

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Coordenadores

Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo

Autores

Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Cristiana Corrêa Conde Faldini
Cristiana Fortini
Daniel Wunder Hachem
Eduardo Hayden Carvalhaes Neto
Eduardo Tognetti
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Irene Patrícia Nohara
José dos Santos Carvalho Filho
Luis Felipe Ferrari Bedendi
Márcia Walquiria Batista dos Santos
Maria Adelaide de Campos França
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Tatiana Robles Seferjan
Thiago Marrara

© 2010 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro coordenadores. -- São Paulo: Atlas, 2010.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-224-6005-2

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. II. Ribeiro, Carlos Vinícius Alves.

10-05290

CDU-35

BIB-891661

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

Sumário

Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), 1

Parte I – O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, 11

- 1 O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica** (Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem), 13
 - 1 Introdução: uma crítica à pretensa crítica da supremacia do interesse público e da gênese do Direito Administrativo, 13
 - 2 As origens do Direito Público ilustrado: sobre a vocação antiautoritária das raízes do interesse público, 18
 - 2.1 Constitucionalismo moderno e ilustração: a *volonté générale* como fundamento do Estado de Direito, 22
 - 2.2 A legalidade como expressão do interesse público: uma construção teórica iluminista de contraposição ao arbítrio e proteção ao indivíduo, 28
- 3 O interesse público e o Direito Administrativo da ilustração como escudos contra a arbitrariedade, 32
 - 3.1 Supremacia do interesse público: a ausência de identidade entre a noção típica do liberalismo oitocentista e a sua concepção contemporânea, 33
 - 3.2 A formação do Direito Administrativo como representação antiautoritária do liberalismo em face do absolutismo, 46

- 4 Conclusão, 60
Referências bibliográficas, 61
- 2 **Interesse Público: Verdades e Sofismas** (José dos Santos Carvalho Filho), 67
 - 1 Uma breve palavra inicial, 67
 - 2 Noção clássica, 69
 - 3 Noção moderna, 71
 - 4 Interesse público: as verdades, 72
 - 5 Interesse público: os sofismas, 76
 - 6 Conclusões, 82
Referências bibliográficas, 83
- 3 **O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), 85
 - 1 Explicação necessária, 85
 - 2 Origem do princípio e sua aproximação com a ideia de bem comum, 86
 - 3 A ideia de bem comum na Idade Média, 87
 - 4 As teses contratualistas e o triunfo do individualismo, 87
 - 5 A luta pelo bem comum no Estado Social de Direito, 90
 - 6 O princípio da supremacia do interesse público no direito administrativo, 92
 - 7 O princípio da supremacia do interesse público na concepção neoliberal, 94
 - 7.1 Observação necessária, 94
 - 7.2 Da indeterminação do conceito de interesse público, 97
 - 7.3 A supremacia do interesse público em confronto com os direitos fundamentais: a ponderação de interesses, 99
 - 8 Doutrina incompatível com o ordenamento jurídico, 100
 - 9 Conclusão, 102
Referências bibliográficas, 102
- 4 **Interesse Público: um conceito jurídico determinável** (Carlos Vinícius Alves Ribeiro), 103
 - 1 Anotações vestibulares, 103
 - 2 A tese, 105
 - 3 Antítese, 106
 - 3.1 Conceitos indeterminados, 106
 - 3.1.1 Posição de Eros Grau, 107
 - 3.1.2 Posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, 107
 - 3.1.3 Posição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, 108
 - 3.1.4 Posição de Sainz Moreno: núcleo e halo, 109

- 3.2 Conceito jurídico indeterminado: outorga de discricção?, 109
- 3.3 Interesse público, 112
 - 3.3.1 Breve evolução histórica, 113
 - 3.3.2 Em busca da noção de *interesse público*, 114

Referências bibliográficas, 118

5 Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo (Irene Patrícia Nohara), 120

- 1 Considerações introdutórias, 120
- 2 Supremacia do interesse público, autonomia da vontade e consensualidade, 122
- 3 A publicização do direito privado não é imperativo necessário à privatização do direito público, 128
- 4 Sentidos e utilidade da supremacia do interesse público no Direito Administrativo, 130
- 5 Função ideológica do discurso acerca da supremacia do interesse público, 139
- 6 A quem interessa a desconstrução do sentido da supremacia do interesse público?, 141
- 7 Possibilidades interpretativas construtivas da supremacia do interesse público ante os desafios do Estado Democrático de Direito, 145

8 Conclusão, 150

Referências bibliográficas, 152

6 Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais, (Maria Adelaide de Campos França), 155

- 1 Introdução, 155
- 2 Inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, 157
- 3 Algumas posições doutrinárias, 160
- 4 Entendimento do Poder Judiciário, 167
- 5 Considerações finais, 169

Referências bibliográficas, 170

Parte II – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO CONTROLE JUDICIAL DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, 173

7 Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariiedade Administrativa (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), 175

- 1 Da evolução do princípio da legalidade, 175
- 2 Reflexos da constitucionalização do direito administrativo sobre o princípio da legalidade, 179

- 3 Reflexos da constitucionalização sobre a discricionariedade administrativa e o conceito de mérito, 184
 - 4 Reflexos da constitucionalização sobre o controle judicial dos atos da Administração Pública, 189
 - 5 Conclusão, 194
- Referências bibliográficas*, 196

