



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

MARCONDES MARTINS, RICARDO

Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?

Revista de Investigações Constitucionais, vol. 6, núm. 2, 2019, Maio-Agosto, pp. 449-477

Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i2.61986>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534063416010>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em [redalyc.org](http://redalyc.org)

UABM [redalyc.org](http://redalyc.org)

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa  
acesso aberto



## Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?

### *The doctrine of the administrative act throughout the thirty years of the Brazilian Constitution of 1988: what has changed?*

**RICARDO MARCONDES MARTINS**<sup>1, \*</sup>

<sup>1</sup> Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

ricmarconde@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

**Recebido/Received:** 02.10.2018 / October 2<sup>nd</sup>, 2018

**Aprovado/Approved:** 05.08.2019 / August 5<sup>th</sup>, 2019

#### Resumo

Apresentam-se neste estudo as principais modificações que a teoria do ato administrativo sofreu desde a promulgação da Constituição de 1988. Se, em 1988, já se encontrava na doutrina quem sustentasse a teoria dos três planos e, pois, a possibilidade de modificação do ato, era praticamente pacífico o apego ao legalismo. Os avanços decorrentes do neoconstitucionalismo importaram numa radical reformulação da teoria. Tornaram-se excepcionalmente possíveis atos administrativos *praeter legem* e *contra legem*. A ponderação passou a ser fundamental, tanto para a edição do ato, como para identificação dos vícios e para sua correção. Além de uma profunda reformulação das teorias da extinção e da modificação, os avanços científicos importaram no sepultamento dos atos da Administração e dos atos políticos.

**Palavras-chave:** ato administrativo; neoconstitucionalismo; discricionariedade; decisão administrativa; invalidação do ato administrativo.

#### Abstract

*This study presents the major changes undergone by the administrative act since the enactment of the Constitution of 1988. If, back in 1988, some jurists already sustained the three-tier doctrine, and, accordingly, the possibility to change the act, the commitment with legalism was virtually settled. The advances introduced by the so-called neo-constitutionalism gave rise to a radical reformulation of the doctrine. Consequently, praeter legem and contra legem administrative acts became a possibility, albeit by way of exception. Weighing the act became a must, both before its issuance and so as to allow for identification of any defects in it and for cure thereof. Aside from profoundly reformulating the doctrine of cessation and of modification, scientific advances caused the death of both Administration acts and political acts.*

**Keywords:** administrative act; neo-constitutionalism; discretion; administrative decision; invalidation of administrative act.

Como citar esse artigo/How to cite this article: 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, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986.

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

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A teoria do ato administrativo em outubro de 1988; 3. Revisão neoconstitucional do ato administrativo; 4. Procedimento de decisão administrativa e pressupostos de regularidade; 5. Revisão do “ato discricionário”; 6. Correção do ato administrativo inválido; 7. O mito da administração concertada; 8. O sepultamento dos atos da Administração; 9. O sepultamento dos atos políticos ou de governo; 10. Conclusões; 11. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição brasileira vigente, que ocorrera em 05.10.1988, até a data da elaboração deste estudo passaram-se quase trinta anos. Pretende-se aqui examinar, em linhas gerais, as principais alterações que a teoria do ato administrativo sofrera durante esse período. Há, basicamente, dois tipos de conceitos jurídicos: os jurídico-positivos, que dependem do direito positivado, e os lógico-jurídicos, que independem da positividade e, por isso, podem ser universalizados<sup>1</sup>. A teoria do ato administrativo envolve conceitos lógico-jurídicos, como o conceito de norma jurídica, existência, validade e eficácia, e jurídico-positivos, como a inafastável submissão ao controle jurisdicional. Sem embargo, a teoria do direito, ao contrário da filosofia do direito, é instrumental do direito positivo, presta-se a compreendê-lo<sup>2</sup>. Por força disso, não se toma como base para este estudo uma pretensa teoria universal do ato administrativo, nem uma teoria do ato administrativo formulada à luz de ordenamentos estrangeiros, como a francesa, italiana, espanhola, portuguesa ou alemã. A teoria do ato administrativo, objeto deste estudo, é a teoria *brasileira*, tal qual foi elaborada, nas últimas décadas, pela doutrina brasileira, tendo em vista o direito positivo brasileiro. Dito isso, retoma-se: o que mudou, nos últimos trinta anos?

As mudanças foram bastante significativas. Na verdade, houve uma profunda modificação da compreensão do próprio fenômeno jurídico e, mais especificamente, do constitucionalismo. Atualmente, muitos falam em *neoconstitucionalismo*, tendo em vista a profunda revisão que o constitucionalismo sofrera. A teoria do ato administrativo mudou por força da mudança do constitucionalismo e da compreensão da aplicação do Direito.

Este estudo tem uma preocupação, de início, prioritariamente *descritiva*. Apresentar, de modo mais didático e direto possível, as principais mudanças que a teoria sofreu. Possui, porém, uma importância especial. A doutrina brasileira, quando da promulgação da Constituição, dava especial atenção à teoria do ato. De lá para cá, boa parte dos administrativistas preocupou-se com questões mais “práticas”<sup>3</sup>, gerando um

<sup>1</sup> Cf. MANUEL TERÁN, Juan. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007, p. 81-83.

<sup>2</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 15.

<sup>3</sup> Essa visão “prática” é didaticamente exposta por RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*. São Paulo: Malheiros, 2016.

progressivo desprezo à teoria do ato. Por força disso, apesar de a teoria ter sofrido profundas mudanças, a doutrina brasileira, ressalvados estudos pontuais, não atentou para elas com a devida atenção. Pelo contrário: a tendência foi o desprezo. Logo, a teoria do ato administrativo mudou radicalmente, mas essa mudança não foi acompanhada pela comunidade jurídica brasileira. Regra geral, os juristas da própria Administração Pública, os juristas dos órgãos de controle, docentes e discentes ainda, em maior ou menor grau, estão apegados às bases da teoria tradicional do ato administrativo. Por isso, é bem possível que a descrição apresentada neste estudo seja tomada, por muitos leitores, como a formulação de teses inovadoras. Espera-se, pois, apresentar um panorama, objetivo e didático, das modificações, tornando a teoria *neoconstitucional* do ato administrativo conhecida por todos.

## 2. A TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO EM OUTUBRO DE 1988

Os primeiros cursos de especialização em Direito, no Brasil, foram os cursos de direito tributário, administrativo, processo civil e constitucional, ministrados na PUC-SP<sup>4</sup>. Poucos anos depois, iniciaram-se na PUC-SP os programas de mestrado e doutorado em Direito, na gestão do Reitor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969 a 1973), fortalecendo-se na gestão subsequente, de Geraldo Ataliba (1973 a 1976). A Pós-graduação em Direito administrativo ficara ao encargo do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Durante décadas, o aclamado professor ministrou seu Curso de pós-graduação, dividindo-o em dois semestres, abordando, no primeiro trimestre, o tema da função administrativa e, nos três trimestres subsequentes, o tema do ato administrativo. Celso Antônio seguia a lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo a qual o domínio do Direito Administrativo depende do domínio da teoria do ato<sup>5</sup>. Várias dissertações e teses foram apresentadas na PUC-SP sobre o tema do ato administrativo, o que levou a um sensível aprofundamento científico. Por outro lado, é de conhecimento de todos a influência de Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello nos debates da Constituinte de 1988<sup>6</sup>. Pode-se dizer que a Constituição de 1988, em grande medida, consagrou a visão da “Turma das Perdizes”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> É o que revela CARRAZZA, Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**: o homem, o reitor, o mestre de vida. São Paulo: EDUC, 2018, p. 52 e 75.

<sup>5</sup> A lição é sintetizada por Geraldo Ataliba nestes termos: “O ato administrativo, como categoria jurídica, é fulcro desse importante ramo do direito. Solucionar as questões emergentes de seu estatuto é deter a ‘chave de abóbada’ de todo o setor”. (ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: AMARAL, Antonio Carlos. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. VIII).

<sup>6</sup> Por todos: CARRAZZA, Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**, op. cit., p. 33.

<sup>7</sup> 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.

