

ano 20 - n. 79 | janeiro/março – 2020

Belo Horizonte | p. 1-326 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i79

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210 Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. CDD: 342 CDU: 342.9
------	--

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos

The changes to the Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB) and the balancing of administrative acts

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
ricmarconde@uol.com.br

Recebido/Received: 15.06.2019/June 15th, 2019

Aprovado/Approved: 31.05.2020/May 31st, 2020

Resumo: Examina-se neste estudo o impacto das alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), empreendidas pela Lei Federal nº 13.655/18, sobre a teoria dos atos administrativos. Fez-se um breve panorama das principais alterações que essa teoria sofreu nos últimos anos: primeiro, em decorrência da aplicação a ela da teoria dos três planos jurídicos e, pois, da percepção de que atos inválidos, quando eficazes, geram efeitos no mundo jurídico; segundo, da consequente reformulação da teoria da extinção dos atos e do desenvolvimento da teoria da modificação; terceiro, em razão da teoria da ponderação e, por conseguinte, da revisão da edição e da correção normativas. Concluiu-se que as alterações legais resultaram do fato de que a comunidade jurídica não vem atentando para a evolução científica do tema no cotidiano da administração pública brasileira. Procurou-se, pela edição da lei, levar os órgãos de controle a atentarem para esses avanços.

Palavras-chave: Introdução às normas do direito brasileiro. Ato administrativo. Invalidação. Teoria dos três planos. Ponderação.

Abstract: This paper examines the impact of the amendments to the Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (Decree-Law 4657/42), undertaken by Federal Law 13655/18, on the theory of administrative acts. One has made a brief overview of the main changes made to this theory in recent

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1139.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. *E-mail:* ricmarconde@uol.com.br.

years: firstly, as a consequence of the application of the three legal dimensions theory, and therefore of the perception that invalid acts, when effective, produce effects in the legal world; secondly, as a result of the reformulation of the theory of termination of acts and the development of the theory of modification; thirdly, as a consequence of the theory of balancing and, accordingly, of reviewing normative editing and correction. One has concluded that the legal changes resulted from the fact that the legal community has failed to realize the scientific evolution of the subject-matter in the everyday life of the Brazilian public administration. By enacting said law, one sought to cause the controlling bodies to be attentive to such advances.

Keywords: Introduction to the rules of Brazilian law. Invalidation. Three legal dimensions theory. Balancing.

Sumário: 1 Introito – 2 Passado e presente da validade do ato administrativo – 3 Correção dos vícios do ato administrativo – 4 Edição do ato administrativo e ponderação – 5 Exegese do art. 20 da LINDB – 6 Correção dos vícios do ato administrativo e ponderação – 7 Exegese do art. 21 da LINDB – Conclusões – Referências

1 Introito

A Lei nº 13.655/18 acrescentou ao Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), conforme epígrafe estabelecida pela Lei nº 12.376/10 – os artigos 20 a 30. Considerando os vetos, dentre eles o veto ao art. 25, foram inseridos dez artigos. Pretende-se aqui examinar as implicações desses dispositivos para a teoria do ato administrativo, que sofrera uma radical revisão conceitual nas últimas décadas. Em contrapartida a essa revisão, o fato é que diminuiu progressivamente o interesse pelo seu estudo, o que marcou a chamada “crise do ato administrativo”.¹

Mais e mais juristas deixaram de se preocupar com uma análise científica do direito administrativo e voltaram sua atenção para os assuntos de interesse do poder econômico, todos relacionados com as parcerias com a iniciativa privada: infraestrutura, concessões, contratos, licitações, terceiro setor. Consequentemente, temas como norma jurídica, existência, validade e eficácia normativas deixaram de ser objeto central dos estudos. Do mesmo modo, tornaram-se cada vez mais raros os estudos sobre a teoria do ato administrativo. O resultado foi desastroso: os avanços científicos implicaram profunda reformulação na teoria da validade do ato administrativo e, pois, da extinção e modificação do ato, mas esses avanços não foram assimilados pela comunidade jurídica. Os órgãos de controle interno e externo ficaram estacionados em compreensões teóricas há muito superadas.

¹ Sobre ela, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Contribuição ao revigoramento da teoria do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos*. Curitiba: CRV, 2018. p. 11-20; MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

Muitos administrativistas deixaram de acreditar na existência de uma verdadeira ciência do direito.² Em assonância a essa premissa, passaram a desprezar a coerência conceitual e, pois, as teorias instrumentais da dogmática jurídica. Basta examinar a produção doutrinária da última década para perceber que seu interesse primordial foram os assuntos de interesse do poder econômico. Em termos objetivos: para viabilizar a defesa desses interesses, a coerência conceitual foi posta de lado. A doutrina do direito administrativo passou a ser considerada, por muitos, uma caixa de ferramentas,³ à disposição para solução dos problemas apresentados pelos interesses econômicos.

A incredulidade em relação à ciência jurídica e a negação da coerência normativa resultaram numa absoluta insegurança jurídica. As divergências entre os que acreditam na ciência do direito e os que não acreditam foram se intensificando naturalmente, e os discursos doutrinários tornaram-se bastante contraditórios.⁴ Consequentemente, a defesa da incoerência e o discurso anticientífico, acompanhados da intensificação da divergência, resultaram numa drástica insegurança. Passou a ser praticamente impossível antever como os órgãos de controle decidirão as questões jurídicas que lhe forem apresentadas. Os interesses do poder econômico, paradoxalmente, acabaram sendo prejudicados.

A proposta de resolver o problema não foi pelo fim da crise do ato administrativo, pela retomada dos estudos de sua validade e, pois, de sua extinção e modificação. A proposta foi pela alteração da legislação. Pretendeu-se, por meio da lei, impor aos órgãos de controle e aos operadores do direito em geral a implementação dos avanços científicos. Pode-se dizer que, teoricamente, em relação aos atos administrativos, as inovações da Lei nº 13.655/18 não configuraram, em absolutamente nada, verdadeiras “inovações”. Foram uma tentativa de dar eficácia aos avanços científicos das últimas décadas, que não foram, por desconhecimento, implementados no cotidiano da administração pública. Salta aos olhos que não basta a vigência do texto legislativo. Faz-se necessário compreendê-lo e, para tanto, devem-se assimilar décadas de desenvolvimento teórico. Em busca do tempo perdido, passa-se, brevemente, a resumir esses avanços, na esperança de que a Lei nº 13.655/18 se torne eficaz.

² Por todos: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 179-203. O autor chega a comparar a ciência do direito com a culinária (idem, p. 191).

³ Por todos: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como 'caixa de ferramentas'*. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁴ Para um debate sobre as divergências: MARTINS, Ricardo Marcondes. As divergências no direito administrativo. *Fórum Jurídico*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 84-87, jul. 2014. Um bom exemplo é o tema das empresas estatais. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 17-112.