8 O Paradigma da Legalidade e o Direito Administrativo (Fabrício Motta), 197

Introdução, 197

- 1 A Revolução Francesa e sua influência no Estado e no Direito Administrativo, 198
 - 2 A submissão da administração ao império da lei – o sentido original do princípio da legalidade, 203
 - 2.1 A concepção clássica da lei, 205
 - 2.2 O paradigma clássico da legalidade, 209
 - 3 As mudanças advindas com o Estado Constitucional, 210
 - 3.1 Separação de poderes. Participação do Executivo na atividade do Legislativo, 211
 - 3.2 A Constituição no centro do ordenamento jurídico e sua força normativa, 213
 - 3.3 Normatividade dos princípios, 217
 - 3.4 A importância dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, 218
 - 3.5 O princípio da legalidade da Administração Pública e o sentido da sua vinculação à lei no Estado Constitucional, 221
- Conclusão, 225
- Referências bibliográficas*, 227

9 As Fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade (Thiago Marrara), 230

- 1 Introdução, 230
 - 2 Legalidade administrativa, 231
 - 3 Fontes do direito administrativo, 235
 - 4 Fontes legislativas, 236
 - 5 Fontes administrativas, 241
 - 6 Notas sobre os regulamentos presidenciais, 243
 - 7 O problema do costume administrativo, 248
 - 8 Fontes jurisprudenciais, 252
 - 9 Fontes doutrinárias, 256
 - 10 As fontes e a legalidade administrativa, 257
- Referências bibliográficas*, 259

- 10 A Constitucionalização do Direito Administrativo** (Cristiana Corrêa Conde Faldini), 261
- 1 Introdução, 261
 - 2 A constitucionalização do direito, 261
 - 2.1 Delineamentos, 261
 - 2.2 Ordenamento jurídico brasileiro, 265
 - 3 Constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro, 266
 - 3.1 Características, 266
 - 3.2 Consequências, 268
 - 4 Considerações finais, 275
- Referências bibliográficas*, 277
- 11 Ainda Existe o Conceito de Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional dos Atos Praticados pela Administração?** (Luis Felipe Ferrari Bedendi), 278
- 1 Introdução, 278
 - 2 Posicionamento histórico das atividades vinculada e discricionária da Administração, 280
 - 2.1 O Estado de Polícia, 280
 - 2.2 O Estado Liberal de Direito, 282
 - 2.3 O Estado Social de Direito, 282
 - 2.4 O Estado Democrático de Direito, 284
 - 3 O conceito de *mérito* e seu papel no direito administrativo, 286
 - 3.1 O conceito clássico, 286
 - 3.2 A retração do conteúdo do mérito, 291
 - 4 Conclusões, 301
- Referências bibliográficas*, 301
- 12 O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário** (Tatiana Robles Seferjan), 303
- 1 Conceito de políticas públicas, 303
 - 1.1 Classificação das políticas públicas, 305
 - 2 Fundamentos do controle judicial, 306
 - 2.1 Força normativa da Constituição, 306
 - 2.2 Separação de Poderes, 309
 - 2.3 Ilegitimidade do Judiciário, 311
 - 3 Limites do controle judicial, 312
 - 3.1 Existência de política pública, 312
 - 3.2 Ausência de política pública, 312
 - 3.3 Discricionariedade administrativa, 313

- 3.4 Reserva do possível, 317
- 3.5 Possibilidade do pedido, 322
- 4 Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 45, 323
- 5 Conclusão, 324
- Referências bibliográficas, 327*

13 O Controle Judicial de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito (Cristiana Fortini), 329

- 1 Paradigmas estatais e controle judicial, 329
 - 1.1 O Estado Liberal, 329
 - 1.2 O Estado Social, 332
 - 1.3 O Estado Democrático de Direito, 334
- 2 O controle das políticas públicas, 335
- 3 Considerações, 339

Parte III – OUTROS TEMAS POLÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO ATUAL, 341

14 Atributos do Ato Administrativo (Eduardo Tognetti), 343

- 1 Introdução, 343
- 2 Conceito de presunção de legitimidade e de veracidade, 347
- 3 Fundamento da presunção de veracidade dos atos administrativos, 348
- 4 A presunção de veracidade prevalece até a “impugnação do ato” ou até “prova em contrário”?, 349
- 5 Ônus da prova no caso de sanção administrativa, 351
- 6 Presunção de veracidade e de legitimidade no direito tributário, 353
- 7 Pode ser rejeitado o ato manifestamente ilegal?, 355
- 8 Imperatividade dos atos administrativos, 356
- 9 Autoexecutoriedade, 357
- 10 Execução administrativa do crédito tributário, 358
- 11 Precedentes dos tribunais, 358
- 12 Ainda é possível falar em atributos do ato administrativo?, 360
- Referências bibliográficas, 361*

15 O Serviço Público no Direito Administrativo Contemporâneo (Eduardo Hayden Carvalhaes Neto), 363

- 1 Sobre o conceito de serviço público, 363
- 2 Sentidos constitucionais de “serviço público”, 367
- 3 Mutabilidade espaço-temporal do serviço público, 369

- 4 Serviços públicos e “serviços de utilidade pública”, 371
Referências bibliográficas, 378

16 Cláusulas Exorbitantes: da Teoria à Prática (Márcia Walquiria Batista dos Santos), 381

- 1 Introdução, 381
- 2 Considerações sobre o Estado e seu modelo constitucional, 383
- 3 Origem dos contratos administrativos, 385
- 4 As peculiaridades do contrato administrativo, 386
- 5 As cláusulas exorbitantes como forma de garantir o princípio da igualdade entre os administrados, 388
- 6 Princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre o interesse público e o interesse privado, 393
- 7 Conclusão, 396

Referências bibliográficas, 396

17 Ainda Existem os Chamados Contratos Administrativos? (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), 398

- 1 A construção e a desconstrução de institutos do direito administrativo, 398
- 2 As controvérsias sobre a existência de contratos administrativos, 401
- 3 Soluções diversas no direito estrangeiro, 403
- 4 O princípio da igualdade das partes no contrato, 407
- 5 Conclusões, 409

Referências bibliográficas, 410