O conceito de ato administrativo difundido por Celso Antônio decorre de uma orientação própria da Escola das Perdizes: enfrentar o vício de pressuposto metodológico que marca o Direito Administrativo<sup>8</sup>. Este ramo dogmático se originou após a Revolução Francesa ou, mais precisamente, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, criado no governo de Napoleão Bonaparte<sup>9</sup>. Sua origem é bem mais recente que o Direito privado, cujas bases advém do Direito romano. A antecedência do Direito privado em relação ao Direito administrativo gera um equívoco bastante comum: supor que a teoria desenvolvida pelos privativos seja própria da teoria geral do direito. A PUC-SP buscou o enfrentamento desse vício<sup>10</sup>. Em relação à teoria do ato administrativo, Celso Antônio percebeu a imprestabilidade da teoria privada dos atos jurídicos, assentada na *vontade*<sup>11</sup>. No Direito público, a vontade do agente ou é irrelevante ou é secundária<sup>12</sup>. Daí a proposta: ao invés da classificação privada de fatos e atos jurídicos, Bandeira de Mello propôs outra: fato administrativo é todo acontecimento do mundo real a que o Direito administrativo atribui efeitos, e ato administrativo é uma prescrição de conduta<sup>13</sup>. Noutras palavras, o fato administrativo é um evento, um acontecimento, o ato administrativo é uma norma jurídica<sup>14</sup>.

Foi nítida a influência de Kelsen na Escola das Perdizes. Na Teoria Pura do aclamado jurista austríaco, o Direito é restringido às normas jurídicas<sup>15</sup>. Dessarte: Kelsen difunde uma visão normativista do Direito pela qual este é compreendido como um

<sup>8</sup> Sobre o referido vício vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 372-373.

<sup>9</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-42. Na verdade, o Conselho de Estado foi criado em 15.12.1799, dez anos após o início, em 1789, da Revolução Francesa; o Conselho de Estado é instituído no governo de Napoleão Bonaparte, que assume o poder em 09.11.1799; surge, pois, após a Revolução Francesa (Idem, *ibidem*).

<sup>10</sup> Pioneiramente, no início da década de 1990, criou-se na Graduação a disciplina “Fundamentos de Direito Público”, justamente para enfrentar o referido vício. Cf. ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 11-13.

<sup>11</sup> No Direito privado, a classificação dos fatos e atos jurídicos assenta-se na *vontade*: se a ocorrência independe da vontade, trata-se de *fato jurídico*; se depende da vontade, *ato jurídico*; se os efeitos do ato não dependem da vontade, *ato jurídico* em sentido estrito; se dependem da vontade, *negócio jurídico*. Por todos: AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 333-335; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 237-240.

<sup>12</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-57.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-4, p. 386. Observa-se que essa classificação de ato e fato jurídico não constava da 1ª. edição dos Elementos de Direito Administrativo, cuja 7ª. tiragem foi publicada em 1988. Pode-se, portanto, afirmar que foi enunciada após a promulgação da Constituição.

<sup>14</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 60.

<sup>15</sup> Nas palavras dele: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 109.

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 normas<sup>16</sup>, 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 introduzida<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>. Com efeito: a vontade, na teoria de Celso Antônio, sequer faz parte da anatomia do ato<sup>19</sup>, não é elemento, requisito intrínseco, nem pressuposto, requisito extrínseco. Na competência vinculada, os vícios de vontade do agente não acarretam a invalidade do ato administrativo<sup>20</sup>; na competência discricionária, são relevantes porque apontam um vício de finalidade.

Quando o Direito admite duas ou mais alternativas, como igualmente válidas, imputa a escolha ao agente competente e elege a escolha como a alternativa correta. Ou seja: a vontade do Direito, no exercício da competência discricionária, é a vontade do agente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. O que importa no ato é sempre a vontade do Direito, não a vontade do agente. Se, na discricionariedade, o agente escolhe com móvel espúrio, é de se presumir — e a presunção é *juris et de jure*

<sup>16</sup> A teoria foi desenvolvida por MOUSSALLEM, Târek 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, p. 138-139).

<sup>17</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 58-63 e 105-108.

<sup>18</sup> Para André Gonçalves Pereira a “vontade normativa” existe necessariamente no ato administrativo, mas não é um elemento deste e, sim, efeito legal da reunião de todos os elementos, uma consequência imputada pela lei (PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962, p. 106). A vontade psicológica, só relevante na competência discricionária, não seria um elemento essencial, pois não existe nos atos de competência vinculada (Idem, p. 107-108).

<sup>19</sup> Segundo Ugo Forti estuda-se a *anatomia e fisiologia* do ato para identificar seus vícios, ou seja, sua *patologia*, e para corrigi-los, vale dizer, para a *terapia* do ato (FORTI, Ugo. **Lezioni di diritto amministrativo**. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 139-140).

<sup>20</sup> Nas palavras de Ernst ForsthoFF: “De ningún modo cabe considerar el acto administrativo como expresión de la voluntad psíquica del funcionario del que emana ante el hecho de las decisiones colegiales, una nueva consideración viene a refutarla: es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental. Aquí se manifiesta en forma nueva la distinción fundamental entre la declaración de voluntad del Derecho civil y el acto administrativo; éste no ha de juzgarse por la situación psicológica del funcionario del que emanan, sino exclusivamente con arreglo al sentido objetivo del obrar administrativo”. (FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 291.

— que não escolheu a alternativa que escolheria se estivesse com móvel imaculado. Logo, o móvel espúrio gera presunção absoluta de vício de finalidade<sup>21</sup>.

Houve, também, nítida influência do *legalismo*<sup>22</sup>. A teoria do ato administrativo, então em voga, possuía como segunda particularidade a infralegalidade. O ato administrativo, afirma Celso Antônio até hoje, é uma declaração “manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento”<sup>23</sup>. Segundo essa posição, seriam inadmissíveis atos administrativos *contra legem* ou *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>. Em assonância com esse entendimento, adotava-se, também, uma visão legalista da discricionariedade, segundo a qual a fonte da competência discricionária seria a lei<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>. Entre nós, Pontes de Miranda havia desenvolvido a teoria para os fatos jurídicos<sup>28</sup>. Ele próprio previu a possibilidade de estendê-la às normas jurídicas,

<sup>21</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 74-75.

<sup>22</sup> O Legalismo é associado à *Escola exegetica*. 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, p. 84-89).

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-16, p. 397.

<sup>24</sup> Idem, Cap. II-7, p. 104; STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Sirey, 1954, p. 69.

<sup>25</sup> Coerente com essa posição, no XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, Celso Antônio Bandeira de Mello, na conferência de abertura realizada em 18.11.1988, defendeu a impossibilidade de o Executivo negar aplicação à lei inconstitucional (O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, p. 12-18, 1997).

<sup>26</sup> A posição corrente antes de 1988, prevalece até hoje entre os administrativistas de escol. Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIX, p. 992 et seq.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 23, p. 12-23, 1998, p. 15.

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §9.1, p. 84; Tomo IV, §356-1, p 61-62.



mas não desenvolveu a extensão<sup>29</sup>. Assim como os fatos, as normas podem ou não existir no mundo jurídico; se existirem, podem ser válidas ou inválidas, eficazes ou ineficazes<sup>30</sup>. Era corrente na doutrina brasileira falar-se em requisitos do ato administrativo, sem preocupação com a diferença de planos<sup>31</sup>. Celso Antônio diferenciou, mesmo antes de 1988, os elementos, aspectos intrínsecos do ato, necessários para que o ato exista; dos pressupostos, aspectos extrínsecos, necessários para que o ato seja válido<sup>32</sup>.

O entendimento que prevaleceu durante décadas no Direito administrativo era o entendimento corrente no Direito privado: atos nulos não geram efeitos (*quod nullum est nullum producit effectum*). Seguindo a premissa, originada no Direito romano, o ato nulo era considerado um ato inexistente<sup>33</sup>. Por isso, a invalidação era considerada *declaratória* e não *desconstitutiva*: declarava que o ato não ingressou no mundo jurídico e, pois, não gerou efeitos. Tinha, por definição, eficácia *ex tunc* e *ab initio*: afastava todos os supostos efeitos do ato desde a sua edição, pois, simplesmente, negava seu ingresso no mundo jurídico. Por isso, para a doutrina prevalente, diante de uma invalidade, dever-se-ia seguir a invalidação do ato<sup>34</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi um dos maiores opositores, na teoria do ato administrativo, a esse entendimento. Ao acolher a diferença de planos, diferenciou o ato inexistente do ato inválido. Este, por definição, existe no mundo jurídico e, se for eficaz,

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §9.1, p. 84; Tomo IV, §359-1, p. 77.

