ou seja, a consagração de normas gerais e abstratas, que afirmam a prevalência de valores de grande relevo, acaba gerando efeitos práticos muito nocivos. Ao invés de a autoridade orientar a sua atuação concreta à efetiva realização desses fins de interesse coletivo e transcendente, abre-se a oportunidade para práticas desviadas.

7.5. O efeito de insegurança jurídica

Quando menos, a atuação da autoridade investida da competência para aplicar o direito adquire elevado grau de aleatoriedade. Cada autoridade decide de modo distinto em casos similares. Uma mesma autoridade decide casos idênticos de modo diverso. Isso torna inviável prever a decisão que será adotada para casos concretos, mesmo que se trate de aplicação em todas as situações das mesmas normas gerais e abstratas.

7.6. A insegurança na atividade estatal administrativa originária

A aplicação superficial de normas abertas gera insegurança quanto ao desenvolvimento da atividade estatal originária, assim entendida aquela destinada ao desempenho direto de função administrativa. Não existe previsibilidade quanto ao conteúdo do provimento decisório da autoridade administrativa, em vista da pluralidade de alternativas comportadas em face de uma norma aberta.

A questão é agravada pela variação das soluções adotadas para hipóteses semelhantes, inclusive quando objeto de exame por parte de uma mesma autoridade.

7.7. A insegurança na atividade estatal derivada

Por outro lado, o mesmo fenômeno é replicado na dimensão da autoridade investida de competência para revisão dos atos praticados no exercício da atividade administrativa originária.

O cenário jurídico acima descrito não se altera no momento do exercício do controle. Há uma variação da identidade e da natureza da atividade da autoridade estatal. Mas permanece a incerteza quanto ao parâmetro normativo a ser adotado para solucionar o caso concreto.

Logo, é muito usual que a autoridade estatal controladora adote decisões favoráveis ou contrárias à solução consagrada na atividade originária, mas sem que a solução se evidencie como a única possível nem como a mais adequada.

7.8. Os reflexos sobre a atividade estatal originária

A imprevisibilidade quanto à atividade estatal derivada, que promove o controle da atuação originária, incrementa a insegurança. A autoridade estatal titular para decidir de modo originário não dispõe de padrões consistentes para escolher a solução a ser adotada. Há incerteza na dimensão normativa abstrata e imprevisibilidade quanto às interpretações reputadas como corretas pela autoridade titular do controle.

8. O art. 20 e o esforço para corrigir os problemas apontados

A situação descrita decorre do grau elevado de abstração das normas de hierarquia superior. Mas a solução não se encontra (apenas) em reduzir o número dessas normas abstratas ou o grau de abstração de tais normas. Talvez nem seja viável (nem desejável) ampliar a concretude da disciplina jurídica.

Mas certamente é necessário aperfeiçoar o processo de aplicação do direito. Ainda que seja inevitável uma margem de autonomia da autoridade investida da competência decisória, daí não se segue a sua liberação para produzir decisões sem comprometimento efetivo e consistente com as determinações contidas nas normas superiores.

9. A vedação à invocação de valores abstratos

O art. 20 não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos.

9.1. Os valores abstratos

O direito é composto por valores, que se apresentam inclusive numa dimensão genérica e abstrata, destituída de conteúdo determinado, tais como “Justiça”, “Bem Comum”, “Liberdade”, “Interesse Público”, “Dignidade Humana”.⁶

9.2. A utilização dos valores abstratos no pensamento jurídico

A dimensão abstrata dos valores não impede a sua utilização em formulações genéricas, que não traduzem um sentido único e inquestionável.

Assim, por exemplo, pode-se afirmar que “o direito é orientado à realização da Justiça”. Nessa oração, o vocábulo “Justiça” apresenta-se como um “valor abstrato”. Assim se passa porque não há nenhum conteúdo próprio, que permita extrair uma orientação específica quanto aos padrões necessários para que o direito seja considerado como “justo”.

Ou seja, a expressão “Justiça” – numa dimensão abstrata – não fornece um padrão para avaliação de situações concretas.

Outro exemplo é “a Administração Pública deve promover a realização do interesse público”. Essa afirmativa não indica concretamente o tipo de conduta a ser adotado pela Administração Pública.