2 Passado e presente da validade do ato administrativo

A teoria da validade dos atos jurídicos foi profundamente marcada pela compreensão romana da nulidade. Para os romanos, “nulo” significava “inexistente”, de modo que atos nulos seriam atos que não existiram.⁵ Logo, consagrou-se por séculos o entendimento de que atos nulos não produzem efeitos jurídicos, pois tudo se passaria como se nunca tivesse ingressado no mundo jurídico (*quod nullum est nullum producit effectum*). Essa concepção marcou, inclusive, a teoria do controle de constitucionalidade. Durante muito tempo, reputou-se que os efeitos da “declaração de inconstitucionalidade”, no controle concentrado, teriam, necessariamente, que ser retroativos e atingir a lei desde a sua edição (*ex tunc et ab initio*), afastando todos os supostos efeitos gerados por ela. Tratar-se-ia, pois, de uma verdadeira “declaração” de que a lei não entrou no mundo jurídico e, pois, não gerou efeitos jurídicos.⁶ Essa concepção gera óbvios problemas: em infindáveis ocasiões, a norma jurídica é estabelecida pelo agente competente e pelo procedimento juridicamente estabelecido e viola as normas superiores. É “inválida” por contrariar normas constitucionais, mas, por ser editada pelo procedimento estabelecido e pelo agente competente, passa a ser aplicada normalmente, sendo respeitada pelos cidadãos e pela comunidade jurídica. Anos depois de inúmeros efeitos produzidos, o órgão estatal competente reconhece sua invalidade, vale dizer, sua contrariedade às normas superiores. Como dizer que não gerou efeitos jurídicos? Como dizer que nada ocorreu no mundo jurídico a partir de sua edição?

Hans Kelsen percebeu esse problema e propôs uma solução: defendeu existir uma norma implícita na Constituição que estabelece ser constitucional toda norma inconstitucional enquanto a inconstitucionalidade não for reconhecida pelo órgão estatal competente.⁷ O que a Corte Constitucional faz, na concepção kelseniana, é constituir uma inconstitucionalidade que não existe. Noutras palavras: a lei existe e gera efeitos porque, apesar de contrariar a Constituição, não a contraria, é constitucional; só será inconstitucional se reconhecida a inconstitucionalidade pelo órgão competente, decisão esta que desconstitui a validade da lei. O problema dessa concepção é evidente: viola o princípio lógico da contradição, pois a lei é

⁵ Por todos, afirma Ricardo D. Rabinovich-Berkman: “‘Nulo’ es un adjetivo que en latín significa literalmente ‘ninguno’, da la idea de que el ente al que se refiere no existe, que no lo hay. Por ejemplo: ‘las noticias son nulas’, quería decir ‘no hay noticias’, ‘no existen noticias’. De modo que, referido al negocio, daba a entender que no había tal negocio. Ésa es, a nuestro entender, la verdadera clave de la nulidad: en realidad, no ‘hay un acto nulo’, sino que ‘no hay ningún acto’” (*Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 459).

⁶ Cf. BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004. p. 39-43; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 97.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 371.

inválida, por contrariar as normas superiores, e é válida, por não ter sua invalidez reconhecida pelo órgão competente;⁸ é e não é, o que configura uma contradição lógica manifesta.

O problema foi resolvido pela teoria dos três planos jurídicos. Se cumpridas certas exigências, a norma jurídica ingressa no mundo jurídico e, pois, adquire existência jurídica. A norma que existe juridicamente pode ser contrária às normas superiores e, pois, ser inválida ou não as contrariar e ser válida. Tanto a norma válida como a norma inválida podem, se aptas a incidir, ser eficazes e, pois, gerar efeitos.⁹ Por conseguinte, é perfeitamente possível que uma norma inválida gere efeitos jurídicos. A constatação importou numa necessidade de profunda revisão da teoria do controle normativo. Ao reconhecer a invalidez de uma norma, devem os juristas verificar se ela gerou ou não efeitos jurídicos e, caso os tenha gerado, decidir se é ou não o caso de desconstituí-los total ou parcialmente.

Para aqueles que não restringem as normas às gerais e abstratas, o ato administrativo tem a natureza de uma norma jurídica.¹⁰ Trata-se da denominação genérica para todo veículo introdutor de normas administrativas.¹¹ No passado, considerava-se que todo ato administrativo inválido deveria ser invalidado, e a invalidação teria, por definição, efeitos *ex tunc et ab initio*. Fiel à compreensão romana da nulidade, o ato era considerado inexistente e, pois, não gerador de efeitos jurídicos.¹² A jurisprudência, ao examinar os casos concretos, percebeu o equívoco dessa orientação. Em 1965, o STF examinou um mandado de segurança

⁸ Sobre o princípio da contradição, vide, por todos: NASCIMENTO, Edmundo Dantês. *Lógica aplicada à advocacia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 21.

⁹ A teoria dos três planos foi na doutrina brasileira pioneiramente desenvolvida por PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado* – Tomo I. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §9.1, p. 84; Tomo IV, §356-1, p. 61-62. O aclamado jurista aplicou a teoria aos fatos jurídicos, e não às normas jurídicas. Ele próprio previu a possibilidade de estendê-la às normas jurídicas, mas não desenvolveu a extensão (Idem, tomo IV, §359-1, p. 77). A teoria foi aplicada às normas por, entre outros: BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975. p. 37; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 41 *et seq.* O último observa que, ao fazer a extensão, faz-se necessário “adaptar” a teoria ponteana, pois as normas, ao contrário dos fatos, não têm “existência real, mas sim autoconsistência significativa” (Idem, p. 42). Por isso, prefere o termo “pertinência” à existência (Idem, ibidem). Sobre o tema, vide, em especial: MARTINS, Ricardo Marcondes. Três planos da norma jurídica. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, n. 238, 19 ago. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/HuK5bc>. Acesso em: 23 fev. 2018. Sobre a aplicação da teoria dos três aos atos administrativos, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121 *et seq.*

¹⁰ Significativa parcela da doutrina considera que as normas jurídicas são, por definição, gerais e abstratas. Por todos: GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Tradução César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguél, 2016. p. 52-55. A restrição funda-se num preconceito, tendo em vista que a generalidade concretiza a igualdade, e a abstração concretiza a segurança; dá-se, assim, por motivos ideológicos e não lógicos. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. p. 182.

¹¹ Sobre a teoria do veículo introdutor de normas, vide MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 133 *et seq.*

¹² Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 181-184. Essa é a última edição que o autor publicou em vida.

impetrado contra a não realização de matrícula em universidade pública, pela não obtenção de nota mínima exigida para aprovação.¹³ O aluno havia obtido liminar para realizar a matrícula, e o caso chegou à corte muitos anos depois. Os ministros compreenderam a impossibilidade de desconstituir a matrícula realizada, bem como todos os anos de estudo. O ministro Villas Boas, na falta de orientação doutrinária, apresentou uma explicação simples, mas suficiente para resolver o caso: os fatos estavam consumados, o que impossibilitaria invalidar a matrícula. Nascia a teoria dos fatos consumados.¹⁴ O STF constatou que, diante de um ato inválido, não se segue, necessariamente, a invalidação – atos inválidos podem não ser invalidados. Apesar dessa constatação, muitos doutrinadores e operadores do direito, inclusive magistrados, promotores de justiça e ministros dos tribunais de contas, não assimilaram a lição, o que demonstra a dificuldade em superar certas crenças, por mais absurdas que sejam.