<sup>30</sup> A teoria dos três planos é aplicada às normas jurídicas por: BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975, p. 37; NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41 et seq. O último observa que, ao fazer a extensão, faz-se necessário “adaptar” a teoria ponteana, pois as normas, ao contrário dos fatos, não têm “existência real, mas sim autoconsistência significativa” (Idem, p. 42). Por isso, prefere o termo “pertinência” à existência (Idem, ibidem).

<sup>31</sup> Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed., 2. tir. (última edição que o autor publicou em vida) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 127. Para Hely o ato administrativo possui cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (Idem, ibidem).

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33 et seq.; **Elementos de direito administrativo**, op. cit., p. 39-41 e 42-49. Posteriormente, o aclamado administrativista aprofundou ainda mais sua teoria e identificou pressupostos de existência, aspectos extrínsecos condicionantes da existência e não da validade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-29-30, p. 407-408.

<sup>33</sup> Por todos, sobre a nulidade no Direito romano, afirma Ricardo D. Rabinovich-Berkman: “‘Nulo’ es un adjetivo que en latín significa literalmente ‘ninguno’, da la idea de que el ente al que se refiere no existe, que no lo hay. Por ejemplo: ‘las noticias son nulas’, quería decir ‘no hay noticias’, ‘no existen noticias’. De modo que, referido al negocio, daba a entender que no había tal negocio. Ésa es, a nuestro entender, la verdadera clave de la nulidad: en realidad, no ‘hay un acto nulo’, sino que ‘no hay ningún acto’”. E pouco adiante adverte: “Pero debe tenerse cuidado, porque en el siglo XX se desarrolló la categoría del acto ‘inexistente’ como una forma de negocio inválido diferente del nulo. Por discutible que pueda ser esa clasificación – debate que no tiene lugar en este libro –, lo cierto es que se trata de un criterio ajeno al derecho de Roma, donde todo hace pensar que la nulidad implicaba una forma de inexistencia, la inexistencia del acto jurídico como tal (aunque pudiera subsistir como otra cosa, concretamente como hecho voluntario, ilícito o irrelevante para el ordenamiento)”. (**Derecho romano**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 459).

<sup>34</sup> Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 181-184.



gera efeitos jurídicos. Por isso, é possível juridicamente corrigir o vício do ato inválido, mantendo-o no sistema. Daí a *teoria da convalidação* do ato administrativo, aceita e divulgada, antes de 1988, pelo aclamado administrativista<sup>35</sup>. Celso Antônio<sup>36</sup> e, antes dele, seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>37</sup>, também admitem a *conversão* do ato, mas pouco disseram sobre ela. O último também se refere à *redução*<sup>38</sup>, chamada de *reforma*, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>39</sup> e Edmir Netto de Araújo<sup>40</sup>. Aliás, em obra clássica, Miguel Seabra Fagundes defendeu, bem à frente de seu tempo, a possibilidade de manutenção no mundo jurídico do ato inválido com total ou parcial aproveitamento de seus efeitos<sup>41</sup>. Tratar-se-á adiante das hipóteses de sanamento do ato, bastando, por ora, evidenciar que parcela da doutrina já admitia, de longa data, a correção dos atos inválidos.

Sem embargo, em relação à invalidação, até a 16ª. edição de seu Curso, publicada em 2003, o ínclito professor paulista defendia a consagrada posição de que a invalidação sempre geraria efeitos *ex tunc* e *ab initio*. Na 17ª. edição, publicada em 2004, alterou sua posição e passou a defender que a invalidação terá efeitos *ex nunc* se os atos forem *ampliativos* e o administrado não tenha concorrido para o vício<sup>42</sup>. Pode-se dizer, então, que quando da promulgação da Constituição de 1988, era pacífica na doutrina brasileira a tese de que a invalidação era sempre *ex tunc* e *ab initio*. Aliás, não se admitia, naquela época, a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. Seguiu-se a teoria clássica: a declaração de inconstitucionalidade é propriamente uma declaração, pois declara que a lei não entrou no mundo jurídico e, por isso, não gerou efeitos<sup>43</sup>. Na Assembleia nacional constituinte, o então senador Maurício Correa

<sup>35</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos do ato administrativo**, op. cit., p. 94-96. Sobre a convalidação, na doutrina brasileira, destacam-se: REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, §28, p. 82; 2ª., 1980, §28, p. 68; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969; §55.4, p. 588; 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, §55.4, p. 664; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Extinção dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, §21, p. 70-72; SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 50 et seq.; ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**, op. cit., p. 95-96; **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-164, p. 491.

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, §55.3, p. 633.

<sup>38</sup> Idem, ibidem.

<sup>39</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 208.

<sup>40</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999, p. 147.

<sup>41</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, §28, p. 52-54, em especial rodapé 74. A primeira edição da obra data de 1941.

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, Cap. VII-148 e 172, p. 426 e 439; 33. ed., Cap. VII-149 e 173, p. 482 e 495-496.

<sup>43</sup> Nesse sentido, por todos: BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004, p. 43; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 139.

apresentou proposta de inserção no texto de dispositivo similar ao artigo 282, n. 4, da Constituição portuguesa, mas a proposta foi rejeitada<sup>44</sup>. Pode-se, então, afirmar que na teoria brasileira do ato administrativo, em outubro de 1988, já havia quem sustentasse a possibilidade de correção dos vícios do ato inválido, pela convalidação, conversão, redução ou reforma, mas era praticamente unânime que a invalidação, quando efetuada, tinha efeitos *ex tunc* e *ab initio*. A teoria, nos termos antecipados, foi sensivelmente alterada. Após um breve resumo da teoria do ato em 1988, passa-se a examinar as alterações que sofrera nas últimas décadas.

### 3. REVISÃO NEOCONSTITUCIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O termo “neoconstitucionalismo” é envolto numa série de controvérsias<sup>45</sup>, o que gera para quem o utiliza o ônus de explicitar o sentido em que o faz. A pertinência do prefixo (neo) é didaticamente elucidada tomando-se por base a teoria pura de Hans Kelsen. A premissa fundamental da teoria pura é a subjetividade de toda valoração, vale dizer, toda valoração é um fato do pluralismo, depende, sempre, da opinião de cada um<sup>46</sup>. Caso se perguntasse a Kelsen a razão de uma imputação normativa, a resposta certamente seria: porque o agente competente assim quis. A teoria pura, do ponto de vista jurídico, admite, sem problemas, a arbitrariedade da imputação normativa. Com o fim do Nazismo, essa concepção teórica entrou em grave crise, motivada pela defesa dos nazistas. Um bom exemplo é apresentado na obra de Hannah Arendt sobre o julgamento de Eichmann<sup>47</sup>. Este se defendeu de modo similar a todos os nazistas levados a julgamento: afirmou que havia cumprido a lei. Estava certo, pois, conforme informa com bastante proficiência François Rigaux<sup>48</sup>, as leis raciais do Estado nazista foram aprovadas pelo Parlamento, consideradas válidas por boa parte da doutrina da época e, pior do que isso, consideradas válidas pela jurisprudência, até mesmo pelo Tribunal Constitucional Alemão. A concepção então em voga de que, valendo-se do difundido conceito de Seabra Fagundes, administrar é “aplicar a lei de ofício”<sup>49</sup> entrou em crise. A comunidade jurídica não tolerou mais imputações arbitrárias e não se contentou com o cego cumprimento da lei.

<sup>44</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 19-27, 1995, p. 24, rodapé 40.

<sup>45</sup> Sobre elas, 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.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 103-105.

<sup>47</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 152 et seq.

<sup>48</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107-130.

<sup>49</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., §2º, p. 3.

