

Coordenação
Marcelo Figueiredo
Luiz Viana Queiroz

JOSÉ AFONSO DA SILVA

O Jurista de um século

2026

JOSÉ AFONSO DA SILVA¹

Oscar Vilhena Viera

Não pode haver maior honra para um estudante de direito constitucional do que ter a oportunidade de homenagear o professor José Afonso da Silva. Agradeço imensamente a generosidade de Virgílio Afonso da Silva por ter me proporcionado esse privilégio. Privilégio porque é uma oportunidade de falar em nome de tantas outras pessoas que gostariam de saudar José Afonso da Silva, pela consideração, respeito e admiração, não apenas intelectual, mas, sobretudo, cívica e moral que têm pelo professor José Afonso.

Todos que entraram numa sala de aula para estudar Direito Constitucional nas últimas muitas décadas foram imediatamente expostos às ideias de José Afonso da Silva. Seu Curso de Direito Constitucional tem sido o ponto de partida na formação de diversas gerações. Foi o presente que recebi de meu pai, grande admirador de José Afonso, quando entrei na PUC-SP, em 1984. Mesmo quando não adotado pelo professor, era a leitura fundamental que todos alunos faziam. Impossível aprender direito constitucional no Brasil sem passar por José Afonso. Leda Pereira da Motta, minha querida amiga e professora de direito constitucional, tinha a versão mais anotada de uma obra que jamais vi. Era sinal da forma como nos apropriávamos e dialogávamos com Jose Afonso sem que ele soubesse. Mas os o impacto de seu livro mais popular não se limitou aos iniciantes. Quantas vezes não vimos e ainda vemos uma discussão sobre uma questão difícil e controvertida, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal,

1. Este texto resume minha fala na homenagem ao Professor José Afonso da Silva, por ocasião do seu centenário, realizada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 08/05/2025.

ser resolvida por uma rápida referência às páginas desse livro, que se tornou canônico. Direito Constitucional Positivo nos ofereceu régua e compasso. Nesse sentido, somos todos tributários de seu autor.

Gostaria, nesta homenagem, no entanto, de chamar atenção para um outro livro de José Afonso da Silva: Aplicabilidade das Normas Constitucionais, que li pela primeira vez em 1985, quando me aventurei no meu primeiro projeto de iniciação científica. Era a edição de 1968, que ganhei de meu irmão Celso, outro admirador de José Afonso. Tenho certeza que essa obra também será mencionada pelo Ministro Barroso, pois foi fundamental para ele e toda a produção acadêmica surgida a partir da Constituição de 1988, que se concentrou sobre o problema da eficácia das normas constitucionais. Este livro foi um divisor de águas no direito constitucional brasileiro, tornando-se um clássico. E isso por diversos motivos.

Em primeiro lugar trata-se de um livro escrito com rara precisão e rigor analítico. O livro se afasta da tradição gongórica e bacharelesca brasileira, empregando a linguagem com enorme economia e o máximo de propriedade. Tem um objeto determinado, uma hipótese teórica clara e relevante e sucessivos capítulos indispensáveis para a apresentação de sua tese. Neste sentido, ofereceu uma enorme contribuição para a modernização da produção acadêmica brasileira na área do direito. O objeto central são as normas jurídicas, especificamente as normas constitucionais, que têm estruturas distintas e peculiares. Sua tarefa foi compreender quais as consequências jurídicas que podemos extrair desse distinto conjunto de normas, de maneira a restringir a discricionariedade dos interpretes. Em resumo, José Afonso, se dispôs a levar à sério o conteúdo normativo da constituição, o que, numa cultura constitucional permissiva e pouco rigorosa, foi transformador. Quem saiu desse trilho apenas contribuiu para fragilizar o estado de direito e aumentar o poder de quem tem a responsabilidade de aplicar a lei.

O livro tem ainda outras qualidades que o elevaram a posição de clássico. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, embora em diálogo direto com a literatura internacional, especialmente a italiana, não assume uma posição colonizada, tão comum entre juristas brasileiros, que buscam se apropriar de ideais estrangeiras, para reforçar seu próprio prestígio no mercado acadêmico local. O texto de José Afonso encara um problema central direito do constitucional brasileiro em diálogo com juristas que enfrentam problemas semelhantes em países que incorporaram cláusulas “programáticas” em suas constituições.

Sua proposta é analisar o potencial jurídico de aplicabilidade das normas constitucionais e com isso contribuir para a discussão mais ampla da eficácia social do direito constitucional, sem, no entanto, se aventurar numa sociologia das constituições. Não é esse o objeto de sua pesquisa. Trata-se, portanto, de um trabalho de rigorosa dogmática jurídica. Esse o seu campo. Com isso José Afonso move o direito constitucional para um patamar teórico que áreas como o direito penal e civil já haviam alcançado. Neste movimento, José Afonso também distingue o direito constitucional da ciência política ou da teoria do estado. Embora não negue a relevância dessas outras áreas de conhecimento para o direito constitucional, deixa claro que as normas da constituição devem ser o objeto central da disciplina. Quando o estudo do direito se afasta do estudo das normas, entramos em outro terreno.