Nesses dois exemplos, não existe um padrão de avaliação da validade de condutas, que seja extraído diretamente do valor referido.

9.3. A invocação a valores abstratos como solução puramente retórica

Sob um certo ângulo, a invocação a valores abstratos se configura como um expediente retórico, destinado a obter a aprovação para uma decisão pessoal da autoridade.

⁶ Não é pertinente realizar uma análise mais aprofundada sobre o conceito de valor. Basta considerar que os valores são produzidos em vista da ausência de indiferença dos objetos relativamente aos seres humanos. Na sua origem, o valor surge como resultado de um processo individual. Algo “vale para alguém”. Mas a evolução da Civilização produz a objetivação dos valores, que passam a valer independentemente da estimativa individual. Esse processo de objetivação dos valores não significa, no entanto, a consolidação de um sentido ou de um conteúdo único, preciso e exato. Sobre o tema, confira-se Reale (2002).

Uma decisão arbitrária pode ser legitimada mediante a invocação a fórmulas gerais e abstratas, que se referem a valores considerados de modo teórico. Cada pessoa pode aplicar essas fórmulas verbais para justificar soluções que lhe pareçam adequadas e satisfatórias. O pior é que decisões contraditórias entre si podem ser justificadas mediante a invocação das mesmas fórmulas verbais.

10. A dimensão axiológica da decisão: a concretização de valores

Pode-se afirmar que toda decisão a um caso concreto resulta de um processo de aplicação de valores abstratos. O problema reside na ausência de exposição clara e evidente do processo de concretização dos valores realizado pela autoridade competente.

10.1 A decisão concreta e a determinação do conteúdo do valor

Mas o processo de concretização do direito envolve, de modo inafastável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos. A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores. Mas isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada. Então, o valor abstrato compreende uma multiplicidade de sentidos e uma pluralidade de soluções relativamente à vida real. A autoridade investida de competência para proferir a decisão relativamente a um caso real necessita indicar o modo como o valor abstrato se aplica para dar fundamento a uma dentre diversas soluções possíveis.

10.2. A exigência de transparência valorativa

Um problema relevante reside na ausência de transparência quanto ao processo de formação da decisão por parte da autoridade competente. A invocação a valores abstratos pode ocultar os valores que realmente informaram o processo decisório. Existe o risco de que a autoridade emita uma decisão fundando-se em um valor negativo, altamente reprovável, não tutelado pelo direito e merecedor de integral repulsa. A revelação dessa circunstância

conduziria à invalidação do ato praticado. Para tentar legitimar uma decisão incompatível com a ordem jurídica, uma prática reprovável seria a autoridade invocar valores abstratos – que não foram por ela efetivamente tomados em consideração – para impedir a identificação dos valores reprováveis que fundamentaram a decisão.

Então, a autoridade omite o valor concreto realmente consagrado e se reporta a valores abstratos destituídos de qualquer pertinência.

10.3. O problema da valoração inconsciente: a racionalização

Em outras hipóteses, ocorre um processo valorativo intuitivo e não consciente. Existe um processo de formação da vontade decisória que é produzido de modo espontâneo e aleatório. A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado. Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização.⁷ Isso significa dar uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo.

Um dos instrumentos mais adequados à racionalização consiste na invocação a valores abstratos. Suponha-se um litígio entre a Administração Pública e um particular. Imagine-se que a autoridade competente para decidir repute, mesmo que de modo inconsciente, que os atos praticados pelo Estado devem ser prestigiados de modo irrestrito, independentemente da efetiva observância das regras legislativas aplicáveis. Desse modo, pode ocorrer de a autoridade decidir em favor da Administração mediante a invocação genérica da “supremacia do interesse público”. Nesse cenário, não haverá a subsunção dos fatos concretos ao direito aplicável ao caso, nem se procederá à identificação do interesse público concretamente existente. Haverá uma decisão predeterminada em favor de uma das partes, produzida sem vínculo efetivo com o direito vigente. A invocação ao “interesse público” destina-se a reduzir o risco do controle da regularidade da decisão.