A diferenciação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia implicou a constatação de que o ato inválido, se eficaz, pode gerar efeitos jurídicos. A aceitação disso levou, como já antecipado, a uma profunda revisão da teoria do ato administrativo. Em relação à teoria da extinção do ato, aceitou-se que o ato inválido não necessariamente deve ser extinto, sendo perfeitamente possível que o direito não admita a invalidação do ato inválido. Elaborou-se, então, a teoria da modificação do ato, admitindo-se a convalidação, conversão, redução ou reforma.¹⁵

3 Correção dos vícios do ato administrativo

Parte da doutrina percebeu que certos vícios do ato administrativo não exigem correção e passou a distinguir os atos inválidos dos atos irregulares. Por um lado, há vícios que são desprezados pelo direito, e o ato, apesar de ser viciado, é considerado válido; por outro, há vícios que não são desprezados e, ao menos no momento imediatamente subsequente à edição do ato, o direito exige a correção do vício. Quando o ato viciado possui vícios desprezados pelo direito, ele é chamado de ato irregular;¹⁶ quando possui vícios não desprezados pelo direito, é chamado de ato inválido. Feita essa distinção, dissocia-se a invalidade da invalidação. O ato inválido pode ser corrigido de várias maneiras: é possível afastar de modo retroativo

¹³ STF, Plenário, RMS 14.017, Rel. Min. Antônio Villas Boas, j. 22.03.1965, v.u., RTJ 33/280-281.

¹⁴ Sobre ela, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 331-336.

¹⁵ Sobre essa evolução, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 147-168.

¹⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 486-487; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 269-274.

a parte inválida e manter a parte válida (redução ou reforma);¹⁷ é possível aproveitar retroativamente o conteúdo para outro ato (conversão); é possível corrigir o vício sem alterar o conteúdo, mantendo tanto o ato como seus efeitos integralmente (convalidação).¹⁸ Trata-se de hipóteses de modificação do ato inválido: desde o momento da introdução do ato no sistema, o vício é corrigido com restrição do conteúdo (redução ou reforma), alteração do conteúdo (conversão) ou manutenção integral do conteúdo (convalidação).

Nos termos do art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, pode, na ação direta de inconstitucionalidade, ao invés de atribuir à declaração eficácia *ex nunc et ab initio*, atribuir eficácia *ex nunc et non ab initio*, *ex nunc* ou *pro futuro*. O próprio STF já estendeu essa possibilidade ao controle difuso.¹⁹ É surpreendente como ainda não se pacificou na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de modulação de efeitos no controle difuso efetuado por outros órgãos jurisdicionais e pelo controle administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello preconiza uma solução categórica, dada no plano abstrato, com desprezo às particularidades do caso concreto: se o ato é favorável ao administrado e editado com boa-fé, a invalidação seria sempre *ex nunc*; se desfavorável ou editado com má-fé, seria sempre *ex tunc et ab initio*.²⁰ No atual momento histórico, conforme adiante retomado, a ciência do direito rejeita soluções definitivas estabelecidas no plano abstrato. Por evidente, as particularidades do caso concreto podem exigir a alteração da solução *prima facie* estabelecida. Daí a inexorável conclusão: a invalidação do ato administrativo pode ser *ex tunc et ab initio*, *ex tunc et non ab initio*, *ex nunc* ou *pro futuro*.²¹

Além de todas essas possibilidades, é também possível a ocorrência da *estabilização do vício* pela conversão do ato inválido em ato irregular.²² No momento imediatamente subsequente à introdução do ato administrativo, o direito exigia a correção do vício – por uma das formas mencionadas (invalidação, conversão, redução/reforma ou convalidação) –, mas, com o decorrer do tempo e/ou com os efeitos gerados, o direito passa a desprezar o vício. O ato inválido, pelo fato administrativo do decurso do tempo ou dos efeitos gerados, torna-se um ato irregular.

¹⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello refere-se à “redução” (*Princípios gerais de direito administrativo* – v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, §55.3, p. 663). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 208) e Edmir Netto de Araújo referem-se à “reforma” (*Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTR, 1999. p. 147).

¹⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 219 *et seq.*

¹⁹ STF, RE 197.917/SP, Re. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, m.v., DJ 07.0.04, p. 08. Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre a invalidação do ato administrativo na jurisprudência do STF. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 09-19, jul./dez. 2018, p. 16-17.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 495-497.

²¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, *op. cit.*, p. 406 *et seq.*

²² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, *op. cit.*, p. 220.

Outrossim, é possível que haja a *mutação do dever de corrigir*: o direito exigia, no momento imediatamente subsequente à edição do ato, uma forma de correção, como, *v.g.*, a invalidação, e passa, com o decurso do tempo e/ou a geração de efeitos, a exigir outra, como, *v.g.*, a conversão ou a convalidação.

Finalmente, é possível que, diante do ato inválido, o direito exija apenas a invalidação ou exija também a imediata edição de outro ato, hipótese chamada por Agustín Gordillo de *reelaboração*.²³ Nesse caso, o ato editado pode ter conteúdo igual ao ato invalidado, o que equivale a uma convalidação irretroativa; parcialmente igual, o que equivale a uma redução ou reforma irretroativa, ou diferente, o que equivale a uma conversão irretroativa.²⁴

Diante de tantas possibilidades, surge um problema: como definir qual reação jurídica deve ser adotada diante da invalidade de um ato administrativo? No passado, era fácil: em face da invalidade, seguia-se a invalidação *ex tunc et ab initio*. Diante do panorama aqui apresentado, hoje é possível sanar pela redução ou reforma, conversão ou convalidação, ou invalidar, retroativa ou irretroativamente, ou a partir de data futura, é possível simplesmente invalidar ou invalidar e editar outro ato com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente, e é possível não fazer nada, considerando-se que houve a estabilização do vício. A decisão tornou-se sensivelmente mais complexa.

4 Edição do ato administrativo e ponderação

Até o final da Segunda Guerra Mundial, imperava uma visão formalista e abstracionista do fenômeno jurídico. Prevalencia o entendimento de que as soluções jurídicas podiam ser fixadas apenas pelo exame das normas abstratas, sem consideração das particularidades do caso concreto. A aplicação do direito restringia-se à subsunção: o enquadramento dos fatos na descrição hipotética estabelecida no antecedente da norma jurídica abstrata.²⁵ O nazismo foi um Estado legalista: as leis raciais foram formalmente aprovadas, aplaudidas pela doutrina e aplicadas pelo Judiciário.²⁶ Com a derrocada do regime, os nazistas defenderam-se sob o argumento de que aplicaram a lei vigente, o que gerou uma crise de paradigma científico.²⁷ Vários doutrinadores propuseram a reformulação da compreensão do fenômeno jurídico.

²³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo – tomo 3: el acto administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XII-26-27.

²⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, *op. cit.*, p. 421-423.

²⁵ Sobre a aplicação por *subsunção*, vide, por todos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 75 *et seq.*

²⁶ Um excelente retrato histórico é apresentado por RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 107 *et seq.*

²⁷ A situação é retratada exemplarmente por ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. 12. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 152 *et seq.*

A principal proposta de revisão foi apresentada por Theodor Viehweg, em sua clássica obra *Tópica e jurisprudência*.²⁸ Segundo ele, já no direito romano, não se aplicava o direito apenas examinando normas abstratas, a partir de uma dedução lógica; ao revés, os julgadores romanos examinavam todas as circunstâncias do caso e efetuavam uma análise tópica.²⁹ Após essa constatação, Viehweg lembra a proposta de Aristóteles, apresentada em seus *Tópicos*, segundo a qual os conflitos humanos devem ser resolvidos pelo método dialético, mediante a contraposição de argumentos.³⁰ Propõe, então, a *tópica* como o método de aplicação do direito, em que os diversos pontos de vista (*topoi*) devem ser examinados.

