

TEORIA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA PONDERAÇÃO NA TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO

THEORY OF WEIGHTING PRINCIPLES IN ROBERT ALEXY: AN ANALYSIS OF THE EFFECTS OF WEIGHTING IN THE THEORY OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Rafael Morales de Souza¹

RESUMO

Após a Segunda Guerra Mundial, constatou-se um movimento no sentido de prover ao ordenamento constitucional uma superação de algumas das principais teses do Positivismo Jurídico com o intuito de buscar-se uma maior eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Será então nessa perspectiva que surgirão diversos autores que na busca de uma teorização para o fenômeno, concretizarão uma nova ordem jurídica, concebida como Neoconstitucionalismo. Um dos autores que se debruçará sobre a tarefa será Robert Alexy. A partir de sua obra seminal “Teoria dos Direitos Fundamentais”, buscar-se-á lançar as bases do pensamento neoconstitucional no Direito a partir de sua Teoria da Ponderação. Partindo de uma análise dos primórdios da teoria neoconstitucional, chegando à teoria estudada, este texto procurará então demonstrar como será fundamental para o desenvolvimento da Teoria do Ato Administrativo no âmbito científico e como tal perspectiva será de vital importância para a fundação de uma nova teoria da modificação do ato administrativo. Permite-se ainda uma investigação sobre a edição de novos artigos na LINDB e sua relação com a teoria do ato e a ponderação, para no fim vislumbrar uma possibilidade concreta de retomada do caráter científico na teoria do ato administrativo.

Palavras-chave: teoria da ponderação, Robert Alexy, teoria do ato administrativo, modificação do ato administrativo, LINDB.

ABSTRACT

After the Second World War, there was a movement towards providing the constitutional order with an overcoming of some of the main theses of Legal Positivism in order to seek a greater effectiveness of the Constitution, leaving the text to have a merely rhetorical character. and becoming more effective, especially in view of the expectation of realizing fundamental rights. It will then be in this perspective that several authors will emerge who, in the search for a theorization for the phenomenon, will materialize a new legal order, conceived as Neoconstitutionalism. One of the authors who will address the task will be Robert Alexy. Based on his seminal work “Theory of Fundamental Rights”, we will seek to lay the foundations of neoconstitutional thinking in Law based on his Theory of Weighting. Starting from an analysis of the beginnings of neoconstitutional theory,

¹ Bacharel em Direito, Empregado Público na Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp, Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. E-mail: <morales010306@gmail.com>. ORCID://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-2624-8544

arriving at the studied theory, this text will then try to demonstrate how fundamental it will be for the development of the Theory of the Administrative Act in the scientific scope and how such a perspective will be of vital importance for the foundation of a new theory of modification of the administrative act. It also allows an investigation into the edition of new articles in LINDB and its relation with the theory of the act and the weighting, in order to, in the end, envision a concrete possibility of resuming the scientific character in the theory of the administrative act.

Keywords: balancing theory, Robert Alexy, administrative act theory, administrative act modification, LINDB.

INTRODUÇÃO

Robert Alexy² é considerado como um dos fundadores do que costuma-se chamar Neocostitucionalismo³ na ciência do direito. De fato, sua seminal obra “*Teoria dos Direitos Fundamentais*”³ foi essencial para uma discussão mais objetiva a cerca das questões relativas à teoria geral do direito, em especial à teoria da decisão jurídica. Neste sentido decidir é, ao mesmo tempo, um modo de decidir e também uma relação com o mundo, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo-lhe confiabilidade. O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender. A autoridade que julga cumpre um dever de Estado e ao mesmo tempo exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o

² Nascido Robert Werner Alexy na cidade Oldenburgo na Alemanha em 09 de setembro de 1945, estudou Direito e Filosofia na Universidade Georg-August, em Göttingen, instituição onde concluiu seu PhD em Direito, em 1976, com a tese Teoria da Argumentação Jurídica, publicada como livro e, hoje, um clássico da área. ³ Para uma descrição completa e detalhada do tema verificar MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.

³ Obra publicada originalmente em 1985 em língua alemã, sob o título: “*Theorie der Grundrechte*” e que será uma das bases teóricas do presente estudo.

conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença. No final das contas, tanto mais uma decisão será justa, se dele serem removidos obstáculos que a tornam o quanto mais subjetiva.

Não obstante, a teoria da decisão jurídica, terá forte impacto com a edição da obra alexyana, de tal modo a ver-se superar o positivismo jurídico⁴. Este segundo o qual os requisitos para verificar se uma norma pertence ou não a um dado ordenamento jurídico têm natureza formal, vale dizer, independem de critérios de mérito externos ao Direito, decorrentes de outros sistemas normativos, como a moral, a ética ou a política. O Direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis com o tempo, é a tese do fato social, ou das fontes sociais ou convencionalista.

Fato é que diante dos conflitos constantes que ocorrem no seio do sistema jurídico, será de extrema importância construir um sistema que permita elidir o tanto quanto mais possível as controvérsias, de forma a produzir um sistema que busque o quanto mais algo “justo”. Em nosso entendimento, não é pela teoria positivista que se dará tal tarefa, que concluímos, insuficiente. Superada essa fase nos parece que a teoria da ponderação de Robert Alexy, consegue, em parte, resolver o problema da decisão. Parte-se *prima facie* demonstrar o mecanismo pelo qual o sistema permite, diante de um impasse decisório, optar pela decisão mais acertada. Após a construção do arcabouço teórico alexyano, traz-se o presente a um estudo empírico em relação ao Direito Administrativo, notadamente à teoria da modificação do ato administrativo, como móvel capaz de elucidar o problema. Vê-se como a teoria da ponderação torna-se instrumento científico pertinente para resolver controvérsias nesse campo do direito que culminará em efetivas alterações propostas no ordenamento, em especial no caso estudado, a LINDB⁶.

⁴ Segundo DIMOULIS, o positivismo jurídico no sentido amplo é uma teoria monista sobre o direito, contrastando o dualismo jurídico que admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos. *In*: DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. ⁶ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com nova redação dada pela Lei nº 167 de 12.376 de 2010.

Analisada as hipóteses acima, busca-se indicar como a teoria da ponderação pode ser instrumento versátil e útil ao sistema jurídico, enquanto motor para a resolução de conflitos e por consequência à teoria da decisão jurídica. Em seguida traz-se à discussão o desenvolvimento da teoria do ato administrativo no Brasil, elucidando cada uma das fases pelas quais a teoria se desenvolveu como elemento estruturante para o entendimento de uma atual teoria do ato.

No final, o presente trabalho pretende demonstrar que uma teoria do ato que seja conveniente com interesses privados só tende a estabelecer bases pouco sólidas para a teoria em si, de forma que a resposta a uma crítica a uma Administração Pública não enviesada, seria a busca tanto quanto mais possível de uma cientificidade da teoria do ato, descolada dos interesses meramente privados e com plena aderência à academia a ao interesse público emanado do próprio cerne das coisas da Administração.