⁷ A racionalização consiste num processo que afeta a todos os seres humanos. Trata-se de um processo desenvolvido *a posteriori* de uma situação concreta, caracterizando-se pela formulação de justificativas para uma conduta ou um sentimento pré-existente. O processo de racionalização destina-se a legitimar a conduta perante terceiros, mas especialmente em face do próprio sujeito.

11. A exigência da avaliação das consequências práticas

O art. 20 da LINDB não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da aplicação desse valor abstrato.

11.1. A concretização: a questão dos efeitos práticos

A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada.

A previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato.

Em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão.

11.2. A previsão dos efeitos práticos

A previsão dos efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, consiste num processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência.

O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social.

11.3. A ausência de exigência de “omnisciência” da autoridade

A exigência do art. 20 não implica demandar a capacidade de a autoridade prever aquilo que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade. Ou seja, não se impõe à autoridade uma condição sobre-humana.

O dispositivo apenas exige que a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará. O juízo estimativo quanto ao futuro é inerente à condição humana e se relaciona com o reconhecimento de que a autoridade tem o dever de considerar os efeitos práticos do exercício de suas atribuições.

12. A estimativa dos efeitos práticos e a proporcionalidade

É indispensável assinalar que a observância da proporcionalidade exige, de modo inafastável, uma avaliação prévia quanto aos efeitos práticos da decisão.

12.1. A proporcionalidade-adequação

A proporcionalidade-adequação consiste na aptidão da decisão adotada para atingimento de um fim buscado. Portanto, a ausência de estimativa quanto aos efeitos práticos de uma decisão significa infringir a proporcionalidade-adequação. Afinal, a ausência de projeção quanto aos efeitos práticos da decisão impede a avaliação quanto à aptidão dessa decisão produzir os efeitos pretendidos.

Como toda e qualquer decisão da autoridade estatal deve ser compatível com a proporcionalidade-adequação, isso significa que o art. 20 da LINDB apenas tornou inquestionável uma exigência que era implicitamente reconhecida como inafastável requisito de validade.

12.2. A proporcionalidade-necessidade

A proporcionalidade-necessidade significa a ausência de validade de uma decisão que produza restrições superiores ao mínimo necessário à realização

do fim buscado. A autoridade deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo.

Logo, a ausência de previsão dos potenciais efeitos de uma decisão infringe a proporcionalidade-necessidade, cuja aplicação é impossível se a autoridade não formular uma projeção quanto aos efeitos práticos de sua decisão.

12.3. A proporcionalidade em sentido restrito

Mas a estimativa quanto aos efeitos é também indispensável à observância da proporcionalidade em sentido restrito, que proíbe solução que acarrete o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente. Na maior parte dos casos, há uma pluralidade de valores aplicáveis em face do caso concreto. A decisão deve ser o resultado de um processo estimativo realizado pela autoridade competente, que leve em consideração todos os valores envolvidos, as suas diversas acepções abstratas e as suas implicações concretas em face da realidade. O atendimento à proporcionalidade em sentido restrito depende de formulação de estimativas quanto aos efeitos práticos das diversas soluções possíveis.

13. A explicitação das projeções na motivação do ato

A consideração aos efeitos práticos da decisão deve obrigatoriamente constar da motivação do ato.

13.1. Ainda a vedação a decisões imotivadas

O art. 20 impõe a vedação a decisões imotivadas ou fundadas apenas em valores abstratos. Essas duas soluções são equiparadas pela ordem jurídica e acarretam a invalidade da decisão adotada.

13.2. A incorporação na motivação das projeções quanto aos efeitos

As projeções sobre os efeitos práticos da decisão devem ser incorporadas na motivação da decisão. A validade do ato depende da indicação não apenas dos dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares invocados como fundamento da decisão. Também é indispensável, sempre que existir referência a um valor abstrato, indicar os efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores.

14. Ainda as exigências de proporcionalidade: parágrafo único do art. 20

A motivação do ato deve contemplar uma avaliação mais ampla relativamente à proporcionalidade, independentemente da questão dos valores abstratos.