A proposta fez escola, e vários autores defenderam algo semelhante. Dentre eles, Chaïm Perelman propôs a *nova retórica*, em que o raciocínio jurídico não segue simples operações dedutivas, mas uma contraposição de valores. O jurista belga opôs-se ao abstracionismo jurídico de modo contundente: “Mas a refutação fundamental, do ponto de vista dogmático, resulta da constatação de que nenhuma regra de direito, assim como nenhum valor, é absoluta, e que sempre haverá situações em que uma regra, seja ela qual for, deverá ser limitada, e em que um valor, qualquer que seja sua importância, deverá ceder diante de considerações preponderantes na ocorrência”.³¹ De modo similar, Luis Recaséns Siches propôs a substituição da lógica do racional pela *Lógica do razoável*, em oposição também ao abstracionismo e ao formalismo até então preponderantes: “*No se puede interpretar el Derecho extrayendo una consecuencia de ciertas premisas; antes bien, las normas deben ser interpretadas a la luz de la confrontación de sus efectos con el propósito que inspiró la elaboración de la norma*”.³² E, logo em seguida, conclui: “*La interpretación del Derecho no debe ser la consecuencia de unas premisas, sino que debe guiarse por la ponderación de sus efectos o resultados*”.³³

A tópica, contudo, foi muito criticada por ser considerada atentatória à segurança jurídica, valor primordial do direito. Diante disso, muitos juristas alemães propuseram outras soluções, que ficaram conhecidas como *métodos concretistas*.³⁴ De modo semelhante à tópica, todos defendem que o pensamento jurídico deve ser

²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

²⁹ Idem, p. 15-20.

³⁰ Idem, p. 21-31. Sobre o método dialético: ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010, *Tópicos*, Livro I, p. 347 *et seq.*

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 129-130.

³² SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006. p. 212.

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ Cf. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 64 *et seq.* A adoção de uma perspectiva concretista em detrimento de uma abstracionista é simbolizada magistralmente na literatura por Franz Kafka no conto *Diante da lei (A colônia penal e outros contos)*. Tradução de Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, [19-]. p. 84-85).

orientado ao problema a partir do concreto, e não do abstrato. Diferentemente da tópica, porém, todos defendem que os textos normativos não são meros pontos de vista (*topoi*), mas, nas palavras consagradas de Konrad Hesse, configuram o “limite último da interpretação”.³⁵ Dentre os métodos concretistas, destacam-se: a) o método da concretização constitucional, de Konrad Hesse;³⁶ b) o método da metódica estruturante, de Friedrich Müller;³⁷ c) o método da constituição aberta, de Peter Häberle;³⁸ d) e o método da ponderação constitucional, de Robert Alexy.³⁹ Apesar de todas as propostas doutrinárias apresentarem, em alguma medida, contribuições úteis aos juristas, a proposta mais significativa – e, por isso, a mais difundida mundialmente, tendo em vista seu maior rigor técnico e aplicabilidade prática – foi, sem dúvida alguma, o método da ponderação.⁴⁰ Apesar das críticas que lhe são feitas, a ponderação modificou profundamente a forma como se entendem a elaboração e a aplicação do direito.⁴¹

O direito passou a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma “ordem objetiva de valores”.⁴² Aplicar o direito pressupõe subsumir os fatos às regras, mas também sopesar os valores relacionados ao caso. Eis a premissa fundamental do chamado “neoconstitucionalismo”.⁴³ A edição de qualquer norma jurídica pressupõe esse sopesamento. A título de exemplo, suponha-se a criminalização de uma conduta. Se fosse perguntado a Hans Kelsen a razão pela qual

³⁵ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

³⁶ Idem, p. 101-122.

³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000; *O novo paradigma do direito*. Tradução de Peter Nauman et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; *Teoria estruturante do direito* - v. I. Tradução Peter Nauman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁸ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 1. ed., 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81 et seq.

⁴⁰ Em relação ao rigor técnico, destaca-se a pertinente crítica de Alexy à metódica estruturante de Friedrich Müller, para quem a norma jurídica possui duas partes, o programa normativo, fruto da compreensão do texto normativo a partir dos métodos clássicos de interpretação, e o âmbito normativo, fruto de aspectos da realidade que interferem na norma. Alexy observa, com absoluto acerto, que a realidade interfere, sim, na interpretação, mas não se confunde com a norma jurídica (*Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 73 a 80).

⁴¹ Para um panorama das críticas, vide: CAMPOS, Ricardo. (org.). *Crítica da ponderação*. São Paulo: Saraiva, 2016. As duas principais críticas são a suposta irracionalidade e o caráter antidemocrático. Ambas são enfrentadas por ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, jan./fev. 2012; *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105-116.

⁴² A expressão foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth (BVerfGE 7, 198). Sobre ele vide: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 381-394; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75 et seq.

⁴³ Sobre o neoconstitucionalismo, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul./dez. 2017.

uma conduta é considerada crime, é bem provável que sua resposta se reportaria à vontade do agente competente: uma conduta é crime, dizem os formalistas, porque o legislador decidiu tipificá-la. O neoconstitucionalismo, em especial a teoria da ponderação, apresenta outra resposta. Na Constituição, existem valores positivados de forma expressa e de forma implícita; cabe ao legislador identificar esses valores e fixar, no plano abstrato, meios de concretização. Para tanto, deve ponderar os valores constitucionais: a proibição de uma conduta restringe a liberdade, e essa restrição só é válida na medida em que proporcionalmente satisfaz outro valor constitucional; a imposição de uma pena de prisão restringe ainda mais a liberdade e exige proporcionalmente maior satisfação de outro valor constitucional. A título de exemplo, a proteção da vida (P1), valor consagrado na Constituição, justifica a proibição de matar e a imposição da pena privativa de liberdade a quem a viole (P2). Assim, uma conduta é proibida tendo em vista o resultado da ponderação de princípios constitucionais efetuada pelo legislador. Toda lei, para ser válida, deve respeitar a proporcionalidade, vale dizer, deve ponderar adequadamente os valores constitucionais.

A edição de toda norma jurídica dá-se a partir da ponderação dos princípios constitucionais. A regra se aplica aos atos administrativos, que, conforme afirmado, são normas jurídicas. Vigora no sistema normativo um princípio formal segundo o qual as decisões do legislador devem ser respeitadas na maior medida possível.⁴⁴ Assim, quando o legislador edita uma lei, o princípio material concretizado na lei (P1) é acrescido de um peso adicional, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (“Pf”). Na ponderação em concreto, quando da edição do ato administrativo, deve o administrador público decidir se princípios opostos afastam o princípio material e o princípio formal referentes à lei ($P2 > P1 + Pf$).⁴⁵ Esse afastamento é excepcional, tendo em vista o peso do referido princípio formal. Por isso, a regra geral é que a administração pública execute a lei, mas excepcionalmente, em respeito à Constituição, ela deve atuar na falta de lei e, até mesmo, contra a lei. Em qualquer hipótese, a edição de um ato administrativo é fruto de uma ponderação administrativa.

O parâmetro fundamental para realização da ponderação é o postulado da proporcionalidade, que, segundo a posição majoritária, consiste num procedimento dividido em três fases.⁴⁶ Na primeira, chamada de *adequação*, verifica-se se a

⁴⁴ Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público (IP)*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016; MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Revista Colunista de Direito do Estado*, n. 216, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/77xgJn>. Acesso em: 28 fev. 19.

⁴⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 88 et seq. e 161 et seq.