1. A TEORIA DA PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY

A premissa inicial para uma determinação da teoria da ponderação alexyana, parte do pressuposto da necessidade de que os conflitos reais podem ser decididos por meio de força física ou poder econômico. Esses conflitos envolvem a luta por bens ou posições sociais, disputados pelo valor ou interesse que eles representam. Qualquer bem ou posição possui um valor determinado pelas vantagens que ele proporciona a seu detentor (vantagens estas que não são apenas de ordem econômica, a dimensão que acaba por permitir a atribuição de valor de troca ao bem ou posição). No âmbito da ciência do direito, tanto os autores (pesquisadores) quanto os atores jurisdicionais (em especial, os juízes) partem do pressuposto de que um conflito real deve ser entendido, na arena do discurso, não mais como um conflito⁵, mas como uma discussão que envolve valores e interesses

⁵ Ressalte-se que no âmbito do Estado de Direito, a resolução de conflito com emprego de força física pelas partes é ilícito, pois o monopólio da força física é atribuído ao Estado como um de seus elementos essenciais. Daí a impossibilidade jurídica de qualquer uma das partes, em regra, usar de sua condição física (ou econômica, ou social, ou política) superior para manter um bem ou posição – ou tomá-lo da outra parte. Eis porque o Estado-juiz transforma o conflito em uma discussão: pois as partes, dentro do Estado, só

contrapostos. Além disso, a discussão é transformada em uma colisão de princípios normativos, que é a forma como, dentro do direito, se compreende a discussão para o fim de resolvê-la por meio de uma decisão. Nesse sentido é que, estabelecendo-se um conflito, este deva ser decidido pelo Estado, o que denominamos Estado-Juiz. O fator determinante da resolução do conflito é a identificação de que uma das partes possui um título que justifique vencer a disputa. Esse título são as posições jurídicas denominadas direitos subjetivos, a que o titular detém o direito de requerer junto ao estado, é uma posição jurídica. Mais que um direito subjetivo de quem tem uma posição jurídica a exigir do Estado, importará trazer à discussão aqueles direitos que não são submetidos, *prima facie*, à outorga da decisão judiciária como efeito imediato da subsunção de regras. De fato, com o advento do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, mais importante que a discussão sobre uma das partes ser titular ou não de um direito subjetivo, importa identificar se ela é titular de um direito fundamental, e em medida maior que o direito fundamental de que a contraparte seja titular. Visam à proteção de certos atributos de seu titular, em geral relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que só podem ser limitados pela incidência de outro direito fundamental.

Há que se considerar então que havendo disputa que envolve direitos fundamentais contrapostos, que seja feita uma análise capaz de determinar a justa decisão. Será pela ponderação que Robert Alexy, na douda obra epigrafada, tentará indicar na medida do quanto for possível como esses direitos poderão ser implementados. Essa teoria, baseada em estudos dos julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão, tem sido base para a compreensão de conflitos entre direitos fundamentais em inúmeros países, seja pelos pesquisadores, seja pelos juízes dos tribunais constitucionais, seja pelos juízes de tribunais internacionais.

podem argumentar a legitimidade de sua situação a partir de valores sociais vigentes e justificá-la a partir de normas jurídicas positivadas.

1.1 O Neoconstitucionalismo⁶ e a superação do positivismo jurídico

O neoconstitucionalismo é, como o prefixo indica, uma nova leitura do constitucionalismo. O nome foi proposto para identificar um conjunto de teorias bastante heterogêneas, e o foi por autores contrários a elas. Quer dizer: a proposta da denominação partiu de uma crítica à teoria denominada. Consiste numa reação ao positivismo. Segundo este, o Direito restringe-se ao que está positivado, vale dizer, ao que foi estabelecido pelo agente competente. Dentre os positivistas, destacam-se dois paradigmáticos: Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart⁷. Para ambos, há uma separação entre o ser e o dever-ser e entre o Direito e a Moral. A teoria de Hans Kelsen pode ser assim resumida: o Direito corresponde às normas jurídicas válidas e a validade decorre da compatibilidade com a norma superior, sendo que a norma constitucional, no ápice da pirâmide normativa, tem sua validade decorrente da norma fundamental, cuja validade é pressuposta em decorrência de sua efetividade. Para Hart o Direito corresponde a normas primárias e secundárias, sendo que as últimas se dividem em: a) regras de reconhecimento, segundo as quais é possível reconhecer quais são as regras jurídicas; b) de alteração, segundo as quais é possível alterar as regras jurídicas; c) de julgamento, segundo as quais é possível resolver controvérsias sobre a existência e sobre os conflitos entre as regras jurídicas. A validade das regras de reconhecimento, de modo similar à validade da norma fundamental kelseniana, também é ditada pela efetividade. O mundo jurídico, do dever-ser, tem apenas contato com o mundo do ser na efetividade exigida para a validade da norma fundamental e da norma de reconhecimento. Para Kelsen, questões morais só serão juridicamente relevantes se incorporadas nas normas ditadas pelos agentes competentes. Para Hart, é possível – e não necessário – que dentre as normas de reconhecimento haja uma que vincule as normas jurídicas às morais. Para ambos, enfim, não há vinculação necessária entre Direito e Moral.

⁶ O Neoconstitucionalismo trata de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX. Visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional.

⁷ Cujas principais obras são, respectivamente: Teoria pura do direito; O conceito de direito.

O neoconstitucionalismo voltou-se principalmente contra a teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico. Kelsen apresenta sua teoria hermenêutica no Capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, podendo ser assim resumida: toda norma jurídica é uma “moldura” dentro da qual cabem diversas interpretações; a escolha de qual interpretação deve prevalecer não é ditada pela Ciência do Direito, é uma decisão política. Assim, quando um juiz diz qual é a interpretação a ser dada a uma norma, ele profere uma decisão política. Inexiste, pois, “interpretação correta”: a interpretação prevalente é sempre fruto de uma escolha volitiva do agente competente⁸. Hart apresenta sua teoria hermenêutica no Capítulo VII de seu “O Conceito de Direito” e é menos radical: é inerente à linguagem uma “textura aberta”, sendo, por isso, possível diferenciar “casos claros”, em que os conceitos estão inequivocamente presentes, e “casos obscuros”, em que a presença ou ausência do conceito é controversa; diante disso, conclui, quanto maior for a controvérsia, maior será a “discricionariedade” do julgador. Noutras palavras, para Hart, em decorrência da textura aberta da linguagem jurídica, muitas questões interpretativas não possuem uma interpretação correta, a decisão sobre a interpretação é ditada pela vontade do magistrado. Em síntese: para Kelsen a interpretação é sempre um ato político, para Hart a interpretação dos casos obscuros é um ato político e a dos casos simples um ato cognitivo. Ambos, porém, dão ao magistrado um amplo “poder discricionário”, entendido como um espaço de decisão alicerçado numa escolha volitiva do julgador e não na compreensão das normas vigentes, num ato, enfim, volitivo e não cognitivo. Ambos admitem a possibilidade da imputação arbitrária, quer dizer, que a consequência normativa se assente apenas e tão somente na “vontade” do agente competente.

Ronald Dworkin propôs, no segundo capítulo de sua obra “Levando o Direito a Sério”⁹, uma teoria contraposta à doutrina de Hart. Afirmou, primeiro, que as normas jurídicas não são identificadas pelo seu pedigree, ou seja, a partir de uma regra de reconhecimento. Segundo, negou que o magistrado, no exercício da função jurisdicional,

⁸ A teoria kelseniana da interpretação e aplicação do direito é magistralmente resumida por COELHO, Fábio Ulhoa. Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista. Hans Kelsen: teoria jurídica e política. Júlio Aguiar de Oliveira e Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 235-252.

⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 23-72.

atue discricionariamente e escolha, por sua vontade, a interpretação a ser acolhida. Terceiro, negou que o direito seja formado apenas por regras, em que uma consequência é imputada a uma hipótese e aplicadas por subsunção. Propôs, então, uma diferenciação que representou verdadeiro divisor de águas na história do direito: as normas dividem-se em regras, aplicáveis por subsunção, e princípios, “razões para decisões”, que, ao contrário das regras, possuem diferentes pesos. Segundo ele, diferentemente das regras, que ou são aplicadas, porque vigentes e válidas, ou não aplicadas, porque revogadas ou inválidas, os princípios devem ser sopesados à luz do caso concreto.

A partir da teoria de Dworkin, Robert Alexy desenvolveu sua aclamada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, diferenciando, no capítulo terceiro, as regras, determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, aplicáveis por subsunção, dos princípios, mandados de otimização realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, aplicáveis por ponderação. Alexy elucida o caráter obscuro da “regra do tudo ou nada” proposta por Dworkin, segundo a qual ou os critérios de aplicação de uma regra estão presentes e ela deve ser aplicada (tudo) ou não estão e ela não deve ser aplicada (nada). Como bem observa, como toda regra concretiza um princípio, a colisão deste com um princípio oposto pode exigir a enunciação de uma exceção implícita à respectiva regra¹⁰. Nas palavras de Alexy: “sempre é possível que o caso dê ensejo à inclusão de uma nova exceção na forma de uma característica negativa no antecedente da regra”¹³. Fato é que o modelo “neoconstitucional” nasceu das propostas teóricas desses dois juristas. Todos que adotam o rótulo aceitam que, dentre os neoconstitucionalistas, encontram-se, paradigmaticamente, Dworkin e Alexy.