14.1. Ainda a adequação e a necessidade

A decisão adotada deverá tomar em vista não apenas os valores incidentes, mas também todos os demais elementos pertinentes à solução do caso concreto. Isso envolve, de modo mais evidente, a incidência de normas jurídicas de diversa ordem.

Esse conjunto de fatores, que disciplinam a decisão do caso concreto, deve ser considerado segundo uma perspectiva de proporcionalidade. Caberá avaliar as diversas alternativas propiciadas pela disciplina jurídica e escolher aquela que se revelar como a mais compatível com a realização dos fins buscados e a menos restritiva possível.

14.2. A explícita cogitação quanto às alternativas

Um dos aspectos fundamentais do parágrafo único do art. 20 da LINDB reside na determinação da avaliação das diversas alternativas, tomando em vista juízo de proporcionalidade. Ou seja, somente se admite a ausência de

avaliação das diversas alternativas quando se configurar uma única solução cabível no caso concreto.

Se existirem alternativas diversas, devem elas ser examinadas. Será inválida a decisão que infringir a proporcionalidade, ainda que possa ser reputada como compatível com normas jurídicas consideradas de modo genérico. Assim, por exemplo, será inválida a decisão que adotar uma solução de maior potencial restritivo de que outra, que também seria comportada pelo conjunto das normas aplicáveis ao caso.

15. O enfoque renovado quanto à invalidade do ato administrativo

Uma das inovações marcantes produzidas pela alteração da LINDB consiste na renovação quanto ao tratamento da invalidade do ato administrativo. Esses novos enfoques encontram-se consagrados no parágrafo único do art. 20, mas também em outros dispositivos do diploma – em especial, o art. 21 e seu parágrafo único.

15.1. *As manifestações da jurisprudência (especialmente do TCU)*

O enfoque tradicional do direito administrativo reputa que a teoria das nulidades do ato administrativo não atribui margem de autonomia para a autoridade estatal preservar atos defeituosos. A constatação do defeito grave imporá o desfazimento do ato administrativo, independentemente dos efeitos daí decorrentes.

Essa concepção vinha sofrendo mitigações na atuação prática dos órgãos de controle – especialmente do TCU. Em diversos casos, o TCU reconhecia a existência da nulidade, mas não pronunciava a invalidade do ato em vista de um juízo de proporcionalidade relativamente aos efeitos práticos. Em muitos casos, o desfazimento do ato administrativo poderia gerar efeitos muito mais nocivos do que a sua preservação. Isso não impedia a punição aos envolvidos nos atos defeituosos. Esse enfoque recebeu tutela legislativa expressa por meio da Lei nº 13.655/2018.

15.2. Invalidade do ato administrativo e proporcionalidade

O parágrafo único do art. 20 determina que a técnica da proporcionalidade se aplica inclusive à invalidade de atos administrativos. Portanto, o desfazimento do ato administrativo defeituoso não deriva da simples constatação da sua incompatibilidade com norma jurídica de hierarquia superior. O mero reconhecimento da ausência de requisito de validade é insuficiente para autorizar a pronúncia do vício e o desfazimento do ato administrativo.

É indispensável avaliar os efeitos concretamente produzidos pelo ato defeituoso, tomando em vista os aspectos da adequação e (especialmente) da necessidade.

Se o desfazimento do ato viciado for apto a comprometer os fins buscados pela Administração ou se existir uma solução menos nociva para os interesses envolvidos, será obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências destinadas a promover o seu saneamento.

15.3. A exigência de avaliação das alternativas

É imperioso destacar que a validade da decisão que pronunciar a invalidade depende da expressa avaliação das diversas alternativas, tomando em consideração os diversos ângulos da adequação e da necessidade.

16. O elenco do art. 20, parágrafo único

O art. 20, parágrafo único, alude expressamente às diversas hipóteses de invalidação de atividade administrativa, adotando uma solução minuciosa.

16.1. A referência a ato, contrato, ajuste, processo ou norma

A explícita referência a diversas hipóteses destinou-se a impedir o argumento de que a disciplina do art. 20, parágrafo único, teria um âmbito de abrangência limitado.