Muitos teóricos passaram, então, a associar o Direito a exigências morais. Gustav Radbruch reviu sua teoria e passou a afirmar que a intolerável injustiça não é Direito<sup>50</sup>. Inspirado em Radbruch, Robert Alexy sustenta a indissociável vinculação do Direito a uma *pretensão de correção*<sup>51</sup>. O Tribunal Constitucional Alemão contribuiu para consagração da tese ao afirmar, no caso *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198), que a Constituição compreende uma “ordem objetiva de valores”<sup>52</sup>. Alexy, então, a partir da proposta da Ronald Dworkin<sup>53</sup>, denominou os valores positivados de princípios jurídicos<sup>54</sup>. A expressão, que já era apontada como ambígua<sup>55</sup>, passou a ser correntemente utilizada no Direito em dois significados distintos: como elemento estruturante de um regime jurídico, referindo-se a seus alicerces, a seus estandartes, e como valor positivado, mandados de otimização<sup>56</sup>. Em assonância com essas propostas, a partir das contribuições de Konrad Hesse<sup>57</sup>, Karl Larenz<sup>58</sup> e Canotilho<sup>59</sup>, toda norma passou a ser considerada parte integrante do processo de concretização dos valores constitucionais. Logo, toda regra jurídica, seja abstrata ou concreta, individual ou geral, concretiza um ou mais *princípios* (valores positivados). Os conceitos alteraram, também, a compreensão sobre a aplicação do Direito: antes, restringida à *subsunção*, agora, abrangente da *ponderação*. Nos termos já explicados, ato administrativo é uma norma jurídica; como toda norma, concretiza um princípio, ou seja, um valor positivado expressa ou implicitamente na Constituição.

Ates do neoconstitucionalismo o Direito era compreendido como um conjunto de normas — regras — aplicáveis por subsunção. Os princípios, enquanto elementos estruturantes, tinham apenas a missão de indicar o sentido e o alcance das normas — regras —, caso elas fossem compatíveis com eles, ou de sua invalidade, caso fossem

<sup>50</sup> RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999, p. 34-37.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005, p. 35.

<sup>52</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 387-388.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Capítulo 2, p. 23-72.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. 3, p. 90-91 e 147.

<sup>55</sup> Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 210-212.

<sup>56</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-29.

<sup>57</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108 *et seq.*

<sup>58</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 443-444.

<sup>59</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1139.

incompatíveis. A aplicação do Direito dava-se nestes termos: com a ocorrência de um fato, no mundo fenomênico, correspondente à descrição da hipótese normativa, era possível a subsunção, vale dizer, a constatação dessa identidade entre o fato ocorrido e a hipótese estabelecida na norma; e, feita a subsunção, seguia-se a aplicação da norma, ou seja, a imputação, ao fato, das prescrições estabelecidas no consequente normativo. Com o 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<sup>60</sup>; mas, por força do novo sentido a eles atribuído, a aplicação do Direito passou a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição.

Para entender a mudança, explica-se, resumidamente o exercício da função legislativa e administrativa a partir de um exemplo. Cabe ao Legislador 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. Suponha-se que escolha concretizar o princípio de proteção ao meio ambiente — P1 — e decida estabelecer como meio de concretização — M1 — a imposição a todos os proprietários de veículos automotores, após determinado prazo, que instalem um filtro em seus veículos sob pena de apreensão do veículo. A medida contraria outros princípios constitucionais, como a proteção da propriedade, a liberdade de locomoção etc., simplificada e identificados por P2. Realizada a ponderação no plano abstrato (entre P1 e P2), suponha-se que o Legislador conclua ser proporcional a fixação da medida (M1) e aprove a referida lei. A decisão passa a constar de uma regra, fruto de uma decisão do Legislador. No sistema, há princípios que dão suporte às decisões discricionárias dos agentes competentes, no caso, o princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (Pfl)<sup>61</sup>. Com a edição da referida lei, o peso de P1 é acrescido do peso desse princípio formal (P1 + Pfl).

Cabe à Administração Pública realizar a *ponderação* no plano concreto. Com o neoconstitucionalismo, é descabido falar em: a) arbitrariedade da imputação, que só é válida se resultar numa proporcional concretização de um valor constitucional; b) cego cumprimento da lei, que só deve ser aplicada à medida que cumpra o programa

<sup>60</sup> O princípio-elemento estruturante e o princípio-valor positivado coexistem atualmente no Direito. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 21 et seq.; MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. **Revista Colonistas de Direito do Estado**, n. 216, 20.07.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/77xgJn>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

<sup>61</sup> Sobre a teoria dos princípios formais vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo**. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

constitucional. Pois bem, na ponderação concreta, a Administração não ponderará entre “P1” e “P2”, mas entre “P1 + Pfl” e “P2”. Por força do peso de “Pfl”, sendo válida a lei no plano abstrato — vale dizer, não contrariando o postulado da proporcionalidade —, como regra geral a Administração executará a medida legislativa. Excepcionalmente, porém, o peso de princípios opostos será superior ao peso de “P1 + Pfl”. No exemplo dado, é fácil perceber: suponha-se que o veículo sem filtro seja uma ambulância, veículo automotor que, como todo veículo, prejudica o meio ambiente, ou seja, contraria “P1”. O peso do dever de proteger a vida das pessoas (P2) é, nesse caso, superior ao peso do dever de proteger o meio ambiente (P1), mesmo considerando o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador ( $P2 > P1 + Pfl$ ). A Administração deverá, então, em cumprimento direto da Constituição, na ponderação concreta, deixar de apreender a ambulância, apesar da regra legislativa. O ato administrativo, como toda norma jurídica, para ser válido, deve corresponder à correta ponderação dos princípios constitucionais.

#### 4. PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA E PRESSUPOSTOS DE REGULARIDADE

Compreender toda norma, abstrata ou concreta, legislativa ou administrativa, como fruto do processo de concretização dos valores constitucionais levou a uma profunda revisão da teoria da decisão pública. Para editar uma norma faz-se necessário, regra geral, ouvir os destinatários<sup>62</sup>. Antes do *neoconstitucionalismo*, o processo administrativo consagrou-se como importante *garantia individual*: todo aquele que litigar com a Administração tem, nos termos do inciso LV do artigo 5º. da Constituição, direito ao contraditório e à ampla defesa. Assegura-se, pois, o direito de o administrado participar do processo decisório, mediante uma série de prerrogativas que visam ao acolhimento de sua pretensão. Essa influência só é viabilizada por meio do *processo administrativo*, ou melhor, mediante os vários direitos inerentes ao contraditório e à ampla defesa, dentre eles o direito de ser notificado, de ser ouvido, de realizar prova, de se manifestar. Trata-se do processo administrativo *de defesa*, em que há um litígio entre administrado e Administração<sup>63</sup>. Com o *neoconstitucionalismo*, passa-se a exigir o processo administrativo mesmo quando não haja litígio ou acusação; nasce, então, o processo administrativo *de participação*, em que, mediante audiências e consultas públicas, assegura-se o direito de participar do processo decisório da Administração, influenciando-a a decidir de acordo com a pretensão do administrado. Trata-se de um direito político, decorrente do princípio democrático<sup>64</sup>. Em suma: passa a ser a regra,

<sup>62</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 302-306.

<sup>63</sup> Idem, p. 309-312.

<sup>64</sup> Idem, p. 312-320.

não restrita aos casos de litígio, que toda decisão administrativa pressuponha a prévia instauração de um processo administrativo.

Multiplicam-se, então, os *vícios formais* do ato administrativo, que não dizem respeito ao conteúdo do ato, estes chamados de *vícios materiais*<sup>65</sup>. Os vícios formais compreendem os *vícios de pressuposto subjetivo*<sup>66</sup>, referentes à irregularidade na competência administrativa, e parte dos *vícios de pressuposto objetivo*, mais precisamente dos vícios de *requisitos procedimentais*, decorrentes da não instauração do processo administrativo de defesa ou de participação, ou, quando instaurados, da deficiência desses processos. Chamam-se *requisitos procedimentais* do ato administrativo os atos que devem ser previamente editados para que o ato administrativo seja considerado regular<sup>67</sup>. O processo administrativo passa a ser necessário para a correção do conteúdo do ato, pois a partir dele são definidas as circunstâncias fáticas relevantes, a finalidade pública a ser perseguida e o meio de atuação administrativa. O *pressuposto objetivo* também diz respeito ao *motivo* do ato, vale dizer, às circunstâncias fáticas ("C") que exigem ou facultam a sua edição<sup>68</sup>. O *pressuposto teleológico* de regularidade do ato administrativo refere-se à sua finalidade e esta consiste na concretização do princípio (ou princípios) mais pesado(s) no caso concreto ("P")<sup>69</sup>. O *pressuposto material* consiste na *contentorização* do ato, no meio de concretização do referido princípio ("M")<sup>70</sup>. O *pressuposto lógico* diz respeito à *causa*, ou seja, a adequação da medida de concretização, tendo em vista às respectivas circunstâncias fáticas, ao princípio que se pretende concretizar<sup>71</sup>. Tanto a definição de "P" como a definição de "M" exigem a participação dos destinatários da decisão, que podem revelar novos aspectos fáticos ("C"), apresentar novos argumentos, convencer, enfim, a autoridade pública sobre o interesse público a ser perseguido e o meio de sua realização. É no processo

<sup>65</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 152-153.