Tanto Dworkin como Alexy desenvolveram suas teorias após a Segunda Guerra Mundial. Enquanto Dworkin teve por norte a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, Alexy teve por base a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. O impacto que a teoria de Alexy, inspirada em Dworkin, teve na Alemanha e, a partir dela, na Europa Continental deve-se, sem dúvida alguma, às discussões motivadas pelo Estado

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, pp. 163-198. ¹³ Idem, p. 175.

Nazista. Em resumo, para o positivismo, teoria prevalente até então, a imputação normativa, regra geral, fundamentava-se em critérios formais e, dentre eles, principalmente, na vontade do agente competente. A decisão deste, estabelecida em abstrato, sem atenção para as particularidades do caso concreto, deveria prevalecer. O Estado Nazista foi um Estado Legal: as leis raciais foram formalmente aprovadas no Parlamento de Nuremberg – daí serem chamadas de leis de Nuremberg – foram consideradas válidas por boa parte da doutrina e, em várias oportunidades, pela jurisprudência alemã. Com a derrocada do Nazismo, vários nazistas foram levados a julgamento e, em defesa, argumentaram terem se limitado a cumprir a lei, formalmente aprovada e aceita pela doutrina e jurisprudência da época. A comunidade jurídica passou, então, a não tolerar a fundamentação da imputação normativa apenas e tão somente na vontade do agente competente.

Por fim, podemos enumerar as principais características do neoconstitucionalismo. São três: a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral. Há uma relação conceitual entre elas, ainda que seja possível a defesa das duas primeiras sem a assunção da terceira.

1.2 A ponderação como elemento da proporcionalidade

Podemos falar em subprincípios na teoria da ponderação de Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹. A ponderação é um método representado pela aplicação de um dos elementos parciais da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Para chegar nela, contudo, é imperioso percorrer o caminho dos outros elementos da proporcionalidade – adequação e necessidade.

Na adequação, exige-se aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Acompanhando as decisões dos tribunais alemães, muitos autores conferem à adequação o sentido de aptidão para “realizar” um fim. Essa, porém, não é a

¹¹ Para um o exame mais aprofundado do tema, vide: CLÉRICO, Laura. El examen 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.

melhor interpretação que se faz do Tribunal Constitucional alemão, pois este defende que adequado é o meio que “fomenta”, “promove” o fim e não, aquele que o realiza¹². Será inadequado, portanto, aquele que não servir à promoção do fim perseguido pelo princípio.

Se na adequação a análise se faz com observância apenas do meio escolhido, na necessidade, deve-se realizar um juízo comparativo. Este elemento da proporcionalidade exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental.

Um dos mais importantes princípios consagrados pelo pós-positivismo foi o princípio da proporcionalidade, pois exerce papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em embates a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes confrontos é a utilização da proporcionalidade, que entende-se, primordial para a harmonização das decisões. Paulo Bonavides relaciona seu surgimento com a modificação da ideia de Estado de Direito. Primeiramente, no apogeu do direito positivo, o Estado de Direito era entendido sob a ótica do princípio da legalidade, o qual, após a segunda guerra mundial, cedeu lugar ao princípio da constitucionalidade, que “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”¹³. Como os direitos fundamentais estruturam-se eminentemente sob a forma de princípios e estes são, para Robert Alexy, mandados (ou mandamentos) de otimização, sua aplicação exige um novo modelo – a proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade é uma dedução da aceitação dos direitos fundamentais como princípios, ou seja, é uma consequência lógica incontornável. Partindo de sua definição de princípios como mandados de otimização, isto é, normas que determinam que algo deve ser efetuado no

¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. pp. 36-37.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 398. ¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v. 3, n. 4, 2000. p. 202.

maior alcance possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, chega-se inevitavelmente à proporcionalidade. De sorte Willis Guerra Filho vislumbra na proporcionalidade a norma fundamental da ordem jurídica, já que ela permite a convivência de princípios divergentes e viabiliza sua aplicação sempre observando a situação fática. Além disso, a proporcionalidade é capaz de atender à necessidade de validação não apenas “de cima para baixo”, mas também “de baixo para cima”, na medida em que a proporcionalidade pode dar “um salto hierárquico”, ao sair do ponto alto da pirâmide em direção a sua base, onde irá validar normas individuais resultantes de decisões de conflitos concretos.¹⁷

1.3 A teoria de Alexy para solução da colisão entre princípios (fórmula de peso)

Uma vez que a medida foi considerada eficaz e necessária para se atingir o fim almejado, passa-se à fase mais complexa da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito. Utiliza-se nesta fase o balanceamento, ou a ponderação, que serve para excluir uma interferência intensa em um princípio de forma desnecessária.

Tomados de forma isolada, os princípios são válidos em sua plenitude, em suas proposições *prima face*, porém, quando há colisão entre eles sempre haverá restrições e sacrifícios de um ou mais princípios. A determinação do grau adequado da aplicabilidade de um princípio quando confrontado com outro será feito por meio da ponderação ou balanceamento.

Conforme destaca Pereira¹⁴, a expressão ponderação se refere à atividade hermenêutica pela qual se realiza um sopesamento de valores, quando os bens e interesses juridicamente protegidos “se mostram inconciliáveis no caso concreto, visando determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada”. São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual esse princípio tem pouca relevância.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 220.

A ponderação envolve o reconhecimento dos princípios ou direitos que estão colidindo e a imputação de valor a cada um deles, a fim de se analisar qual terá precedência relativa em relação ao outro, naquele caso concreto. Para isso, deve-se sempre observar a Lei da Ponderação que diz que: quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro.¹⁵

Para estabelecer o peso dos bens conflitantes é necessário passar por três estágios. O primeiro define o grau de interferência nos princípios colidentes; o segundo estabelece a relevância do cumprimento do princípio contraposto; e o terceiro analisa se a interferência no princípio restringido justifica-se, diante da importância do princípio vencedor.¹⁶ Essa intensidade de interferência e o peso dos princípios só podem ser avaliados no caso concreto, quando os princípios se colidem, pois, em abstrato todos os princípios são de igual hierarquia e importância.

Conforme a lei de colisão proposta por Alexy, sob circunstâncias determinadas, um princípio específico precede outro e suas consequências são aplicadas. No entanto, a lei de colisão, por si só, ao formular um enunciado de preferência, não garante racionalidade à ponderação. Com efeito, este seria um modelo de mera decisão, entregue exclusivamente a concepções subjetivas. A este modelo, Alexy pretende opor um modelo de fundamentação, que asseguraria sua segurança, ou seja, sua racionalidade. O autor explica que ambos os modelos, de decisão e de fundamentação, levam à criação de um enunciado de preferência condicionado¹⁷. A diferença é que o modelo puro de decisão não é racionalmente controlável, enquanto que o outro pode ser fundamentado racionalmente. Para Alexy, este é o caminho que possibilita a racionalidade de uma ponderação de princípios. O propósito de racionalidade, aliás, relaciona a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy a sua Teoria da Argumentação Jurídica, uma vez que esta busca fundamentar racionalmente as decisões jurídicas, principalmente, as valorações que são

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 167.

¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, jan./mar. 2006. p. 88.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 164-165.

feitas¹⁸. Para tanto, o jurista desenvolve um conjunto de regras da argumentação aptas à racionalização das decisões jurídicas. A ponderação, como técnica específica, também deve seguir algumas regras que lhe conferem racionalidade

Com a finalidade de expor em detalhes a racionalidade da ponderação, Alexy empenhou-se na elaboração da “fórmula da ponderação”, também chamada de “fórmula peso”, cuja função é descrever a solução de colisões entre princípios. Parte-se então para resumidamente expor a sistemática proposta por Alexy.