⁴⁶ Para uma visão resumida do tema, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182. Para um o exame mais aprofundado, vide: CLÉRICO, Laura. *El examen*

medida de concretização examinada (M1) é apta a contribuir para a realização do princípio que se pretende concretizar (P1). Se a medida for considerada inadequada, é desproporcional. Se for adequada, passa-se à segunda fase, chamada de *necessidade*, em que se verifica a existência de outra medida de concretização (M2) que cumpra simultaneamente duas exigências: a) concretize P1 ao menos da mesma forma que M1; e b) viole menos intensamente princípios opostos (P2). Caso essa medida exista, a medida examinada é considerada desnecessária e, assim, desproporcional. Se não existir uma medida que observe as duas exigências, passa-se à terceira da fase, chamada de *proporcionalidade em sentido estrito*. Nessa, verificam-se o peso do princípio concretizado pela medida examinada (P1) e o peso de princípios opostos (P2); apuram-se o grau de satisfação de P1 pela medida examinada (M1) e o grau da violação de P2; finalmente, verifica-se se a violação de P2 é proporcional em relação à satisfação de P1.

5 Exegese do art. 20 da LINDB

Na ponderação não se realiza apenas uma análise “abstrata” dos valores; as possíveis consequências da decisão devem ser levadas em conta pelos agentes normativos. Ao ponderar os princípios constitucionais e fixar uma medida de concretização no plano abstrato, deve o legislador examinar os possíveis efeitos nas restrições aos valores opostos ao concretizado por ela. Da mesma forma, a administração pública, ao ponderar os princípios constitucionais e fixar uma medida concreta de concretização, deve levar em consideração os efeitos da implementação dessa medida. A análise dos efeitos é fundamental para apuração de sua validade.

Com essas explicações, torna-se perfeitamente compreensível a regra do *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42, introduzida pela Lei nº 13.655/18: “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 regra é um desdobramento óbvio da evolução científica do direito: nenhuma norma pode ser editada sem prévia ponderação dos princípios constitucionais, e a ponderação não prescinde da análise das consequências das medidas de concretização adotadas, as referidas consequências é que indicarão se a restrição a um princípio é proporcional e, assim, admitida pela Constituição. Vigora, no presente momento histórico, uma concepção concretista do fenômeno jurídico, vale dizer, prevalece o entendimento de que as decisões jurídicas devem partir dos problemas concretos, levando em consideração as particularidades desses

de proporcionalidad en el derecho constitucional. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 3. ed. Madrid, 2007.

problemas. O que o legislador fez foi tão somente consagrar no texto legislativo uma visão do fenômeno jurídico corrente na atualidade. A razão para ter feito isso é evidente: muitos juristas, infelizmente, ainda estão presos aos paradigmas do passado, pensam o direito apenas pela perspectiva abstrata, com desprezo para análise das consequências.

Antes da alteração da LINDB, poderia o operador do direito decidir com desprezo pelas consequências jurídicas de sua decisão? É óbvio que não! Basta um exemplo: o art. 17 da Lei Federal nº 9.427/96, a Lei da ANEEL, preceitua expressamente que, se não houver pagamento do serviço, este deve se interrompido, mesmo em caso de “serviço público essencial à população”, mas, nesse caso, a prestadora deve comunicar o fato ao poder público local ou ao estadual com antecedência de 15 dias. Essa regra legislativa ainda não foi declarada inconstitucional em controle abstrato, permanece vigente no sistema jurídico brasileiro. Suponha-se que um hospital público ou privado não tenha pago a conta; a concessionária de energia elétrica tenha comunicado o prefeito ou o governador no prazo de 15 dias e a autoridade nada fizera. Só pessoas totalmente desprovidas de sensibilidade e acometidas de completa incapacidade de compreensão do fenômeno jurídico defendem a possibilidade de execução da norma em relação a um hospital. Por óbvio, os doentes que estejam numa unidade de tratamento intensivo (UTI) morrerão caso seja interrompido o fornecimento de energia elétrica. A percepção da consequência – morte dos pacientes – é algo que se impõe ao operador do direito. Insiste-se: essa percepção não é imposta pela LINDB, não é uma novidade da Lei nº 13.655/18. Já era imposta em 1996, desde a edição da Lei nº 9.427/96.

Irene Patrícia Nohara observa que o exame das consequências concretas é relevante, mas não é suficiente, pois é possível que freios éticos, baseados em valores abstratos, justifiquem a solução jurídica, independentemente das particularidades do caso concreto.⁴⁷ A observação está correta, mas, sem desprestigiá-la, o contrário não é afirmado pelos defensores dos métodos concretistas. Dizer que a solução jurídica fixada no plano abstrato é apenas *prima facie*, vale dizer, depende sempre da verificação das circunstâncias concretas, não significa dizer que sempre essas circunstâncias afastarão a orientação abstrata. É praticamente impossível, por exemplo, que as circunstâncias fáticas afastem a proibição constitucional de tortura.⁴⁸ Em relação à função administrativa, ainda que o gestor afirme que existem fortes indícios de que consegue obter o fornecimento de um produto a preço mais módico se não fizer licitação, deverá realizá-la. A perspectiva concretista exige atentar para

⁴⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 28-30.

⁴⁸ Por todos: NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana - v. II: dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 201 *et seq.*

as particularidades do caso concreto, levá-las em consideração e verificar se elas são ou não suficientes para afastar a orientação fixada no plano abstrato.

Se o caso concreto justificasse sempre o afastamento da regra abstrata, a insegurança seria absoluta e o direito perderia sua principal função. Pode-se dizer que as particularidades do caso concreto somente afastarão as orientações abstratas em casos excepcionais. Aliás, isso sempre foi pacífico entre os partidários dos métodos concretistas. O próprio Theodor Viehweg distinguiu a tópica de primeiro grau, referente aos pontos de vista extraídos diretamente do problema, da tópica de segundo grau, referente aos catálogos de pontos de vista fixados em abstrato, e sustentou que a segunda prevalece sobre a primeira.⁴⁹ Na teoria da ponderação de Robert Alexy, o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador faz com que o afastamento da regra abstrata seja excepcional.⁵⁰ Trata-se de um entendimento pacífico: o fato de o problema jurídico necessitar do exame das circunstâncias fáticas para ser resolvido não significa que essas circunstâncias sempre alterem as soluções fixadas em abstrato. Pelo contrário: a regra é que, sendo válida a norma abstrata, seja aplicada ao caso concreto quando os fatos se subsumam à sua descrição hipotética. Trata-se de uma consequência do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, exigência que se extrai da separação dos poderes e do princípio da legalidade, ambos previstos de modo bastante incisivo na Constituição.

6 Correção dos vícios do ato administrativo e ponderação

É inegável que a teoria da ponderação é importante para compreensão da edição do ato administrativo. É, porém, muito mais importante para compreensão da correção de seus vícios. O assunto, antes dela, era praticamente incompreensível. Nos termos já explicados, como a doutrina insistia na tese de que atos nulos não produzem efeitos, a jurisprudência foi forçada a elaborar uma teoria para evitar injustiças atroz. Não é papel do Poder Judiciário elaborar teorias científicas – esse papel é da doutrina. Cabe ao julgador decidir o caso em tempo razoável, não lhe cabendo suspender o julgamento para, só após anos de estudos, proferir a sentença. Logo, as teorias jurídicas necessárias para soluções dos litígios devem ser apresentadas pela doutrina – esse é o papel, por exemplo, dos cursos de pós-graduação de direito: elaborar as teorias necessárias para a correta solução dos problemas jurídicos. Quando a doutrina falha em seu papel, o julgador fica numa situação bastante complicada: não possui o repertório teórico necessário

⁴⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, op. cit., p. 36-37.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86, rodapé 24.

para fazer justiça, não pode se recusar a julgar, pois é proibido o *non liquet*, e não pode perpetuar o julgamento de modo desarrazoado. Nessas situações, o bom magistrado elabora o necessário para resolver o problema, sem se perder em sofisticadas elucubrações. Foi isso que fez o Supremo Tribunal Federal no *leading case* que deu origem à teoria do fato consumado (RMS nº 14.017). Cientificamente, a teoria não diz praticamente nada, limita-se a firmar a consumação dos fatos, mas foi suficiente para resolver corretamente o litígio e pôr fim ao conflito.