<sup>66</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os pressupostos de validade em cinco: *subjetivo*, que diz respeito ao sujeito que edita o ato; *objetivo*, que diz respeito aos requisitos procedimentais e ao motivo; *teleológico*, que diz respeito à finalidade; *lógico*, que diz respeito à causa; *formalista*, que diz respeito à formalização (**Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII, § 31 a 56, p. 408-425). Na verdade, trata-se de pressuposto de regularidade do ato, pois eles podem não estar presentes e o ato ser válido, caso dos atos irregulares. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 148. Acrescenta-se, além disso, mais um pressuposto à classificação proposta por Bandeira de Mello: o pressuposto material, que diz respeito à contentorização do ato administrativo (Idem, p. 206-215).

<sup>67</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 416-417; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 148-156.

<sup>68</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 409-410; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 216-228.

<sup>69</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 191 a 206.

<sup>70</sup> Idem, p. 206 a 215.

<sup>71</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 228-235. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a causa do ato como o vínculo de pertinência lógica entre o conteúdo e o motivo tendo em vista a finalidade (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 420-423).

administrativo que se definem quais são os interesses relevantes para a ponderação administrativa<sup>72</sup>. Daí dois vícios mencionados por David Duarte: o *desvio negativo da ponderação*, quando não forem introduzidos na ponderação interesses que deveriam ser considerados, e o *desvio positivo da ponderação*, quando o decisor incorpora interesses impertinentes<sup>73</sup>.

Realizado o processo administrativo, assegurando-se ao administrado a possibilidade de influenciar quem vai tomar a decisão administrativa, esta, para ser adotada, exige um *procedimento*: identificar as circunstâncias fáticas, os princípios (valores) incidentes, e ponderar esses valores. Antes do neoconstitucionalismo, a regra era que o motivo do ato deveria corresponder à hipótese de uma regra legislativa (atuação administrativa *secundum legem*)<sup>74</sup>. Hoje, nos termos explicados, excepcionalmente admitem-se atos administrativos fundamentados diretamente na Constituição e, pois, a atuação administrativa sem lei que a fundamente (*praeter legem*) e, até mesmo, contra expressa disposição legal (*contra legem*). Os vícios de finalidade e de contentorização podem decorrer da *falta de ponderação*, quando ela sequer é realizada, do *deficit de ponderação*, quando ela é realizada, mas não são levados em consideração todos os princípios incidentes, e de *desproporção da ponderação*, quando são levados em consideração todos os princípios incidentes, mas não são atribuídos a eles os pesos corretos<sup>75</sup>. Por fim, tomada a decisão, o ato deve ser corretamente exteriorizado, *pressuposto formalístico* do ato administrativo<sup>76</sup>, com a devida comunicação ao administrado, possibilitando-lhe impugnar eventual contrariedade ao Direito.

## 5. REVISÃO DO “ATO DISCRICIONÁRIO”

A doutrina, mesmo antes do neoconstitucionalismo, já havia consagrado o entendimento de que inexistem “atos discricionários”, o que é discricionária ou vinculada é a competência<sup>77</sup>. Houve, contudo, uma alteração relevante: no passado, considerava-se

<sup>72</sup> Nesse sentido, afirma David Duarte: “O processo de seleção dos interesses relevantes passa, ele próprio, por dois momentos intelectuais distintos. É necessário, em primeiro lugar, fazer a reunião do material de ponderação absorvido ao longo do procedimento, momento decisório que já é, em si, resultado das ponderações parciais que o procedimento potencia. Em segundo lugar, a ponderação que subjaz à decisão passa pela determinação da relevância dos interesses para a ponderação e, assim, pela aferição de quais devem ser ponderados pelo decisor”. (**Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 395.

<sup>73</sup> DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**, op. cit., p. 461-462.

<sup>74</sup> Cf. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**, op. cit., p. 69.

<sup>75</sup> Cf. ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. de 2000, p. 35; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 197-198.

<sup>76</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 423-425; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 253-257.

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, op. cit., p. 18.



que a fonte da discricionariedade legislativa era a lei; atualmente, considera-se que a fonte é o Direito globalmente considerado.

Quem criava a situação discricionária, segundo o entendimento anterior, era o Legislador, por meio de normas legislativas incompletas ou parcialmente incompletas. O Legislador remetia à Administração, em texto expresso, a competência para, à luz do caso concreto, completar a disciplina normativa. Se a lei não fosse incompleta, inexistiria discricionariedade. Tudo mudou com o neoconstitucionalismo: nos termos já explicados, cabe à Administração realizar uma ponderação no plano concreto e, ao fazê-lo, é possível afastar o resultado da ponderação realizada no plano abstrato; o que definirá se há vinculação — uma solução possível — ou discricionariedade — duas ou mais soluções possíveis — é o *resultado* da ponderação concreta e não a incompletude normativa<sup>78</sup>.

É perfeitamente possível que a lei seja incompleta, abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita uma única solução — a competência será vinculada, apesar da incompletude da norma abstrata. Por outro lado, é possível que a lei seja completa, não abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita duas ou mais soluções. É tanto possível que o Direito exija o afastamento da solução legal, e imponha uma outra solução, gerando, também, uma competência vinculada; como também que o Direito aceite, no caso concreto, duas ou mais possibilidades, configurando-se uma competência discricionária.

Disso não decorre que o Legislador não exerça papel algum na configuração da competência discricionária. Quanto mais completa for a lei, maior o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador; quanto mais incompleta for a lei, menor o peso desse princípio formal. Portanto, a incompletude legislativa gera um indício de discricionariedade administrativa, a ser confirmado no caso concreto; a completude legislativa, ao revés, gera um indício de vinculação.

Ainda hoje, muitos na comunidade jurídica prendem-se a uma compreensão antiga da discricionariedade, que a aproximava bastante da arbitrariedade. Era comum, na prática administrativa, entender a discricionariedade como verdadeira liberdade de escolha atribuída ao agente competente. Hoje, o entendimento está sepultado: a discricionariedade deve ser exercida com respeito ao princípio da boa administração<sup>79</sup>. Sempre que a Administração Pública escolher um meio de concretização de um valor constitucional (princípio), deve escolher o melhor meio<sup>80</sup>. A mudança na prática administrativa foi radical: quando da escolha de alguém para ocupar um cargo em comissão,

<sup>78</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 176 et seq. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 106 et seq.

<sup>79</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, op. cit., p. 32.

<sup>80</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 09-33, jan.-jun. 2017, p. 30-31.

por exemplo, não basta ao nomeante respeitar os condicionamentos legais, deve escolher quem, dentre os interessados, for o melhor para realização do interesse público<sup>81</sup>. Somente se, dentre os interessados, não for possível dizer que um é, do ponto de vista objetivo, melhor que o outro, o Direito aceita indiferentemente a nomeação de um ou de outro, e imputa a escolha ao agente competente. Mesmo nesse caso, contudo, não haverá liberdade de escolha: caso o agente público esteja com móvel espúrio, presumir-se-á o vício de finalidade ou de contentorização, e a nomeação será inválida.

## 6. CORREÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Presentes os pressupostos subjetivo, objetivo, teleológico, material, lógico e formalístico, o ato é regular, não contraria o Direito. Caso não haja 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<sup>82</sup>, 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 fáticas.

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. Para Celso Antônio o ato existirá se possuir dois elementos — conteúdo e forma — e dois pressupostos de existência — pertinência à função administrativa e objeto<sup>83</sup>. Discorda-se parcialmente quanto aos pressupostos: prefere-se chamar o primeiro de habilitação do editor para editar o ato administrativo e propõem-se outros dois pressupostos de existência: mínimo de eficácia social e não concretização de intolerável injustiça<sup>84</sup>. Presentes os elementos e os pressupostos de existência, o ato existe no mundo

<sup>81</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Análise jurídica da nomeação de Lula. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 120, 25.03.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/DdYDso>>. Acesso em 28.04.18; MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para angelização da discricionariedade. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 171, 17.05.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/yzMCqJ>>. Acesso em 28.04.18.

<sup>82</sup> Sobre os atos irregulares vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 483-487; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 269-274.