O primeiro passo a ser dado é definir o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio e, em seguida, a importância do cumprimento do outro. Este modelo é contemplado com a utilização de pelo menos dois graus, um leve e um grave. Alexy sugere, porém, a utilização de uma “escalação triádica”, que oferece os graus “leve”, “médio” e “grave”, aos quais nos reportaremos como grau “l”, “m” ou “g”, respectivamente. Tais graus são utilizados para descrever a intensidade da atuação do intérprete em um princípio, seja para expor a intervenção ou a importância de realização. Aqui, o termo “intervenção” serve tanto para os princípios que exigem uma ação positiva, quanto para os princípios que exigem uma omissão. Isto é, um princípio que prescreve uma ação positiva sofre uma intervenção quando a ação não é cumprida integralmente, por outro lado, um princípio que exige uma omissão sofre uma intervenção quando a omissão não é completa, mas, parcial.¹⁹

Diante disso, pode-se chamar de “IPi” a intensidade da intervenção num princípio “Pi”. A intervenção é necessariamente avaliada de forma concreta e por isso é bom explicitar a concretude agregando a IPi as circunstâncias do caso concreto em que Pi tem preferência sobre outro princípio. Essas circunstâncias foram representadas, ao abordar a lei de colisão, por “C”. Assim, a intensidade da intervenção num princípio esclarece melhor seus três aspectos se representada por “IPiC”.

Por concreta, a intervenção se distingue do peso abstrato que tem Pi, o qual será representado por “GPiA”. O peso abstrato de um princípio é o peso que possui

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 38-40.

¹⁹ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138.

relativamente a outros princípios, independentemente de confrontos concretos. Desde já, é bom deixar claro que o peso abstrato não é a única responsável pela solução de um conflito concreto, afinal, caso isso fosse imaginado, o que foi dito até agora sobre o pensamento de Alexy entraria em contradição. Alexy entende que muitos princípios não têm pesos abstratos perceptivelmente diferentes, entretanto, alguns são visivelmente diferentes, como a superioridade do direito à vida em relação à liberdade de atuação, como a liberdade de profissão.²⁰

O passo seguinte é a avaliação da importância do cumprimento do outro princípio, “Pj”, que se constrói a partir da análise da intervenção em Pi. É que deve ser questionado quão prejudicial seria para Pj, se Pi não sofresse uma intervenção, ou, nas palavras de Alexy, “a importância concreta de Pj é calculada segundo isto: quão intensivamente a não intervenção em Pi intervém em Pj”. Isto é, faz-se um exame com base numa suposição, que corresponde à “intensidade de uma intervenção hipotética por não intervenção”²¹. Alexy representa esta importância do cumprimento através da notação “IPjC”, cujos aspectos I e C são análogos aos da variável IPiC. Assim, são estas duas variáveis que servirão como objeto da avaliação dos graus l, m ou g. O passo seguinte será correlacionar estas avaliações. Terá preferência aquele princípio cujo grau for mais forte, sabendo-se que g é maior que m, que, por sua vez, é maior que l.²²

Esta análise pode também ser feita através de representação numérica, adotando valores, ao invés de l, m e g. Alexy sugere a utilização de 1, 2 e 4, com os quais é possível ilustrar o peso de Pi em relação a Pj, portanto, um peso concreto chamado de “Gi,j”. Este peso concreto Gi,j é o resultado da divisão dos valores que representam o a intensidade de intervenção IPiC e a intensidade do não cumprimento IPjC²³. A montagem da fórmula é a seguinte:

$$IPiC$$

²⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138-139.

²¹ Idem, p. 141.

²² Idem, p. 143.

²³ Idem, p. 145.

$$G_{i,j} = \frac{IP_{iC} \cdot SP_{iC}}{IP_{jC} \cdot SP_{jC}}$$

IP_{jC}

Nota-se que o peso concreto de P_i será maior quando o resultado da divisão for maior que 1, como ocorre, por exemplo, quando os pesos de IP_{iC} e IP_{jC} são 4 e 2 respectivamente. Por outro lado, o peso concreto de P_j será maior quando o resultado da divisão for menor que 1, o que ocorre, por exemplo, quando os pesos são 1 e 4.

Esta é a base de uma fórmula mais ampla que é designada como fórmula da ponderação ou fórmula peso, na qual se encontram, além das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios.²⁴

Como foi dito, quando os pesos abstratos são iguais, eles não devem ser considerados, porque sua igualdade não interfere na decisão final. O mesmo vale para as outras duas variáveis. A terceira variável – grau de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios – corresponde à possibilidade de certeza referente às hipóteses teórico-empíricas proferidas pelo tribunal acerca da realização de cada princípio. Esta variável tem a função de esclarecer qual o grau de confiabilidade que possuem as suposições que o tribunal faz para determinar a intensidade de intervenção de um princípio quando entra em colisão com outro. Pode ser, por isso, representada por “SP_{iC}” e “SP_{jC}”. A ela também podem ser relacionados os valores numéricos 1, 2 e 4, correspondentes respectivamente ao grau “não-evidentemente falso”, “plausível” e “certo”.²⁹

Assim, as três variáveis de cada princípio devem ser multiplicadas e, em seguida, divididas pelo resultado da multiplicação das três variáveis do princípio oposto, como se compreende na fórmula abaixo:

²⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 146.

²⁹ Idem, p. 150.

IPiC . GPi A. SPiC

Gi,j = _____

IPjC . GPj A. SPjC

A mesma fórmula vale para os casos em que mais de dois princípios colidem, adicionando-se apenas as três variáveis referentes a cada princípio isolado.²⁵

Discorrido como se dá o funcionamento prático da fórmula de peso decorrente da necessidade da ponderação, podemos afirmar seguramente que tal sistemática adotada por Alexy se configura em potente instrumento para a resolução de controvérsias que ocorrem no cerne do Direito, notadamente quando há confrontação de princípios, que diante de um caso concreto, em que a solução não parece, em um primeiro momento, ser trivial. A intervenção da teoria da ponderação nesses casos nos parece instrumento valioso na resolução de controvérsias, uma vez que carrega consigo um grau de instrumentalização e objetivação que afasta o tanto quanto mais possível qualquer subjetividade no processo de decisão e por consequência atinge-se o objetivo maior da ciência do direito, que é tentar na medida maior possível, fazer a justiça.

1.4 O ato administrativo no contexto da teoria da ponderação²⁶

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

²⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.152.

²⁶ O professor Ricardo Martins magistralmente elabora um histórico da utilização da teoria da ponderação alexyana e sua relação com o ato administrativo em 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, pp. 267-269.

jurídica abstrata. O nazismo foi um Estado legalista: as leis raciais foram formalmente aprovadas, aplaudidas pela doutrina e aplicadas pelo Judiciário. 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 científico²⁷. Vários doutrinadores propuseram a reformulação da compreensão do fenômeno jurídico.

Muitos juristas alemães então propuseram algumas formas de resolução de conflitos decisórios, que ficaram conhecidos como métodos concretistas. Defendem que o pensamento jurídico deve ser orientado ao problema a partir do concreto, e não do abstrato. Assim os textos normativos, sengo Hesse, configuram o “limite último da interpretação”²⁸. Dentre os métodos concretistas, destacam-se: a) o método da concretização constitucional, de Konrad Hesse²⁹; b) o método da metódica estruturante, de Friedrich Müller;³⁰ c) o método da constituição aberta, de Peter Häberle³¹; d) e o método da ponderação constitucional, de Robert Alexy³². 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. Apesar das críticas que lhe são feitas, a ponderação modificou profundamente a forma como se entendem a elaboração e a aplicação do direito.³³

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.*

²⁸ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

²⁹ Idem, p. 101-122.

³⁰ 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.

³¹ HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

³³ 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, pp. 105-116.

O direito passou a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma “ordem objetiva de valores”. Aplicar o direito pressupõe subsumir os fatos às regras, mas também sopesar os valores relacionados ao caso. Eis a premissa fundamental do chamado “neoconstitucionalismo”³⁴. A edição de qualquer norma jurídica pressupõe esse sopesamento. Assim 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. 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.³⁵ 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 ($P2 > P1 + Pf$).³⁶ Esse afastamento é excepcional, tendo em vista o peso do referido princípio formal. Por isso, a regra geral é que a administração

³⁴ 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.