Seabra Fagundes, brilhantemente, numa perspectiva absolutamente anacrônica – a primeira edição de sua obra *O controle dos atos administrativo pelo Poder Judiciário*, data de 1941 –, percebeu a imprestabilidade para a correção dos vícios do ato administrativo da teoria das nulidades elaborada no direito privado: com todo cuidado para não ferir suscetibilidades, concluiu que nem a “terminologia civilista” seria útil para o direito administrativo.⁵¹ Ao propor uma teoria apropriada para o direito público, conclui ser impossível fixar diretrizes definitivas no plano abstrato: “No direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar consequências diversas”.⁵² Na contramão do entendimento então prevalente, o benemérito publicista apresentou exemplo magistral: concessões ilegais de terras feitas a colonos deverão ser mantidas tendo em vista os interesses destes.⁵³ Apesar de a doutrina majoritária afirmar que o vício de finalidade sempre impõe a invalidação,⁵⁴ o exemplo indica o desacerto dessa orientação: é possível que uma doação seja efetuada com desvio de poder para, por exemplo, angariar votos, e o direito não admita a invalidação, tendo em vista, entre outros fatores, o tempo decorrido e a boa-fé dos possuidores, mas exija sua conversão em concessão de direito real de uso.⁵⁵

Há quem critique a orientação de Seabra Fagundes sob o argumento de que a administração não pode ser a senhora da correção dos vícios.⁵⁶ Para evitar esse risco, o doutrinador torna-se, ele próprio, o senhor da correção: propõe uma discriminação de possíveis vícios e estabelece as correlatas consequências com desprezo às particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, vícios formais exigiriam sempre a convalidação, vícios subjetivos a permitiriam; teleológicos

⁵¹ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64.

⁵² Idem, p. 70.

⁵³ Idem, p. 54, rodapé 74.

⁵⁴ Por todos: ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

⁵⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, *op. cit.*, p. 390-391.

⁵⁶ Por todos: ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, *op. cit.*, p. 109.

e lógicos exigiriam a invalidação.⁵⁷ Tanto é equivocado supor que a administração pública seja a senhora da correção como também é supor que o doutrinador o seja.

O senhor da correção dos vícios é o interesse público, e este só pode ser definitivamente fixado no plano concreto, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas.⁵⁸ Basta um exemplo para evidenciar a impossibilidade de fixação de soluções jurídicas definitivas no plano abstrato: imagine-se que seja apurado, no momento imediatamente subsequente à edição do ato, que este foi editado por um usurpador de função pública; regra geral, o direito imporá a invalidação. Suponha-se que só se descubra a usurpação depois de um ano, e o vínculo, apesar de inexistente, era plausível aos olhos de todos: é bem provável que o direito não admita a invalidação.⁵⁹ Assim, em certos casos, o vício subjetivo exigirá a invalidação; em outros, não a tolerará.

Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme antecipado, defende que, se os atos são ampliativos de direitos e editados com boa-fé, a invalidação sempre deverá ser irretroativa (*ex nunc*); se são restritivos de direitos ou editados com má-fé, a invalidação deve ser sempre retroativa (*ex tunc e ab initio*).⁶⁰ Sua posição é coerente com uma compreensão abstracionista do fenômeno jurídico, em que a aplicação do direito se dá apenas por subsunção. Quem assume essa premissa defende a possibilidade de soluções definitivas no plano abstrato, com desprezo pelas particularidades do caso concreto. Fixou-se neste estudo conclusão oposta: não é possível indicar no plano abstrato o meio de correção a partir da identificação da tipologia do vício; se, em certos casos, determinado vício exigirá um meio de correção, em circunstâncias fáticas e jurídicas diversas exigirá outro. Do mesmo modo, é equivocado fixar no plano abstrato os efeitos da invalidação com desprezo pelas particularidades do caso concreto.

Basta um exemplo para evidenciar essa impossibilidade: suponha-se o pleito de uma licença para produção de alimentos, ato inequivocamente ampliativo de direitos; suponha-se que tenha sido editada com indiscutível boa-fé. Segunda a proposta de Bandeira de Mello, a invalidação sempre será *ex nunc*. Suponha-se um ato administrativo inválido que autorize a produção de alimentos sem observância de normas sanitárias e de segurança; suponha-se, *ad absurdum*, que os alimentos acabem prejudicando gravemente a saúde de quem os consuma. Algum jurista admitiria a invalidação irretroativa? É de evidência solar a necessidade de salvaguardar, na maior medida possível, a saúde das pessoas, o que exige

⁵⁷ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 491-494.

⁵⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 305-306.

⁵⁹ Sobre a correção dos vícios do ato administrativo em face da teoria do funcionário de fato, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 323-328.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 495-497.

invalidar a licença com eficácia *ex tunc* e *ab initio*.⁶¹ Em suma: só a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas permite uma resposta definitiva sobre como deve ser corrigido o vício do ato administrativo.

Até a elaboração da teoria da ponderação, a doutrina permanecia num impasse: por um lado, a indicação abstrata como resposta definitiva do meio de correção do vício leva a resultados desastrosos; por outro, não havia uma teoria que explicasse adequadamente o fenômeno. Ainda que se reconheça o acerto da doutrina de Seabra Fagundes, é inequívoca sua limitação: a função da teoria jurídica é reduzir a insegurança, permitindo antever, ao menos em certo grau, as consequências jurídicas. A conclusão de que tudo depende do caso concreto é a consagração do fracasso da ciência do direito.

A teoria da ponderação permitiu compreender adequadamente o fenômeno e, a partir dessa compreensão, é possível fixar diretrizes, válidas *prima facie*. Nos termos já explicados, a edição de toda norma, abstrata ou concreta, exige a ponderação. Quando a norma ingressa no mundo jurídico, alteram-se as circunstâncias jurídicas que ensejaram sua edição em decorrência de vários fatores, dentre eles: a) o direito atribui à norma estatal uma presunção de validade e, por isso, protege a confiança legítima de quem acreditou em sua correção;⁶² b) a boa ou má-fé do administrador e do administrado interferem nas razões justificadoras da retirada ou da manutenção da norma;⁶³ c) quanto mais efeitos a norma gera no mundo jurídico, mais peso adquire a estabilização das relações jurídicas, aspecto subjetivo da segurança jurídica.⁶⁴

Por tudo isso, quando um órgão de controle, interno ou externo, examinar o vício de uma norma jurídica, deve fazer uma nova ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas, levando todos esses fatores em consideração. O resultado dessa ponderação indicará: a) se o vício, de início, exigia ou não a correção, vale dizer, se o ato era inválido ou irregular; b) sendo inválido, se o ato se converteu num ato irregular, ou seja, se houve a estabilização do vício, de modo que não se exige mais a correção; c) caso o ato seja inválido e o vício não se estabilizou, se o direito exige ou faculta a redução ou reforma, a conversão, a convalidação ou a invalidação; d) caso exija a invalidação, se ela será retroativa, até o momento da introdução do ato ou até um momento posterior à introdução, irretroativa, valendo apenas a partir da data da decisão sobre a correção, ou *pro futuro*, a partir de uma data posterior à decisão; e) caso exija a invalidação, se o direito exige ou faculta a edição de outro ato com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente

⁶¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 419.