<sup>83</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 405-409.

<sup>84</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 128-138.

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.

Há princípios que atuam em prol da invalidação do ato e a desconstituição de seus efeitos, como o princípio da juridicidade e o aspecto objetivo da segurança jurídica<sup>85</sup> (P1); há, contudo, princípios que atuam em prol da manutenção do ato inválido e de seus efeitos, como a estabilização das relações jurídicas, aspecto subjetivo da segurança jurídica<sup>86</sup>, bem como o princípio da confiança legítima<sup>87</sup> (P2). Quanto mais efeitos o ato gerou e quanto maior o tempo decorrido entre a edição do ato e o momento do controle, maior é o peso de P2 e menor é o peso de P1. A boa-fé ou a má-fé do agente público e do administrado também interferem na ponderação, podendo aumentar o peso de P1 ou de P2, dependendo do fato de se tratar de atos favoráveis ou desfavoráveis à esfera jurídica do administrado<sup>88</sup>. Em suma, sem ponderação não é possível corrigir satisfatoriamente o ato inválido.

Tornou-se evidente que da invalidade não se segue necessariamente a invalidação. Pelo contrário: ela se tornou excepcional. A ponderação pode indicar que o Direito exige: a) a *convalidação*, correção retroativa do vício, tornando o ato, desde o momento de sua edição, válido e mantendo todos os seus efeitos jurídicos<sup>89</sup>; b) a *redução* ou a *reforma*, afastamento retroativo de parte do conteúdo do ato, mantendo no mundo jurídico a outra parte, desde a edição do ato, e de todos os efeitos gerados pela parte mantida<sup>90</sup>; c) a *conversão*, a alteração retroativa do conteúdo do ato, transformando-o, desde o momento de sua edição, em outro e aproveitando todos os efeitos gerados para esse outro ato<sup>91</sup>. A ponderação pode indicar que o Direito não admite a convalidação, a redução

<sup>85</sup> Sobre o aspecto objetivo da segurança vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 306-313.

<sup>86</sup> Idem, ibidem.

<sup>87</sup> Sobre ele vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 313-316.

<sup>88</sup> Idem, p. 316-323.

<sup>89</sup> Sobre a convalidação do ato vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 223-231.

<sup>90</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 221; **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 277-278. Sobre a redução do negócio jurídico privado vide: GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 315-330. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello chama o instituto de *redução* (**Princípios gerais de direito administrativo**, §§55.3, p. 663). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 208) e Edmir Netto de Araújo (**Convalidação do Ato Administrativo**, op. cit., p. 147) chamam-no de *reforma*.

<sup>91</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 221; **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 275-277. Sobre a conversão do negócio jurídico privado,

ou reforma, a conversão, mas também não admite a pura e simples invalidação: exige a invalidação e concomitante edição de novo ato com conteúdo idêntico — algo similar a uma convalidação irretroativa — parcialmente idêntico — algo similar a uma redução ou reforma irretroativa — ou diferente do ato inválido — algo similar a uma conversão irretroativa<sup>92</sup>. Pode indicar também que o Direito não permite mais a correção do vício, porque, com o passar do tempo e/ou com os efeitos gerados, o ato inválido converteu-se num ato irregular, e o Direito, que exigia a correção, passou a desprezar o vício, é a chamada *estabilização* do ato administrativo<sup>93</sup>. Pode indicar que o Direito ainda exige a correção, mas, com o decurso do tempo e a geração de efeitos, houve uma *mutação do dever de corrigir*: antes exigia a invalidação, mas passou a exigir, a convalidação, a redução ou reforma, a conversão<sup>94</sup>.

Quando o Direito impuser a *invalidação*, nem sempre esta será *ex tunc* e *ab initio*. Para a correção de normas legislativas abstratas, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento, hoje positivado no artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, de que a invalidade, muitas vezes, impõe a *modulação de efeitos*. Estabelece o referido dispositivo que, por maioria de dois terços, o STF pode determinar que a invalidação seja: a) *ex nunc*; b) *ex tunc* e não *ab initio*; c) *pro futuro*. No primeiro caso, os efeitos são mantidos até a data do julgamento; no segundo, até uma data intermediária entre a edição da norma e o julgamento; no terceiro, até uma data posterior a do julgamento. O que é fundamental perceber é que a modulação de efeitos não decorre da referida regra legislativa, mas da ponderação dos princípios. Tanto é verdade que mesmo sem lei que lhe dê arrimo, o STF valeu-se da modulação no controle difuso de constitucionalidade<sup>95</sup>. Se a *ponderação* realizada quando do controle de uma norma legislativa abstrata pode exigir a modulação dos efeitos da invalidação, igual solução pode decorrer da ponderação realizada quando do controle do ato administrativo. Logo, a invalidação do ato administrativo pode ser: a) *ex tunc* e *ab initio*; b) *ex tunc* e não *ab initio*; c) *ex nunc*; d) *pro futuro*<sup>96</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende, hoje, que a invalidação será irretroativa quando o ato for ampliativo de direito e editado sem que o administrado tenha dado causa ao vício e será *ex tunc* e *ab initio* nos demais casos<sup>97</sup>. Respostas

---

vide: GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**, op. cit., p. 331-356; NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>92</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 282-283.

<sup>93</sup> Idem, p. 295-299. Sobre a estabilização do ato, vide: BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101 et seq.

<sup>94</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 282-283.

<sup>95</sup> STF, RE 276546, Pleno, Relator(a) Min. Maurício Corrêa, j. em 31/03/2004, DJ 21-05-2004 p. 35, EMENT v. 02152-03, p. 00518. Nesse julgado, o STF considerou que se ater aos limites estabelecidos na literalidade do texto originário do art. 29 da CF/88 para o número máximo de vereadores viola a proporcionalidade, atribuiu eficácia *pro futuro* à decisão e determinou que o entendimento só fosse imposto nas eleições subsequentes.

<sup>96</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 406 a 423.

<sup>97</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 495-496.

categóricas no plano abstrato — sem a consideração das circunstâncias fáticas — próprias de uma concepção do direito restrita às regras jurídicas e à aplicação por subsunção — levam, geralmente, a equívocos. Basta um exemplo para demonstrar: suponha-se a licença para produção de um alimento editada com boa-fé, ato indiscutivelmente ampliativo de direito; suponha-se que se descubra posteriormente que o alimento leve à morte das pessoas. É praticamente indiscutível que, nesse caso, deve-se invalidar a licença com eficácia *ex tunc* e *ab initio*, de modo a salvar o maior número possível de vidas.

A partir desse rápido exame, evidencia-se que a correção do vício do ato administrativo exige uma ponderação para apurar se o Direito exige ou faculta a invalidade do ato e exige ou faculta a desconstituição total ou parcial dos efeitos gerados. É possível que o Direito imponha um dos referidos resultados — e a escolha do meio de correção seja vinculada —, ou que admita duas ou mais possibilidades — e a escolha do meio de correção seja discricionária. A invalidade do ato administrativo mostrou-se um problema jurídico bem mais complexo do que se supunha no passado. O surpreendente é que muitos operadores do Direito, e até muitos controladores da atuação administrativa, estão ainda presos ao dogma de que atos nulos não produzem efeitos e, pois, de que à invalidade segue-se a invalidação retroativa e *ab initio*. No atual momento histórico, trata-se de uma supina incompreensão do fenômeno jurídico. Atualmente, não há como fugir desta conclusão: a invalidação é hoje excepcional; a invalidação inteiramente retroativa é mais excepcional ainda.

## 7. O MITO DA ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA

Nos últimos anos, vem se tornando cada vez mais corrente a tese de que o *ato administrativo* é um fenômeno próprio de uma era autoritária do Direito administrativo e, assim, incompatível com sua etapa atual. Muitos propõem, então, a substituição, em grande medida, do ato administrativo pelo contrato administrativo, pois a Administração, atualmente, deve pretender o acordo com o administrado ao invés de impor unilateralmente suas decisões, daí os epítetos *Administração consensual* ou *concertada*<sup>98</sup>. Trata-se de um mito, assentado em graves equívocos conceituais.

Celso Antônio Bandeira de Mello, num dos últimos estudos que publicou sobre o tema, afirmou que a teoria do ato administrativo padece de um vício de origem, pois foi construída tendo em vista apenas os atos *restritivos de direito*<sup>99</sup>. Tanto é verdade, afirma o aclamado administrativista, que os franceses costumam conceituá-lo como

<sup>98</sup> Sobre o tema, na doutrina brasileira, destaca-se, por todos: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152 et seq.