³⁵ 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 Colunistas de Direito do Estado*, n. 216, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/77xgJn>. Acesso em: 20 nov. 22.

³⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88 *et seq.* e 161 *et seq.*

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 e portanto adequada aos liames da teoria alexyana.

2. MODIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO³⁷: BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS

A possibilidade de modificação do ato administrativo tem como principal fundamento a segurança jurídica, estabilização das relações jurídicas, confiança legítima, boa-fé do administrado e da economicidade que, em determinados casos, o Direito aponta a possibilidade de sanar o vício para torná-lo regular. De fato, há casos em que o ato administrativo não desaparece, mas é alterado. Assim como se dá com a extinção, há modificações que decorrem de fato administrativo – da ocorrência no mundo fenomênico de um acontecimento ao qual o Direito atribui o efeito de alterar um ato –; e há modificações que decorrem de ato administrativo – da edição de um ato que tem por efeito modificar ato anteriormente editado. Seguindo a proposta de Agustín Gordillo³⁸, classificam-se as hipóteses de modificação por outro critério: tendo em vista a validade do ato.

Este tema foi precipuamente enfrentado na academia por Celso Antônio Bandeira de Mello, com o curso de Pós-graduação em Direito administrativo na PUC-SP, que foi o primeiro ministrado no Brasil³⁹. De fato, a partir da gestão de seu pai Oswaldo Aranha Bandeira de Mello na reitoria da Universidade é que o domínio do Direito Administrativo depende do domínio da teoria do ato. A partir desse tempo várias monografias foram publicadas pela Escola, o que levou a um sensível aprofundamento científico do Direito

³⁷ Neste estudo adotar-se-á a teoria proposta pelo professor Ricardo Martins, magistralmente exposta na obra: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 375 *et seq.*

³⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo. 2. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 2001, vol. 3, p. XII-3.

³⁹ É o que revela CARRAZZA, Roque Antonio. Geraldo Ataliba: o homem, o reitor, o mestre de vida. São Paulo: EDUC, 2018, pp. 52 e 75.

Administrativo. Na chamada “Turma das Perdizes”⁴⁰, da qual Celso Antônio seria um grande expoente, influenciando inclusive a Constituinte de 1988, a teoria do ato terá nítida influência de Kelsen. Na Teoria Pura do aclamado jurista austríaco, o Direito é restringido às normas jurídicas. Dessarte: Kelsen difunde uma visão normativista do Direito pela qual este é compreendido como um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado território. Se Direito é um conjunto de normas, e ato administrativo é o nome genérico dado às normas editadas pela Administração Pública, fica evidente a razão pela qual o ato administrativo é visto como o tema central de todo Direito administrativo. Com o aprimoramento técnico gerado pela teoria dos veículos introdutores de normas⁴¹, o ato administrativo passou a ser considerado o nome genérico dado a todo veículo introdutor de norma administrativa, mas, por metonímia, a expressão é utilizada para se referir tanto ao veículo introdutor como à norma introduzida⁴².

A teoria do ato administrativo, divulgada por Celso Antônio, possui esta primeira particularidade: apresenta-se como uma teoria autônoma em relação à teoria privada dos atos jurídicos, pois nela a vontade do agente público, editor do ato, é irrelevante, quando se trata do exercício de competência vinculada, ou secundária, quando se trata do exercício de competência discricionária.

Houve, também, nítida influência do *legalismo*⁴³. A teoria do ato administrativo, então em voga, possuía como segunda particularidade a infralegalidade. O ato administrativo, é uma declaração “manifestada mediante providências jurídicas

⁴⁰ A denominação foi dada por SUNDFELD, Carlos Ari. A ordem dos publicistas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

⁴¹ A teoria foi desenvolvida por MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Mas Limonad, 2001, p. 133 et seq. O veículo introdutor é uma norma geral e concreta extraída das enunciações enunciadas dos textos normativos (Idem, pp. 138-139).

⁴² Cf. MARTINS, MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 58-63 e 105-108.

⁴³ O Legalismo é associado à Escola exegética. Para Norberto Bobbio, cinco são as características da Escola: a) inversão das relações entre o direito positivo e o direito natural, dando proeminência ao primeiro em relação ao segundo; b) concepção rigidamente estatal do direito; c) interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d) culto ao texto da lei, estando o intérprete religiosamente subordinado às disposições legais; d) respeito ao princípio da autoridade, em que a justiça dá-se com o respeito à decisão legislativa (O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 84-89).

complementares da lei a título de lhe dar cumprimento”⁴⁴. Segundo essa posição, seriam inadmissíveis atos administrativos contra legem ou praeter legem, mas apenas secundum legem. Assim, na falta de lei que lhe dê fundamento, não seria possível a edição de um ato administrativo; mais ainda, seria impossível a edição de ato administrativo contra expressa disposição legal. Em assonância com esse entendimento, adotava-se, também, uma visão legalista da discricionariedade, segundo a qual a fonte da competência discricionária seria a lei. Noutras palavras: a Administração teria competência discricionária apenas nas hipóteses em que o Legislador a concedesse expressamente na lei. A doutrina já admitia a redução da discricionariedade a zero, de modo que haveria discricionariedade no plano abstrato, mas inexistia discricionariedade no plano concreto. Não aceitava, porém, a discricionariedade sem remissão legislativa expressa ou implícita.

A terceira particularidade da teoria do ato administrativo difundida por Celso Antônio é uma sofisticação em relação às teorias até então difundidas no Brasil. Celso Antônio acolheu a teoria dos três planos do mundo jurídico — da existência, da validade e da eficácia.

A partir do neoconstitucionalismo, o Direito passou a ser compreendido como um conjunto de princípios (valores positivados) e regras, aplicáveis por ponderação e subsunção. Os princípios, no sentido de elementos estruturantes, continuaram a integrar o Direito, e a exercer a mesma função, condicionar a interpretação das normas — regras e princípios (valores positivados) — e sua validade; mas, por força do novo sentido a eles atribuído, a aplicação do Direito passou a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição. É nesse novo contexto então que deve ser entendida a teoria do ato, onde as funções legislativa e administrativa, passam a ter que estabelecer, no plano abstrato, medidas de concretização dos valores constitucionais (princípios). Para tanto, deve primeiro, identificá-los, depois, escolher qual pretenderá concretizar, e, depois, realizar uma ponderação, no plano abstrato, entre o princípio escolhido e os princípios colidentes.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 35. ed. São Paulo: Malheiros, Cap. VII-16, p. 397.

Voltando à proposta de Agustín Gordillo, adotada por Ricardo Marcondes Martins, se falará em modificação de ato válido⁴⁵, que na verdade trata-se de substituição de um ato válido por outro, mas sem efeitos retroativos. Nesse caso, não há que se falar, nem para fins didáticos, em modificação: trata-se da extinção de um ato válido, acompanhada da introdução de novo ato.

A modificação do ato válido se dará por retificação, onde o sistema faculta à administração – trata-se de exercício de competência discricionária – corrigir o vício do ato irregular; e por esclarecimento momento em que o ato administrativo, também proferido no exercício de competência discricionária, não corrige o ato irregular, mas esclarece o ato obscuro, ambíguo.

Já modificação de ato inválido⁴⁶, onde parte-se do pressuposto de aproveitamento dos efeitos gerados para outro ato e também a manutenção de efeitos ainda não gerados pelo ato inválido; dar-se-á pela Estabilização, pela Redução ou Reforma, pela Conversão e por fim pela Convalidação.