⁶² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 313-316.

⁶³ Idem, p. 317-323.

⁶⁴ Idem, p. 306-313.

do ato invalidado. Perceba-se que só a ponderação das circunstâncias fáticas ou jurídicas indicará, de modo definitivo, a solução exigida ou facultada. Em tese, é tanto possível que a ponderação indique apenas um resultado como admissível, configurando-se uma competência vinculada, ou indique duas ou mais soluções como admissíveis, imputando a escolha ao agente competente, configurando-se uma competência discricionária.⁶⁵

Compreendido o fenômeno, cabe reduzir a insegurança por meio de regras de precedência condicionada.⁶⁶ Doutrinariamente, são possíveis apenas diretrizes, que devem ser confirmadas à luz do caso concreto. Um ótimo exemplo de elaboração doutrinária afinada às premissas concretistas é a proposta de Humberto Ávila sobre a vinculação da jurisprudência tributária tendo em vista o peso da confiança legítima. O ínclito tributarista propõe várias diretrizes, por ele chamadas de “critérios heurísticos”:⁶⁷ a) quanto maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte;⁶⁸ b) quanto maior a finalidade orientadora da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte;⁶⁹ c) quanto maior for a inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes, tanto maior deve ser a protetividade da confiança depositada pelo contribuinte;⁷⁰ d) quanto maior for a capacidade de generalização da decisão, tanto maior deve ser a protetividade nela depositada pelo contribuinte.⁷¹ Perceba-se: nenhum dos critérios é definitivo, todos são *prima facie*, devendo o respectivo peso ser verificado no caso concreto.

Em relação à boa-fé e à má-fé do administrador e do administrado, apresentam-se as seguintes diretrizes. De início, é mister diferenciar quatro possibilidades: 1) agente público e administrado agem de boa-fé; 2) somente o agente público age de má-fé; 3) somente o administrado age de má-fé; 4) ambos agem de má-fé. Após, deve-se distinguir os atos de efeitos favoráveis ao administrado dos atos de efeitos desfavoráveis ao administrado.⁷² Em relação aos atos de efeitos favoráveis, há uma *ordem decrescente* de peso das *razões favoráveis à manutenção* do ato no

⁶⁵ Sobre a competência vinculada e discricionária, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 112 *et seq.*; Contributo para angelização da discricionariedade. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 171, 17 maio 2016. Disponível em: <http://goo.gl/yzMCqJ>. Acesso em: 28 fev. 19.

⁶⁶ A expressão é de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 498.

⁶⁸ *Idem*, p. 498.

⁶⁹ *Idem*, p. 501.

⁷⁰ *Idem*, p. 502.

⁷¹ *Idem*, p. 503.

⁷² As expressões são consideradas mais adequadas tecnicamente do que “atos ampliativos” e “atos restritivos”. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Reexame da teoria dos atributos do ato administrativo. *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF)*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 11-43, jul.-dez. 2017, p. 13.

sistema jurídico, de modo que o peso das razões favoráveis ao ato é maior em 1 do que em 2, em 2 do que em 3, em 3 do que em 4: $1 > 2 > 3 > 4$.⁷³ Em reação aos atos de efeitos desfavoráveis, há uma *ordem decrescente* de peso das *razões desfavoráveis à invalidação* do ato, de modo que o peso das razões desfavoráveis ao ato é maior em 2 do que em 1, em 1 do que em 4 e em 4 do que em 3: $2 > 1 > 4 > 3$.⁷⁴

7 Exegese do art. 21 da LINDB

Com essas explicações, é possível examinar a redação do art. 21 da LINDB, dada pela Lei nº 13.655/18. Reza o *caput* do dispositivo: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. Se, para determinar a invalidação de um ato administrativo, faz-se necessário ponderar as razões fáticas e jurídicas, deve-se, para tanto, apurar as consequências da invalidação. Somente por meio dessa apuração é que se saberá se houve a estabilização do vício, se o direito exige sanar o vício e manter o ato no sistema, se exige retirar o ato do sistema etc.

O que vêm fazendo os órgãos de controle interno e externo? Limitam-se, em geral, a apurar se o ato administrativo possui vício. Por mais inacreditável que seja, boa parte dos operadores do direito administrativo ainda acredita que, diante uma invalidade, deve necessariamente seguir-se a invalidação, e esta deve sempre ser *ex tunc* e *ab initio*, com desconstituição total de todos os efeitos gerados pelo ato inválido, como se ele nunca tivesse ingressado no mundo jurídico. Muitos dos juristas que não incidem nessa supina incompreensão prendem-se a soluções apriorísticas, estabelecidas abstratamente, com desprezo pelas particularidades do respectivo caso concreto. A saída do legislador foi tentar resolver o problema pela força da lei: exigiu que os agentes públicos competentes para corrigir o vício apurem as consequências jurídicas da invalidação.

O parágrafo único do art. 21, também com a redação atribuída pela Lei nº 13.655/18, preceitua que a decisão sobre a invalidação do ato “deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas”. Na verdade, o parágrafo simplesmente desdobra o dever imposto no *caput*: as consequências devem ser apuradas para

⁷³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 321-322.

⁷⁴ Idem, p. 322.

que se decida pela invalidação; cumprida essa exigência, vale dizer, apuradas as consequências, é óbvio que a apuração não deve ser desprezada.

Suponha-se a celebração inválida de um contrato administrativo⁷⁵ em que o contratante esteja com indiscutível boa-fé; suponha-se que a invalidação ocorra após a integral execução do contrato; é praticamente pacífico o entendimento de que a administração deve pagar os valores devidos ao contratado. O inadimplemento contratual da administração, amparado num vício do contrato ou da licitação, importa em indiscutível enriquecimento sem causa.⁷⁶ Aliás, esse dever consta expressamente do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Assim, se a administração decidir pela invalidação do contrato, a decisão deve indicar, de modo sério, as consequências jurídicas dela decorrentes, como a indenização do contratado.

Trata-se, assim, de impor à administração que seja séria, leal, proba, o que, infelizmente, não é a praxe da administração brasileira. Decidir pela invalidação do ato administrativo sem apurar e fixar as consequências jurídicas dela decorrentes é incidir em irresponsabilidade manifesta, em total desrespeito ao administrado. Infelizmente, tanto o Poder Judiciário como o Tribunal de Contas e muitos órgãos internos de controle consagraram essa praxe. O que a lei tenta reverter é uma triste cultura.

Alguém, antes da alteração da LINDB, supunha que a nulidade de uma licitação que culminara na contratação da execução de uma obra pública gerava, necessariamente, a demolição da obra? Somente o clímax da insensibilidade jurídica justificaria uma solução tão drástica. Já se impunham, portanto, aos agentes públicos os respectivos deveres de verificar, examinar, sopesar e estabelecer as consequências jurídicas de eventual invalidação. Por isso, insiste-se: as alterações da LINDB, no que se refere à teoria da invalidação dos atos administrativos, não foram, propriamente, “alterações” da disciplina jurídica vigente, pois não criaram novas obrigações para o Poder Público. Tentou-se, sim, por meio da explicitação de deveres já existentes, alterar uma enraizada cultura de má compreensão do tema e, em decorrência dela, um generalizado equívoco na aplicação do direito.