<sup>99</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58-63.

uma “decisão executória”<sup>100</sup>. Ainda que seja verdadeira essa constatação — de que a doutrina francesa se preocupou apenas com as decisões unilaterais restritivas de direitos —, ela não torna autoritário o instituto. A teoria do ato administrativo é uma teoria *instrumental*, enunciada para compreensão do fenômeno jurídico, similar à teoria da norma jurídica. Ainda que seja possível uma *leitura* autoritária da teoria da norma, não é possível dizer que ela, em si, seja autoritária.

Antes de enfrentar a segunda assertiva — a possibilidade de substituição do ato pelo contrato — é mister observar o seguinte: o “contrato” celebrado pela Administração não é propriamente um contrato. Trata-se aí de um vício de pressuposto metodológico, assumir conceitos elaborados pelos privatistas como próprios da teoria geral do Direito<sup>101</sup>. A Administração Pública não possui autonomia de vontade e, por isso, não celebra, propriamente “contratos”. Os impropriamente chamados “contratos administrativos” são decisões da Administração que dependem da manifestação de outra pessoa para formar o conteúdo do ato. Trata-se de *atos administrativo bilaterais*<sup>102</sup>. Quem tenta compreendê-los a partir da teoria dos contratos, não chega a bom êxito; tudo fica mais fácil quando se parte da teoria do ato administrativo<sup>103</sup>. A título de exemplo: toda norma editada pelo Estado só pode ser extinta ou modificada pelo próprio Estado; do mesmo modo, é possível a extinção unilateral ou a modificação unilateral do contrato administrativo, mas apenas quando empreendidas pelo Poder Público. Se o particular pretender rescindir o contrato, terá que requerer à Administração ou ao Judiciário que efetue a rescisão. Logo, supor que os contratos administrativos afastaram a teoria do ato como base teórica do Direito administrativo é um equívoco, pois os próprios contratos celebrados pela Administração são atos administrativos e são compreendidos à luz da teoria destes.

Feita essa ressalva, é, regra geral, impossível substituir um ato unilateral por um contrato. Celso Antônio Bandeira de Mello apresentou três diretrizes que fundamentam essa assertiva. Primeira: nem por ato unilateral, nem por contrato podem ser modificadas disposições de lei<sup>104</sup>. Segunda: não pode a Administração renunciar ao exercício de competências e assumir o compromisso de não realizar o que venha a se configurar

<sup>100</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58. Nesse sentido, Jean Rivero e Jean Waline afirma sobre o tema: “l’acte unilatéral occupe, en droit administratif, une place beaucoup plus considérable qu’en droit privé; sous la forme de la décision exécutoire, il constitue le mode d’action principal de l’administration” (RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris : Dalloz, 2000, p. 96).

<sup>101</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 372-373.

<sup>102</sup> Idem, p. 377.

<sup>103</sup> Idem, p. 381 et seq.

<sup>104</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-96, p. 235-236. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 675-676.

como interesse público em dado momento<sup>105</sup>. Terceira: se a Administração possui dois caminhos, não pode optar pelo caminho mais dificultoso para a tutela do interesse público<sup>106</sup>. Ora, os atributos do ato administrativo não são privilégios arbitrários, mas prerrogativas apropriadas para a adequada tutela do interesse público. É de evidência solar que não pode a Administração, na tutela do interesse alheio — público — e, por isso, indisponível, renunciar a essas prerrogativas. É o que basta para dizer: a impropriamente propagada morte do ato administrativo em prol de uma generalizada utilização do contrato administrativo é um mito alicerçado em graves equívocos conceituais.

Esse mito está, também, alicerçado em outro vício de pressuposto metodológico<sup>107</sup>: pressupor que a Administração possa assumir uma situação jurídica privada, atuando como verdadeiro particular. A Constituição não o permite porque não tolera que o Estado aja divorciado do interesse público. Colhe-se expressamente o princípio da finalidade da expressa proibição constitucional do abuso de poder (CF, art. 5º, XXXIV, “a”; LXVIII; LXIX). Deveras: a indissociabilidade entre o interesse público e a atuação estatal tem fundamento implícito na Constituição. Como bem assinalou Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é um interesse privado, dos particulares enquanto partícipes de uma sociedade<sup>108</sup>; por conseguinte, o interesse do Estado é sempre um interesse alheio, dos administrados. Atuar como um particular significa atuar com *liberdade*, a partir de autonomia de vontade<sup>109</sup>; o Estado, por definição, não possui liberdade<sup>110</sup>. A Administração Pública não celebra contratos propriamente ditos porque não atua com autonomia de vontade; suas decisões, em suma, seguem regime diferente, próprio da teoria dos atos administrativos.

## 8. O SEPULTAMENTO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Tornou-se corrente na doutrina brasileira a afirmação que de a Administração pode editar atos administrativos, regidos pelo direito público, e atos da Administração, regidos pelo direito privado<sup>111</sup>. O que define um *regime jurídico* não são propriamente

<sup>105</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-98, p. 236-237. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 675-676.

<sup>106</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-99, p. 237. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 676.

<sup>107</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 371-372.

<sup>108</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-36, p. 62.

<sup>109</sup> Sobre a autonomia da vontade, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 48 et seq.

<sup>110</sup> Idem, p. 106 et seq.

<sup>111</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-14, p. 395; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 212, p. 227.



as regras específicas incidentes, mas as vigas mestras, os alicerces, os estandartes do conjunto normativo incidente, vale dizer, os princípios jurídicos. O regime privado é alicerçado na autonomia da vontade, que, nos termos expostos, é incompatível com a atuação estatal. O regime público, na preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello alicerça-se nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público<sup>112</sup>.

Na 29ª. edição de seu Curso, Celso Antônio retificou a sua teoria para considerar que a supremacia do interesse público não apenas insere a Administração numa situação vertical em relação aos administrados, e legitima prerrogativas não atribuídas aos particulares, mas também, e principalmente, impõe uma série de restrições, necessárias para proteger o interesse público do mau exercício funcional<sup>113</sup>. É até possível que a Administração abdique, até um certo limite, de sua posição de supremacia, mas não é possível que ela abdique das restrições protetoras do interesse público. É o que basta para evidenciar o acerto desta afirmação: jamais a atuação estatal é regida pelo direito privado<sup>114</sup>. É possível que o direito administrativo incorpore certas regras privadas, mas jamais incorporará os alicerces do direito privado. Sempre que a Administração decide, está presente a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, noutras palavras, o regime de direito administrativo.

Dito isso, conclui-se: inexistem atos da Administração, no sentido corrente de atos regidos pelo direito privado<sup>115</sup>. Toda decisão administrativa é regida pelo direito público. Logo, a atuação administrativa dá-se pela edição de atos administrativos. Administrar é, pois, editar atos administrativos.

## 9. O SEPULTAMENTO DOS ATOS POLÍTICOS OU DE GOVERNO

Infelizmente, ainda é corrente na doutrina a dicotomia entre atos administrativos e atos políticos ou de governo<sup>116</sup>. Trata-se, porém, de uma dissociação incompatível

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 347-374, abr.-jun. 2017.

<sup>113</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-55-A, p. 74-75.

<sup>114</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 659-660; MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mPOH>>. Acesso em: 27.04.18.

<sup>115</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 111-114.

<sup>116</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-10, p. 36-37 e Cap. VII-14, p. 396; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**, p. 198. A jurisprudência também consagrou a teoria. Triste exemplo é o dos atos *interna corporis*, que, segundo posição pacificada do STF, não estão sujeitos ao controle jurisdicional. O equívoco dessa orientação é magistralmente demonstrado por: SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003, 95 et seq.

com a Constituição. A teoria dos atos políticos ou de governo foi desenvolvida com o propósito de imunizar certos atos do controle jurisdicional<sup>117</sup>. A Constituição brasileira não aceita essa imunização<sup>118</sup>. Todo ato estatal, por maior que seja a discricionariedade do agente, é passível de controle jurisdicional. Logo, a razão de ser da teoria não está presente no direito positivo brasileiro.

No Estado de Direito, toda a política é juridicizada. O que se chama “decisão política” é, na verdade, exercício de competência discricionária. Toda construção teórica em prol do controle da discricionariedade aplica-se integralmente às decisões políticas. Com efeito: no Estado de Direito, política é igual a discricionariedade.