A estabilização é a única hipótese de modificação por fato administrativo: o decurso do tempo e a produção de efeitos fazem com que o vício do ato administrativo desapareça. O ato inválido torna-se um ato irregular, sem que o Poder Público faça algo. Trata-se, em rigor, da única hipótese em que não há, de fato, a retirada do ato inválido do mundo jurídico. Contudo, não se dá, propriamente, a modificação do ato: ele permanece no

⁴⁵ Para Ricardo Marcondes Martins as duas hipóteses de modificação de atos administrativos válidos dão-se pela edição de um ato administrativo. A modificação é efeito típico do ato administrativo modificador. A rigor, em todas as hipóteses de modificação efetuada por ato administrativo há a retirada do ato anteriormente editado: o ato modificador retira o ato, mas assume como seus todos ou parte dos efeitos do ato retirado. Logo, é apenas para fins didáticos que se diferencia a retirada da modificação. *In* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 375.

⁴⁶ Está absolutamente superada a suposição de que a invalidade de um ato administrativo exige sua invalidação. Ato administrativo inválido nem sempre deve ser extinto. Reconhecido pela Ciência Jurídica que o ato inválido, quando eficaz, pode gerar muitos efeitos, reconhece-se a possibilidade de modificação do ato, mantendo-se no sistema, todos ou parte desses efeitos. A razão dogmática da modificação não são propriamente os efeitos já gerados pelo ato inválido. A manutenção destes pode dar-se totalmente – pela invalidação irretroativa (*ex nunc*) – ou parcialmente – pela invalidação parcialmente retroativa (*ex tunc* e não *ab initio*). *In* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 377.

sistema exatamente como se encontrava, nada sendo alterado. O que muda é a reação do Direito ao vício: se antes o Direito exigia a correção, passa a desprezar o vício, e não mais a exigir.

A redução ou reforma é similar a uma invalidação parcial. O ato tem por efeito principal a exclusão da parte inválida do ato viciado, mantendo a parte válida. Em rigor, o ato redutor retira o ato inválido do sistema e toma para si parte dos efeitos produzidos por ele. A invalidação consiste na retirada do ato e pode ter efeitos retroativos ou irretroativos; a redução ou reforma consiste na sua manutenção parcial e tem efeitos retroativos. Pela redução há um aproveitamento parcial do ato viciado e, por isso, ela também consiste num saneamento.

A conversão é o nome do ato que tem por efeito principal a transformação de um ato (inválido) em outro (válido), de conteúdo diferente do anterior. De algum modo, aproveita os efeitos do ato inválido, mas para outro ato. É uma das modalidades de saneamento, pois aproveita o ato, salvando-o. Em rigor, o ato convertedor retira o ato inválido do sistema e toma para si os efeitos produzidos por ele. Difere do ato convalidante porque possui conteúdo diferente do ato inválido. A conversão pode decorrer do exercício de competência discricionária ou vinculada.

Por fim a convalidação, que é o ato modificador mais estudado pela doutrina. É o nome dado ao ato administrativo que tem por efeito principal a retirada com efeitos retroativos do vício do ato administrativo inválido, à atividade de edição desse ato e ao efeito principal dele, o saneamento total do ato inválido. Com a convalidação, o ato inválido é integralmente aproveitado: permanece no mundo jurídico tal como editado. De modo mais preciso, o ato convalidante retira o ato inválido e assume – como seus – todos os efeitos produzidos por ele. Dentre as hipóteses de saneamento, é a mais eficaz: enquanto a redução e a conversão aproveitam parte dos efeitos do ato inválido, a convalidação aproveita todos os efeitos.

Quanto a classificação do ato convalidante quando efetuada pelo mesmo agente que editou o ato inválido, é chamada de ratificação; quando é efetuada por outro agente, é chamada de confirmação.⁴⁷

Os efeitos da impugnação do administrado sobre a competência convalidante, a despeito das correntes existentes⁴⁸, adota-se uma terceira corrente⁴⁹: a impugnação gera, tão somente, uma razão *prima facie* em prol da pretensão do impugnante. A impugnação reflete um duplo fracasso da Administração: o primeiro é decorrente da edição de um ato desconforme ao Direito; o segundo, da omissão em corrigi-lo. O impugnante colabora com a ordem jurídica: força o Estado a eliminar a situação de insegurança gerada pelo ato inválido; obriga o Estado a concretizar o princípio da conformação dos atos ao Direito, ou seja, a empreender a correção do ato; e estimula o Estado a apurar eventual responsabilidade do agente público. A caracterização desse duplo fracasso e a colaboração do cidadão para repará-lo são fatores que não podem ser desconsiderados pelo Direito. Por isso, a colaboração deve ser estimulada, deve gerar efeitos favoráveis ao impugnante.

Ainda se faz mister informar sobre três teorias sobre a natureza da competência convalidante, assim: . Para alguns, ela é sempre discricionária: diante de certos vícios, a Administração tem a opção entre invalidar ou convalidar⁵⁰; para outros, ela é sempre vinculada, ressalvada apenas a hipótese de competência discricionária exercida por

⁴⁷ Para um aprofundamento relevante sobre a terminologia dos termos aqui empregados e a doutrina sobre o tema, consultar BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 381-384.

⁴⁸ Para uma visão das correntes citadas, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 35. ed. São Paulo: Malheiros, cap. VII-162, p. 486; FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 47-66, jan.mar. 2003, pp. 63-64.

⁴⁹ Trata-se da corrente adotada por Ricardo Marcondes Martins.

⁵⁰ Adotam-na: ARAÚJO, Edmir Netto de e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.

agente incompetente⁵¹. Adota-se nesse estudo uma terceira corrente⁵²: é forçoso reconhecer a possibilidade de configurarem-se duas ou mais soluções técnicas razoáveis e justas sobre a escolha do meio de correção. Nesse caso, cada jurista terá sua opinião, boa parte dos juristas entenderá que se deve invalidar, boa parte entenderá que se deve converter – nesses casos haverá discricionariedade na escolha do meio de correção. Nas hipóteses em que haja apenas uma decisão técnica razoável e justa haverá indiscutível vinculação. Não há como negar que na maioria dos casos a solução será vinculada, mas nem por isso se pode excluir a possibilidade de configuração de uma hipótese de discricionariedade.

Por fim importa informar que a redução, conversão e convalidação são espécies de saneamento, ou seja, de aproveitamento total ou parcial do ato inválido. Em sentido estrito, portanto, só existem redução, conversão e convalidação retroativas e ab initio. O ato modificador tem, pois, eficácia ex tunc.

Considere-se ainda a modificação de atos administrativos feitas pelo judiciário. De fato, é possível ao magistrado editar todos os atos de correção ou determinar à Administração que os edite. Como também é possível que o legislador em sentido estrito, fazer a correção de um ato administrativo inválido pelo Legislador no exercício da função legislativa.⁵³

2.1 Edição do ato administrativo e ponderação

Como já explanado, de vital importância da ponderação para a edição do ato administrativo. De fato, se presentes os pressupostos subjetivo, objetivo, teleológico, material, lógico e formalístico, o ato é regular, não contraria o Direito. Caso não haja

⁵¹ É a posição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo cit., cap. VII-168, p. 485.

⁵² É a posição explanada pelo professor Ricardo Martins em BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 387.

⁵³ Para um detalhamento sobre o tema consultar BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 393-407.

observância desses pressupostos, o ato é viciado. Nesse caso, de duas, uma: ou o Direito despreza o vício, considera o ato meramente irregular e não exige a correção do vício, ou o Direito, ao menos no momento imediatamente subsequente à edição do ato, não despreza o vício e exige a correção. Nesse caso, o ato administrativo é inválido. Como já se afirmou, antes da Constituição de 1988 prevalecia o entendimento — ressalvados posicionamentos importantes como o de Celso Antônio Bandeira de Mello — de que ato inválido deveria ser, sempre, invalidado e — praticamente sem divergência — a invalidação seria sempre *ex tunc* e *ab initio*. Tudo mudou: assim como é necessária uma ponderação dos valores incidentes, à luz das respectivas circunstâncias fáticas, para editar o ato, também é necessária uma ponderação para corrigir seu vício. O controle da invalidade do ato administrativo exige a ponderação, vale dizer, a contraposição de princípios à luz das respectivas circunstâncias fáticas⁵⁴.