⁷⁵ Consideram os contratos administrativos espécies de atos administrativos bilaterais. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional. op. cit.*, p. 360 et seq. Apesar de prevalecer o entendimento contrário, a teoria do ato administrativo é imprescindível para a correta compreensão do regime jurídico dos contratos administrativos (Idem, p. 381 et seq.).

⁷⁶ Por todos: CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 129 et seq.

A ambição legislativa é bastante elevada; proporcional a ela, é alta a probabilidade de que não obtenha êxito.

Ao contrário do que afirmam os autores do anteprojeto, houve pouquíssimo debate com a comunidade jurídica.⁷⁷ Fica a pergunta: será que impor aos agentes administrativos o dever de verificar as consequências fáticas e jurídicas da invalidação e fixá-las na motivação do ato invalidante é suficiente para conscientizá-los sobre o fenômeno normativo da correção dos atos administrativos? Tudo leva a crer que as regras extraídas do art. 21 da LINDB sejam insuficientes para cumprir a sua missão. Talvez seria mais eficaz impor aos ministros de tribunal de contas, controladores gerais, advogados públicos e assessores jurídicos uma regra similar à estabelecida no §2º do art. 489 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Noutras palavras, o resultado seria mais eficaz se a lei impusesse aos controladores internos e externos o dever de ponderar.

Para ser ainda mais eficaz, deveria ter ido além: a) estabelecer que o exame da invalidade de um ato administrativo exija a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas; b) deixar claro e expresso que a ponderação deve indicar se é o caso de manter o ato no sistema, sanando o vício, ou extingui-lo pela invalidação; c) explicitar, de modo similar ao realizado para o controle concentrado de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27), que todo agente competente para invalidação de um ato administrativo deve verificar se é ou não o caso de modular os efeitos da invalidação. Em suma: a lei poderia ter sido muito mais didática do que foi. Sem embargo, *legem habemus!* Cabe aos operadores do direito continuar a luta pela compreensão dos avanços científicos, já assentados há décadas na teoria do direito, mas desprezados no cotidiano do controle interno e externo da atividade administrativa.

Conclusões

1. As alterações efetuadas pela Lei nº 13.655/18 ao Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – não importaram, em relação à teoria do ato administrativo, verdadeiras inovações. Os avanços científicos que a teoria sofrera nas últimas décadas não foram implementados no cotidiano da administração pública. Pretendeu-se impor aos órgãos de controle que respeitem esses avanços.

⁷⁷ Concorda-se nesse sentido com NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro, op. cit.*, p. 11-12.

2. A diferenciação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia implicou a constatação de que o ato inválido, se eficaz, pode gerar efeitos jurídicos. A aceitação disso levou, como já antecipado, a uma profunda revisão da teoria do ato administrativo. Em relação à teoria da extinção do ato, aceitou-se que o ato inválido não necessariamente deve ser extinto e é perfeitamente possível que o Direito não admita a invalidação do ato inválido. Elaborou-se, então, a teoria da modificação do ato.

3. Diferenciam-se, hoje, os atos irregulares, que possuem um vício desprezado pelo direito, dos atos inválidos, cujo vício não é desprezado, de modo que o direito exige a correção. Tendo em vista os efeitos gerados, admite-se, hoje, que o ato inválido se estabilize, transformando-se num ato irregular, caso em que o direito passa a desprezar o vício. Não ocorrendo a estabilização, não se admite mais apenas a invalidação, mas, sim, o saneamento do vício pela modificação do ato, por meio da convalidação, da redução ou reforma e da conversão. Ademais, admite-se, também, a modulação dos efeitos da invalidação, atribuindo-lhe eficácia *ex tunc et ab initio*, *ex tunc et non ab initio*, *ex nunc* e *pro futuro*. Outrossim, admite-se, também, além da pura e simples invalidação, a reelaboração pela concomitante edição de novo ato com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente do ato invalidado. Há, finalmente, a possibilidade de mutação do dever de corrigir: antes se exigia a invalidação, mas passa a ser exigida a modificação.

4. Após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se bastante difundida a rejeição de uma visão abstracionista do direito, em que a aplicação normativa era definida apenas examinando-se as normas abstratas. Theodor Viehweg propôs o método tópico; Chaïm Perelman, a nova retórica; Luis Recaséns Siches, a lógica do razoável. Diante das críticas formuladas à tópica, foram propostos os chamados métodos concretistas e, dentre eles, o mais difundido é o método da ponderação, defendido por Robert Alexy. A aplicação das normas jurídicas não se dá apenas por subsunção, mas por ponderação, vale dizer, pela ponderação dos valores jurídicos incidentes.

5. Regra geral, a edição de uma norma jurídica pressupõe a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Fixadas essas premissas teóricas, é fácil entender o art. 20 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/18. Não se pode adotar uma decisão administrativa apenas levando em consideração os princípios abstratos, sem atentar para as circunstâncias concretas. Noutras palavras: não se pode decidir sem ponderar.

6. Se a ponderação é necessária para a edição de uma norma, é mais necessária ainda para a correção dessa norma. Ao gerar efeitos no mundo jurídico, a norma inválida exige, para ser corrigida, outra ponderação. É esta que definirá qual a reação do direito em face da invalidade. Dito isso, é perfeitamente compreensível a redação do art. 21 da LINDB, dada pela Lei nº 13.655/18. Os órgãos de controle, para invalidar um ato administrativo, devem ponderar.

7. A edição da Lei nº 13.655/18 não basta para a concretização da segurança jurídica na administração pública brasileira. Faz-se necessário difundir, entre os operadores do direito, os avanços científicos. Somente o aprendizado sobre a teoria dos três planos, a atual teoria da extinção e modificação do ato administrativo e a teoria da ponderação trará ao cotidiano administrativo maior segurança. Sem embargo, resta torcer para que, de algum modo, ela contribua para a divulgação desses avanços.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, jan./fev. 2012.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTR, 1999.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. 12. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTES. *Órganon*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 3. ed. Madrid, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975.
- CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo – tomo 3: el acto administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Tradução César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101-122.

KAFKA, Franz. *A colônia penal e outros contos*. Tradução de Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, [19-].

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contribuição ao revigoramento da teoria do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos*. Curitiba: CRV, 2018. p. 11-49.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As divergências no direito administrativo. *Fórum Jurídico*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 84-87, jul. 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 17-112.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Três planos da norma jurídica. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, n. 238, 19 ago. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/HuK5bc>. Acesso em: 23 fev. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 147-168.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Apontamentos sobre a invalidação do ato administrativo na jurisprudência do STF. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 09-19, jul./dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul./dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público (IP)*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 216, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/77xgJn>. Acesso em: 28 fev. 19.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para angelização da discricionariedade. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 171, 17 maio 2016. Disponível em: <http://goo.gl/yzMCqJ>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Reexame da teoria dos atributos do ato administrativo. *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBRINF)*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 11-43, jul./dez. 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Tradução de Peter Nauman *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. v. I. Tradução Peter Nauman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana - v. II: dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomos I e IV. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como 'caixa de ferramentas'*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020.