Disso decorre que inexistem atos políticos ou de governo. Os atos a que doutrina atribui esse rótulo ou são atos legislativos, quando próprios da função legislativa — realização de ponderações autônomas no plano abstrato e os atos procedimentais que a antecedem —, ou atos administrativos, quando próprios da função administrativa — realização de ponderações no plano concreto e os atos procedimentais que a antecedem. O neoconstitucionalismo sepultou, de uma vez por todas, a malfadada teoria dos atos políticos.

## 10. CONCLUSÕES

1. Examinou-se a teoria brasileira do ato administrativo, nos termos que se encontrava na data da promulgação da Constituição de 1988, e as modificações que sofreu nos últimos trinta anos, tendo em vista os avanços do (neo)constitucionalismo.

2. Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu a superação de um vício de pressuposto metodológico, noutras palavras, a percepção de que a teoria dos atos e fatos jurídicos elaboradas pelos privatistas não é própria da teoria geral do Direito. A teoria privada assenta-se na vontade, e no Direito administrativo a vontade ou é irrelevante ou é secundária. Daí a proposta de outros conceitos, apropriados para o Direito administrativo: ato administrativo é uma prescrição de conduta, ou seja, uma norma jurídica; fato administrativo é um acontecimento do mundo fenomênico a que o Direito administrativo atribui efeitos. Na teoria do ato administrativo elaborada pela Escola da PUC-SP, a vontade não é um aspecto da anatomia do ato administrativo.

3. Por influência kelseniana, adotou-se um conceito amplo de norma jurídica. Por conseguinte, o ato administrativo passou a ser o nome genérico dado a todo veículo introdutor de norma administrativa. Por metonímia, a expressão é utilizada para se referir ao veículo introdutor e à norma introduzida.

<sup>117</sup> Cf. DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Reimpr. Paris: Dalloz, 2006, p.15.

<sup>118</sup> É o que sustenta, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-rodapé 5, p. 33. Apesar de negar a razão de ser da teoria dos atos políticos, o ator, conforme exposto, aceita-a.

4. A teoria do ato administrativo, elaborada antes de 1988 na Escola da PUC-SP, além da autonomia em relação à teoria privada, caracterizou-se também pelo apego ao legalismo: o ato administrativo foi considerado um ato infralegal. Paralelamente, adotou-se uma teoria legalista da discricionariedade, segundo a qual a fonte da competência discricionária seria a lei.

5. A terceira característica da teoria da Escola das Perdizes foi a separação dos planos jurídicos da existência e da validade. Dissociaram-se, então, os elementos e pressupostos de existência, necessários para que o ato administrativo exista no mundo jurídico, dos pressupostos de regularidade, exigidos para que seja regular. Por conseguinte, admitiu-se que o ato inválido gera efeitos jurídicos e desenvolveu-se a teoria da modificação do ato administrativo. Apesar disso, era praticamente pacífico que a invalidação sempre seria *ex tunc* e *ab initio*.

6. No neoconstitucionalismo, a Constituição passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores, de modo que toda norma jurídica, para ser válida, deve ser resultado de uma ponderação proporcional dos valores jurídicos vigentes. Não se admitiu mais imputações normativas arbitrárias, vale dizer, alicerçadas apenas na vontade do agente competente. A aplicação do Direito, a partir dessas concepções, dá-se por subsunção e por ponderação. Como toda norma jurídica, o ato administrativo passa a ser considerado parte integrante do processo de concretização dos valores constitucionais.

7. Associa-se o verbo legislar à realização de ponderações autônomas no plano abstrato, e o verbo administrar à realização de ponderações concretas. Por força do princípio da legalidade, numa perspectiva neoconstitucional, a Administração deve levar em consideração o princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador. A ponderação concreta pode, assim, implicar o parcial ou total afastamento da ponderação abstrata. Daí a conclusão: no neoconstitucionalismo admitem-se, excepcionalmente, atos administrativos *contra legem* e *praeter legem*.

8. Essa nova compreensão — das normas como integrantes de um processo de concretização de valores constitucionais — levou a uma profunda reformulação da teoria da decisão administrativa. Antes do neoconstitucionalismo, o processo administrativo consagrou-se como um importante direito individual de defesa, hoje ele é considerado também um importante instrumento de participação política. A participação do administrado passa a ser imprescindível para a prolação da decisão administrativa, mesmo nos casos em que não haja litígio. A oitiva dos administrados tornou-se imprescindível para a delimitação correta das circunstâncias fáticas relevantes (motivo), do conteúdo do ato (contentorização), e da finalidade a ser alcançada. Configuraram-se, então, os vícios de desvio negativo de ponderação, desvio positivo de ponderação, falta de ponderação, *deficit* de ponderação e desproporção de ponderação.

9. Desenvolveu-se a teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa, segundo a qual a fonte da discricionariedade é o Direito, globalmente considerado, e não mais o Legislador. A completude normativa é tão somente um indício de vinculação, e a incompletude um indício de discricionariedade. É a ponderação concreta que indicará se o Direito admite ou não duas soluções jurídicas.

10. O controle da invalidade do ato administrativo passou a exigir a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas. A clara percepção de que o ato inválido gera efeito e de que a ponderação pode exigir a manutenção total ou parcial desses efeitos levou a uma profunda revisão da teoria da modificação do ato administrativo. Além da invalidação, admite-se a convalidação, a conversão, a redução ou a reforma. Percebeu-se a possibilidade de que, ao longo do tempo ou após a geração de efeitos, o ato inválido se converta num ato irregular (estabilização do ato), ou o Direito passe a exigir outro meio de correção (mutação do dever de corrigir). Admitiu-se a modulação dos efeitos da invalidação e, pois, além da invalidação *ex tunc* e *ab initio*, a *ex tunc* e não *ab initio*, a *ex nunc* e a *pro futuro*. É possível que o Direito exija simplesmente a invalidação ou a invalidação e a concomitante edição de outro ato, com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente do ato invalidado.

11. Nos últimos anos, muitos defenderam a chamada Administração concertada, em que o ato administrativo unilateral seria substituído pelo contrato administrativo. Concluiu-se que a proposta é equivocada. A própria teoria dos contratos administrativos é cientificamente viciada: os supostos “contratos” celebrados pela Administração explicam-se à luz da teoria do ato administrativo. Ademais, os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público são graves obstáculos à substituição do agir unilateral pelo agir bilateral. Concluiu-se, então, que a Administração concertada é um mito assentado num vício de pressuposto metodológico: que a Administração pode comportar-se como se fosse dotada de liberdade.

12. Defendeu-se também a inexistência de atos da Administração. Toda decisão administrativa é regida pelo Direito administrativo, ainda que também se submeta a certas regras de direito privado. Há uma incompatibilidade conceitual entre Administração pública e Direito privado e, por isso, uma indissociável ligação entre a atuação administrativa e a edição de atos administrativos.

13. Por fim, defendeu-se a inexistência de atos políticos ou de governo. No Estado de Direito atual toda atuação política se juridicizou: “política” passou a ser equivalente à “discricionariedade”. Assim, os chamados atos políticos ou de governo ou são atos legislativos, quando frutos da discricionariedade legislativa, ou atos administrativos, quando frutos da discricionariedade administrativa.

## 11 REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEX, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. de 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: AMARAL, Antonio Carlos. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, p. 12-18, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 23, p. 12-23, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58-63.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 347-374, abr.-jun. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. I. 1. ed., 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1969, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Extinção dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 212.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Reimpr. Paris: Dalloz, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTI, Ugo. **Lezioni di diritto amministrativo**. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MANUEL TERÁN, Juan. **Filosofía del derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

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. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 216, 20.07.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/77xgJn>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo**. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 09-33, jan.-jun. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Análise jurídica da nomeação de Lula. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 120, 25.03.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/DdYDso>>. Acesso em 28 abr.18.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para angelização da discricionariedade. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 171, 17.05.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/yzMCqJ>>. Acesso em 28 abr. 18.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mPOH>>. Acesso em: 27.04.18.



MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 19-27, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed., 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I e IV. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho romano**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como “caixa de ferramentas”**. São Paulo: Malheiros, 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIVERO, Jean ; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris : Dalloz, 2000.

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

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Sirey, 1954.

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. 33-66.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1. ed., 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 2008.