Pode-se afirmar que as atividades administrativas se traduzem, de modo necessário, em ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Ato e contrato administrativo são conceitos dotados de um grau satisfatório de precisão, segundo a doutrina e a própria jurisprudência. O ato administrativo consiste numa declaração de vontade de natureza unilateral emitida por (ou perante) uma autoridade administrativa, enquanto o contrato é o resultado da manifestação consensual de vontades de diversos sujeitos (sendo ao menos um deles integrantes da Administração Pública).

As expressões ajuste e processo destinam-se a indicar atuações que se desenvolvem, de modo unilateral ou não, perante a autoridade administrativa estatal.

A referência a ajuste destina-se a indicar toda a solução de natureza consensual, ainda que não configure propriamente um contrato administrativo. Assim se passa nas hipóteses de termos de ajuste e acordos de que participe a Administração Pública.

Os processos são todas as hipóteses que envolvam uma sucessão de ações desenvolvida perante a Administração estatal, em que se verifica um encadeamento de atos (procedimento) para a produção de uma decisão final. A expressão processo deve ser interpretada em acepção ampla, para abranger inclusive as hipóteses de procedimento não litigioso.

Mas a disciplina aplica-se inclusive aos casos de normas administrativas. Trata-se de decisões administrativas que veiculam normas de cunho geral e abstrato, em nível infralegislativo.

17. A identificação do problema pelo CPC/2015

Deve-se ressaltar que o problema da invocação a normas abstratas para justificar simplisticamente decisões para o caso concreto já tinha sido identificado no âmbito do Poder Judiciário. Isso tinha conduzido à adoção de regra específica pelo CPC/2015.

17.1. O art. 489, §1º, do CPC/2015

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 489 [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Isso demonstra que a distorção se verifica não apenas no âmbito da atividade administrativa e controladora. Trata-se de um problema que ocorre de modo generalizado. A proliferação de normas abstratas deu oportunidade a decisões superficiais.

17.2. A disciplina detalhada e aprofundada

As regras do CPC/2015 são muito mais detalhadas e aprofundadas do que as do art. 20 da LINDB. Retratam a preocupação em submeter o titular da competência decisória a uma efetiva concretização das normas gerais.

17.3. A aplicação subsidiária do art. 489, §1º, do CPC/2015

Rigorosamente, as regras do art. 489, §1º, do CPC/2015 aplicam-se subsidiariamente ao âmbito da atividade administrativa e controladora. Assim se passa em virtude do disposto no art. 15 daquele diploma, que estabelece que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

17.4. A relevância e utilidade do art. 20 da LINDB

Isso não afasta a relevância e a utilidade do art. 20 da LINDB. A consagração expressa das regras afasta o argumento da “especialidade” da atividade ou das “peculiaridades” do processo. Elimina a insegurança jurídica quanto à incidência imperativa da disciplina contemplada no art. 20 no âmbito das diversas esferas – não apenas judicial, mas também administrativa e controladora.

17.5. A referência à esfera judicial

Apenas de passagem, é relevante sublinhar que a alusão contida no art. 20 à esfera judicial não configura um defeito de técnica legislativa. É procedente o argumento de que o CPC/2015 já contemplava norma sobre o tema, com exigências muito mais detalhadas do que as previstas no art. 20 da LINDB. Mas o eventual silêncio da LINDB à esfera judicial poderia ser invocado como uma demonstração da limitação da aplicabilidade dos seus dispositivos.

Ou seja, a alusão expressa à esfera judicial não produz qualquer efeito legislativo nocivo. Mas a ausência de tal previsão poderia dar oportunidade a controvérsias desnecessárias.

17.6. A aplicação conjunta dos dispositivos

O art. 20 da LINDB deve ser interpretado de modo integrado com o art. 489, §1º, do CPC/2015. O elenco desse último dispositivo apresenta grande utilidade porque indica manifestações diversas da insuficiência de decisões. Deve-se reputar que os defeitos referidos no dito art. 489, §1º, do CPC/2015 também são reprováveis quando verificados em decisões proferidas nas esferas judicial, administrativa e controladora. Esse entendimento não se funda propriamente em que as normas do CPC/2015 regulem toda e qualquer decisão estatal não legislativa, mas porque o art. 20 da LINDB assim o faz. E o art. 20 da LINDB impõe exigências que são violadas nas hipóteses referidas no elenco do art. 489, §1º, do CPC/2015.