Aplicabilidade das Normas Constitucionais reclama a autonomia do direito constitucional como área de conhecimento. A partir dessa posição nos permite, como constitucionalistas, a entrar em num diálogo mais frutífero com o pensamento social brasileiro, que desde Alberto Torres e Oliveira Viana, passando por Sérgio Buarque de Holanda e por Raimundo Faoro, aponta para um metaproblema do direito brasileiro, que é o desrespeito às normas. Numa sociedade onde a lei é uma espécie de mal entendido, na expressão de Sérgio Buarque, as normas jurídicas parecem fadadas a não determinarem condutas. Sem praticar uma sociologia bacharelesca, José Afonso da Silva busca construir, a partir do direito, para o enfrentamento desse metaproblema. A teoria da aplicabilidade conversa com aquilo que foi detectado como a principal deficiência da institucionalidade brasileira. Todos nós que viemos depois de José Afonso da Silva fomos, conscientes ou inconscientemente, influenciados por esse trabalho seminal, elaborado ao longo dos anos 1960. Carlos Aires Brito, Luiz Roberto Barroso, Ingo Sarlet, Flávia Piovesan e tantos outros foram diretamente convocados para a oferecer respostas ao problema da efetividade do direito constitucional. As respostas não são comuns, nem os métodos pelos quais as perseguimos. Mas jamais pudemos contornar a centralidade das normas e as classificações propostas por José Afonso.

José Afonso da Silva não se limitou, no entanto, ao papel de grande jurista e renovador do pensamento constitucional brasileiro. Convocado pela Comissão Arinos e depois por seu amigo Mário Covas, se lançou de corpo e alma na constituinte, ponto culminante do processo de redemocratização. Diferentemente dos processos constitucionais pretéritos, a constituinte de 1987/88 não foi obra de acadêmicos, mas uma efervescência

democrática que exigiu muito para ser ordenada. Como lembra Miguel Reale Júnior, que assessorava Ulysses Guimarães: “da tanga à toga, todos passaram por lá”. Aquilo foi o maior turbilhão democrático que o Brasil já viveu, mas que precisava ser sintetizado numa forma jurídica. Euclides Scalco foi fundamental para desfazer muitas confusões, mas José Afonso da Silva foi aquele a dar forma jurídica à erupção democrática. Mais uma vez lhe somos tributários, agora de sua obra de arquiteto constitucional. Esta democracia constitucional, com todas suas imperfeições e idiosincrasias, tem se demonstrado a experiência democrática e social mais resiliente de nossa história republicana.

O compromisso com o constitucionalismo democrático levou José Afonso a assumir um desafio inesperado, para alguém com sua formação e trajetória, de acadêmico, procurador e arquiteto constitucional. Entre 1995 e 1999 aceitou o espinhosíssimo cargo de Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, formulado por Mario Covas. Não há cargo mais difícil nesse Estado. Mas José Afonso, sem vir da área penal, teve um desempenho excepcional, enfrentando crises e criando programas inovadores, que não apenas ampliaram a eficácia das polícias, mas também reduziram as graves violações aos direitos humanos por parte das forças do Estado. Combateu a criminalidade, reduzindo a violência policial, criando a ouvidoria e outros mecanismos para ampliação do direito à segurança dos cidadãos. Isso não é nada trivial, num país que se acostumou a conviver com o arbítrio contra as classes populares.

Poucos constitucionalistas tiveram e terão a ousadia e o privilégio de formular ideias e de participar efetivamente de sua implementação, como José Afonso teve. Mas isso não se deu por acaso. José Afonso sempre trabalhou muito e correu todos os riscos. Sem alardes ou qualquer veleidade, contribuiu de maneira inestimável para nossa democracia. E é por isso que que devemos sempre homenageá-lo.

A NOÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Romeu Felipe Bacellar Filho¹

Sumário: Prólogo. 1. Considerações iniciais. 2. Uma parábola do interesse público: interesse coletivo primário e interesses secundários. 3. Interesse público, legalidade e juridicidade: o interesse público reside no direito positivo. 4. Interesse público e impessoalidade: processo e procedimento administrativo. 5. Interesse público e moralidade: ética, probidade e previsibilidade. 6. Interesse público e publicidade: meios públicos ou transparentes. 7. Interesse público e eficiência: função, dever e competência. 8. Conclusão: uma proposta de definição jurídica de interesse público. 9. Referências bibliográficas.