Tornou-se praticamente indiscutível a dissociação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia. Primeiro, deve-se verificar se o ato administrativo existe ou não. Propõe-se dois pressupostos de existência: mínimo de eficácia social e não concretização de intolerável injustiça⁵⁵. Presentes os elementos e os pressupostos de existência, o ato existe no mundo jurídico. O ato administrativo existente pode ser isento de vícios ou viciado e, se for viciado, pode ser irregular ou inválido. Tanto o ato regular como o irregular e o inválido podem ser eficazes ou ineficazes. Se for inválido e eficaz gerará efeitos jurídicos. Ao examinar um ato inválido que gerou efeitos, o agente público deve decidir se o retira ou não do sistema e se desconstitui ou não seus efeitos. Essa decisão, como antecipado, exige uma ponderação, realizada à luz do caso concreto, no momento do exercício do controle.

De certa forma o parâmetro fundamental para realização da ponderação é o postulado da proporcionalidade, que, segundo a posição majoritária e já descrito neste

⁵⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 2. p. 449-477, mai./ago. 2019. p. 464.

⁵⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo, São Paulo: Malheiros, p. 128138.

texto, consiste num procedimento dividido em três fases. Na primeira, chamada de adequação, verifica-se se a 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.

2.2 As Alterações 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 base nas alterações trazidas no Decreto-Lei nº 4.657/42, pela Lei nº 13.655/18, caput: “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. A partir de uma visão concretista do direito na atualidade, pretendeu-se infundir a ideia de que as decisões jurídicas tem consequências e que portanto deve o judiciário atentar-se para estes aspectos, do contrário, seria o mesmo que prolatar decisões sem que se leve em consideração quaisquer informações que não estão contidas nas normas ou mesmo que haja a devida ponderação quanto ao caso concreto. A perspectiva concretista exige atentar para 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. 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. 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.

Passemos agora ao exame do artigo 21 da LINDB, onde se lê: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso 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 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 que se decida pela invalidação; cumprida essa exigência, vale dizer, apuradas as consequências, é óbvio que a apuração não deve ser desprezada.

Assim 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, daí a importância da alteração da LINDB ocorrida por meio da Lei nº 13.655/18.

3 A PONDERAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO

Já se elucidou neste texto como se dá a aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy; existindo princípios colidentes, a ponderação é instrumento útil e recomendável para resolver o conflito. Também discutiu-se como a edição de atos administrativos se consolida a partir dos pressupostos de validade e existência, sob determinadas regras, ensejará na possibilidade de modificação do ato, utilizando parte do conteúdo do ato original ou não, conforme o caso. Falou-se que existem na doutrina entendimentos diversos sobre como se processa a decisão quanto a modificação do ato administrativo, de sorte que estabeleceu-se como regra de que a edição de um ato administrativo deverá ser fruto de uma ponderação, de sorte que é certo que o neocostitucionalismo exigiu que a aplicação do Direito passasse a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição. É nesse novo contexto então que deve ser entendida a teoria do ato, onde as funções legislativa e administrativa, passam a ter que

estabelecer, no plano abstrato, medidas de concretização dos valores constitucionais (princípios). Para tanto, deve primeiro, identificá-los, depois, escolher qual pretenderá concretizar, e, depois, realizar uma ponderação, no plano abstrato, entre o princípio escolhido e os princípios colidentes. Nesse sentido discutiu-se as alterações trazidas na LINDB, fomentadas por meio do Decreto-Lei nº 4.657/42, que, em alguma medida, emanou a necessidade de ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas na tomada de decisão administrativa.

Neste mister é que a teoria da ponderação assume papel relevantíssimo na teoria do ato administrativo. Aventa-se que sem esta o processo de decisão administrativa poderia ser deveras dificultoso, o que contribuiria para que o interesse público não seja plenamente concretizado perante a população. Dessarte que a busca da ponderação diante do impasse, da dúvida, da impossibilidade de a Administração arcar com uma decisão justa, em um tempo razoável, faz do processo uma possibilidade concreta de realização dos mandamentos emanados da constituição. Mas o que pretendemos inferir não é apenas este aspecto procedimental da teoria ponderativa, mas que a utilização deste confere ao sistema todo maior objetividade, mais cientificidade, ao ponto de conferir à teoria do ato administrativo maior rigor, no sentido de conferir uma construção verdadeira nos enunciados de algo; recorre-se a ciência, como meio final da busca da verdade das coisas, será por meio dela que o tanto quanto possível será dada solução a um determinado problema⁵⁶.

3.1 Perspectivas para a busca de uma cientificidade no Direito Administrativo

Para início entende-se fundamental um exame mais aprofundado do desenvolvimento da teoria do ato ao longo do tempo, tarefa importantíssima para fixar as bases de uma busca correta para uma teoria o quanto mais possível de caráter científico.

⁵⁶ Sobre o conceito de ciência do Direito ver: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do Direito. 2. ed., 10. tir. São Paulo: Atlas, 1980, p. 10-11.

Adotando posição do professor Ricardo Marcondes Martins, falar-se-á em fases do estudo do Direito Administrativo. Para fins didáticos, seu desenvolvimento pode ser dividido em quatro fases⁵⁷.

Na primeira fase, a preocupação principal da doutrina do Direito Administrativo era viabilizar o exercício da administração pública. Pode-se dizer que a lucubração sobre as normas de Direito Administrativo, nessa fase, era totalmente dominada pelo poder político. Coerentemente, a doutrina tomava o poder – ou conceitos correlatos, como base para toda teorização.

Na segunda fase, a doutrina do Direito Administrativo passou a ter uma preocupação científica. Essa segunda fase desenvolveu-se com o início da pósgraduação em Direito Administrativo. No Brasil, isso se deu com o Curso de Especialização oferecido pela PUC-SP, dirigido pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸. Logo após, foram iniciados, também na PUC-SP, cursos de Mestrado e Doutorado. A produção teórica do Direito Administrativo brasileiro ingressou numa nova fase. Celso Antônio e Geraldo Ataliba difundiram a ideia de que o sistema jurídico é composto de princípios, e a interpretação das normas de Direito Administrativo deve, sempre, estar afinada a eles⁵⁹. A preocupação passou a ser não mais viabilizar o exercício do poder, mas indicar as interpretações corretas das normas vigentes, obedientes a uma série de postulados hermenêuticos.

⁵⁷ Em brilhante artigo publicado, o professor Ricardo Marcondes Martins nos brinda com uma rica exposição histórica e conceitual do estudo da teoria do ato administrativo, dessarte recomenda-se para um aprofundamento sua leitura, *in*: 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, pp. 105-141, jan./mar. 2019.

⁵⁸ 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, p. 110.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. Revista de Direito Público, São Paulo, ano IV, v. 15, pp. 284-288, jan.-mar. 1971; ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 4-21. Sobre esse conceito de princípio vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 2129.

Na terceira fase, o poder político foi sobrepujado pelo poder econômico. Ao contrário do que ocorreu na primeira, a Administração Pública passa a ser utilizada prioritariamente não para o exercício do poder político, mas para a obtenção do lucro privado. Conseqüentemente, os “negócios administrativos” ganham total atenção; a preocupação da doutrina deixou de ser a busca de interpretações que façam do conjunto normativo um ordenamento coerente, e passou a ser a viabilização de negócios privados, a obtenção de lucro para os clientes ou parceiros. Em consequência, boa parte da doutrina passou a negar um regime jurídico unificado, obediente a princípios gerais, e a admitir regimes setoriais, ainda que desprovidos de uma coerência global⁶⁰. Foi nesse cenário que se desenvolveu a suposta “crise do ato administrativo”.

A quarta fase é uma teorização proposta por Ricardo Marcondes Martins, que em resumo a preocupação científica é retomada. Propõe-se, então, a retomada da segunda fase, mas com uma ressalva em relação à terceira. Não se apregoa um preconceito aos negócios, uma rejeição às parcerias privadas, mas a assunção do negócio apenas quando sua celebração for de interesse público.⁶¹ Dessarte: na quarta fase o Direito Administrativo deixa de ser um “Direito Administrativo do Capital” e torna-se um efetivo “Direito Administrativo do Interesse Público”.