18. A ausência da preponderância do consequencialismo

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada.

18.1. Ainda a regra do art. 5º da LINDB

Sob um certo ângulo, a determinação do art. 20 é apenas uma especificação da regra já contida no art. 5º da mesma LINDB, que prevê que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

As “exigências do bem comum” são uma fórmula geral, mas isso não afasta a consideração aos efeitos da decisão a ser adotada. Somente é viável atender às exigências do bem comum quando há uma avaliação das consequências práticas de uma decisão.

18.2. As inovações produzidas em face do art. 5º da LINDB

Portanto, o art. 20 apresenta dupla eficácia em face do art. 5º do mesmo diploma legal. Por um lado, amplia o grau de precisão do comando ali previsto. Por outro, elimina a incerteza quanto ao âmbito de abrangência subjetiva da determinação.

Toda autoridade estatal investida de competência decisória está subordinada ao comando do art. 20. Mas, rigorosamente, é evidente que mesmo o próprio art. 5º deve ser interpretado como vinculante não apenas do titular da função jurisdicional. Afinal, seria um despropósito defender que as autoridades não investidas de competência jurisdicional estariam legitimadas a decidir sem tomar em vista as exigências do bem comum. Independentemente de qualquer outra consideração, é inafastável reconhecer que o art. 5º da LINDB disciplina o exercício de toda e qualquer competência decisória estatal.

19. Esferas administrativa, controladora e judicial

O art. 20 determina que as suas regras se aplicam nas esferas administrativa, controladora e judicial.

19.1. A finalidade prática do elenco

A referência a esferas administrativa, controladora e judicial não se vincula a teorizações abstratas quanto à separação de poderes. A previsão legislativa desse elenco destinou-se a afastar dúvidas sobre o âmbito subjetivo de vigência das regras.

Dito de outro modo, “esfera” não é sinônimo de “Poder”, ainda que possam existir relações entre as expressões.

19.2. A exclusão da atividade legislativa

A disciplina do art. 20 não se aplica a atividades próprias e típicas da produção normativa de natureza legislativa. Embora seja desejável que o impacto da produção legislativa seja observado pelo legislador.

19.3. A aplicação à atividade jurisdicional

A função jurisdicional subordina-se às regras previstas no art. 20. Essa não é uma questão tão relevante. Como visto, o art. 489, §1º, do CPC/2015 impõe determinações equivalentes àquelas do art. 20 da LINDB, com muito mais detalhamento.

19.4. A esfera administrativa

A esfera administrativa compreende o desempenho de função administrativa estatal, independentemente do Poder ou órgão a que se vincular o agente estatal. Portanto, o dispositivo incide sobre provimentos editados por autoridades integrantes do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, quando no desempenho de atividade administrativa.

19.5. A esfera controladora

A alusão a uma esfera controladora destinou-se a eliminar qualquer dúvida sobre a aplicabilidade do art. 20 às atividades desempenhadas pelos órgãos de controle interno e externo.⁸ Estão compreendidos nesta última categoria os Tribunais de Contas, o Ministério Público, as Agências Reguladoras e quaisquer outros órgãos estatais que atuem na fiscalização da regularidade da atividade de outros agentes estatais. O controle interno envolve apenas a avaliação da atuação administrativa do próprio ente. Os exemplos expressamente referidos constitucionalmente são os Conselhos Nacionais (Magistratura e Ministério Público). A crescente especialização dos órgãos de controle tem gerado dificuldades de enquadrá-los nas classificações de separação de poderes tradicionais.

A referência expressa a essa esfera decorre do reconhecimento de que sua atuação não é idêntica àquela desempenhada pelos órgãos jurisdicionais e administrativos. Ao indicar uma “esfera controladora”, a LINDB não apenas reconheceu as peculiaridades da função, mas também submeteu o seu exercício às regras do art. 20 e de seu parágrafo único.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970. v. I

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸ A respeito do tema, consulte-se o capítulo 17 da obra de Justen Filho (2018, p. 1.105 e ss).

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.