Feita essa exposição é importante firmar a ideia de que sobre a Administração Pública recaí toda demanda emanada do meio social. Sob seu manto recolhem-se os direitos fundamentais ditados na constituição no sentido de concretizá-los tanto o quanto mais possível por meio de leis ordinárias, decretos lei e tantos outros instrumentos jurídicos disponíveis ao legislador. O capital político será então elemento fundamental para criar as condições necessárias para o efetivo atingimento dos objetivos constitucionais. Não por outra, a própria existência de um contrato social, estabelecido entre governantes e governados reunidos sob a égide de um estado, torna-se elemento fundamental para

⁶⁰ Um bom exemplo é a proposta de Leonardo Coelho Ribeiro, que reduz o Direito Administrativo a uma “caixa de ferramentas” (O direito administrativo como “caixa de ferramentas”: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016).

⁶¹ 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, p. 113.

que o alcance das medidas da justiça encontre seus destinatários; não sem razão que o elemento privado contribui para esse alcance, mas não pode ter ele a centralidade desse ajustamento social. Fala-se então na supremacia do interesse público⁶², momento em que pode a Administração exercer plenamente suas funções na busca deste interesse. Se essa busca é o “monumento” sob o qual repousa a teoria, não há sentido falar-se em interesse privado que sobrepuja o público, que se esvai do caráter científico da ciência do direito para fazer valer seus interesses. Some-se a isso um fenômeno jurídico que a doutrina tem chamado nos últimos tempos de uma “fuga para o direito privado”⁶³, que são formas encontradas pelo ordenamento de “enquadrar” situações típicas de direito público, como se direito privado fosse, é o caso, por exemplos, dos contratos administrativos erroneamente regidos pelo direito privado. Nos contratos entre a administração e o privado, nunca existirá relação jurídica privada, uma vez que à administração cabe sempre zelar pelo interesse público e este não se relaciona com os institutos de direito civil. Também é uma forma encontrada que todo governante que seja corrupto queira fugir do Direito Administrativo: tornou-se rotineira a tentativa de livrar-se do dever de licitar ou driblar esse dever, livrar-se do dever de fazer concurso público ou driblar esse dever, livrar-se do dever da publicidade, da transparência, da finalidade, da motivação, da legalidade, ou driblar esses deveres. Os corruptos odeiam o direito administrativo e amam o direito privado. Só no direito privado estão livres para desviar recursos, nomear amigos, perseguir inimigos, fazer negociatas⁶⁴.

Uma vez constatada tais métricas não nos parece em nada uma forma científica de tratar o direito, pelo contrário, joga contra qualquer possibilidade de cientificidade. É de se constatar que tais movimentos só ocorreram no Brasil justamente pela ausência de

⁶² Sobre a dualidade existente na atuação administrativa, a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito administrativo e liberdade*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 641-687.

⁶³ Na obra seminal da portuguesa Maria João Estorninho, é possível vislumbrar uma rica análise da doutrina europeia sobre o tema. *In*: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁶⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. *In*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito administrativo e liberdade*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 641 a 687. p. 650.

estudos mais acadêmicos sobre a teoria administrativa e por consequência da teoria do ato. Se a boa ciência se pauta pelo rigor técnico, pela não ideologização, não nos parece nem um pouco adequado os rumos que o estudo da teoria percorre nestes tempos. Fazse mister um retorno à cientificidade; a utilização de mais teorias disponíveis ao cientista do direito, é o caso da teoria da ponderação aqui trazida; de invalidar quaisquer métodos que afastem a academia na busca de métodos que permitam a consecução dos valores constitucionais, na busca por concretizar o interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos reais, caso não houvesse Estado, seriam resolvidos, em última instância, na base da força física das partes em disputa. Com o Estado, são decididos com base em normas jurídicas (e nos valores sociais que dão conteúdo e sentido a elas). Porém o que se deve frisar é que as normas, embora formalmente iguais, não possuem essa mesma igualdade em termos materiais. O que significa dizer que alguns valores e algumas normas são historicamente mais fortes que outros. Embora o direito e a ciência do direito se apresentem de modo objetivo e impessoal, como se todos os direitos fossem igualmente relevantes, o resultado prático acaba dependendo de se saber qual dos direitos em colisão se relaciona em maior medida com o padrão normativo da sociedade.

Foi a partir dos movimentos neoconstitucionais no pós segunda guerra mundial que se estabeleceram teorias que permitiram o alcance das dimensões constantes da ordem constitucional, uma delas é a teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy, enquanto veículo capaz de dar conta das diversas colisões existentes dentro do sistema jurídico. O elemento central da teoria propõe a adoção da proporcionalidade das decisões, em que o sopesamento entre princípios permite extrair do sistema regras que permitem manejar de forma adequada as decisões judiciais. Nesse sentido expôs-se como acontece a construção da teoria que culmina na elaboração da fórmula de peso. Dissemos que esta confere ao sistema uma maior objetivação nas decisões de tal modo a propiciar o tanto

quanto possível que seja alcançada a concretização dos direitos emanados da constituição.

A contribuição da teoria da ponderação alexyana foi fundamental para o desenvolvimento de uma teoria do ato administrativo, sem a qual o caráter científico que quer se imprimir à teoria do ato seria tarefa portentosa.

Para chegar a essa conclusão, discutimos então sobre o tema da edição do ato administrativo, especialmente a teoria da modificação do ato. Elencamos as principais premissas do modelo, as classificações e discussões no seio da doutrina sobre o assunto, com adoção da teoria preconizada pelo douto Professor Ricardo Marcondes Martins. Concluiu-se que a adoção da ponderação na teoria do ato, da edição dos atos administrativos é instrumento fundamental para a consecução do modelo, para isso recorreu-se a uma análise de um caso real que foi a alteração da LINDB.

No fim discutiu-se como a ponderação tornou-se elemento essencial na teoria do ato administrativo de forma que se passou a estabelecer que a aplicação do Direito passasse a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição como requisito fundamental. Para corroborar a tese, partiu-se de uma análise histórica da teoria do ato e suas fases e os problemas que se apresentam na busca por uma teoria do ato o tanto quanto mais possível de caráter científico, como por exemplo a submissão da academia aos interesses privados e a busca por soluções jurídicas que se configuram em verdadeira fuga para o direito privado. Não obstante a esses obstáculos, que implicam em desvirtuamento da teoria em busca da boa ciência, concluímos que a teoria do ato administrativo deve se estabelecer em bases que permitam o tanto quanto mais possível, na busca pela sua cientificização, que se dá em bases teóricas sólidas e objetivas, sendo a teoria da ponderação de Robert Alexy, um desses meios, mas não o único, daí a necessidade de desenvolvimento constante da teoria que tenha por objetivo final sempre a busca da melhoria da vida das pessoas, na concretização de direitos e valores fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 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.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ARAUJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Saraiva, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução de José Rubens Siqueira. 12. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. **Direito administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo**. Revista de Direito Público, São Paulo, ano IV, v. 15.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 35. ed. São Paulo: Malheiros.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL, **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com nova redação dada pela Lei n 167 12.376 de 2010. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 15/11/2022.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy**: um modelo funcional para a argumentação jurídica? Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, jan./mar. 2006.

CAMPOS, Ricardo. (org.). **Crítica da ponderação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**: o homem, o reitor, o mestre de vida. São Paulo: EDUC, 2018.

CLÉRICO, Laura. **El examen 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.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista**. Hans Kelsen: teoria jurídica e política. Júlio Aguiar de Oliveira e Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significadoe-correntes>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed., 10. tir. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ, Sérgio. **Extinção dos atos administrativos**: algumas reflexões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 47-66, jan.-mar. 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. 2. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 2001, vol. 3.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito**. Revista Jurídica da Universidade de Franca, v. 3, n. 4, 2000.

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.

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

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.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUCSP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.

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. **Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo**. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. Direito administrativo e liberdade. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988**: o que mudou? Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 2. p. 449-477, mai./ago. 2019.

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: 20 nov. 22.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Mas Limonad, 2001.

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.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como “caixa de ferramentas”**: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A ordem dos publicistas**. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.