PRÓLOGO

O Professor José Afonso da Silva, por sua rica biografia, faz-se merecedor de múltiplas homenagens. Sua trajetória – tanto no magistério

1. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Visitante do Instituto Nacional de Administração Pública da Espanha, da Universidade Notarial de Buenos Aires, da Universidade de Belgrano e da Universidade Católica de Salta, na Argentina. Presidente do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, da Associação de Direito Público do Mercosul, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Associação Argentina de Direito Administrativo, da Associação Peruana de Direito Administrativo, do

quanto na vida pública – marcada por um esforço descomunal, é timbrada pela proposição de alterações constitucionais inovadoras plenamente reconhecidas pela doutrina e acatadas pela jurisprudência em nosso país. Cognominado “Papa do Direito Constitucional Brasileiro”, José Afonso da Silva jurista centenário, destacou-se como assessor da Assembleia Nacional Constituinte, participando ativamente na elaboração da Constituição de 1988. Tive a honra de participar com o Professor José Afonso da Silva, juntamente com a Professora Ada Pellegrini Grinover e Professor Paulo Bonavides, de um notável Congresso realizado na Cidade do México, sob a presidência do Professor Diego Valadés. Seja pelo conhecimento adquirido e repassado, seja pela expressiva contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro, a homenagem a José Afonso da Silva, revela-se um preito de gratidão e reconhecimento.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção de interesse público constitui assunto caro aos estudiosos do Direito Administrativo. No Brasil, a supremacia deste sobre o interesse privado tem sido afirmada pela doutrina e jurisprudência como um princípio estruturante do regime jurídico administrativo. Mais recentemente, algumas vozes vêm tentando questionar a existência e aplicabilidade de tal princípio, a partir dos mais variados argumentos, em sua maior parte de natureza metodológica².

Parece, no entanto, que um dos principais equívocos em que incorrem tais autores consiste justamente na sua resistência em tentar compreender o sentido e o conteúdo jurídico da noção de interesse público. Preferem, confessadamente, não adentrar a discussão sobre o que vem a ser interesse público³, esforçando-se em rebater a formulação “supremacia do inte-

Instituto Chileno de Direito Administrativo e do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Membro da Académie Internationale de Droit Comparé. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diretor-Geral da A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Advogado.

2. É o caso dos autores da coletânea SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
3. “A importância do interesse público (...), do bem comum (...), ou mesmo dos fins estatais (...) não são objeto primordial de nossa análise. A finalidade deste estudo é, apenas, analisar

resse público sobre o privado”, sem, contudo, identificar e refutar a sua essência⁴.

A toda evidência, não há como criticar tal princípio sem enfrentar o inexcedível tema da noção jurídica de interesse público.⁵ Impende estabelecer com precisão, sob o ponto de vista técnico-jurídico, qual o significado de interesse público para o Direito, para, só então, concordar ou dissentir da afirmação de sua supremacia.

O presente estudo tem por objetivo justamente delinear o conteúdo jurídico da noção de interesse público, notadamente no Direito brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988 e das teorizações de Celso Antônio Bandeira de Mello, como forma de demonstrar que, se bem compreendido, nenhum problema ou incompatibilidade há em sustentar a sua supremacia. Sob a óptica do ordenamento jurídico pátrio, a Administração Pública está submetida à imposição constitucional de promover o interesse público (“bem de todos” – art. 3º, IV da CF), o qual só será alcançado se a atuação administrativa obedecer fielmente aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estampados no art. 37, *caput* da CF.

Tal afirmação, embora aparentemente simples, ostenta elevada carga de significação, conforme se poderá observar nas próximas páginas.

2. UMA PARÁBOLA DO INTERESSE PÚBLICO: INTERESSE COLETIVO PRIMÁRIO E INTERESSES SECUNDÁRIOS

Conquanto empregada com relativa frequência no âmbito da Administração Pública, a expressão “interesse público” revela um complexo

criticamente o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. ÁVILA Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 176.

4. “As reflexões que se seguem não têm por preocupação definir o conceito indeterminado de *interesse público*. (...) **O que se questiona, logo, não é o conteúdo mas, sim, a forma**” (grifos no original). SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Daniel Sarmento (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221.
5. Uma resposta detalhada a todas as críticas foi feita por HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

significado. A doutrina italiana, multicitada no Brasil através da obra de Renato Alessi, mormente após a adoção de suas idéias por Celso Antônio Bandeira de Mello, lança mão da distinção entre interesse coletivo primário e interesses secundários para precisar o sentido do “interesse público”, asseverando que este só se configurará quando coincidir com o primeiro (coletivo primário). Para facilitar a explicação e posterior compreensão dessa noção, a menção a uma singela história pode ser de grande valia. É o que se me propus rotular e tenho utilizado como figuração “Uma parábola do interesse público”.

Viviam numa pequena propriedade rural, um fazendeiro e sua mulher. Ambos com idade propecta, só tinham um ao outro. Exploravam a terra e conseguiram reunir uma pequena criação: uma vaca, um porco e uma galinha.

No paiol, há muitos anos vivia um camundongo, cuja presença incomodava sobremaneira a esposa do fazendeiro. Indignada com os danos causados à pequena produção armazenada, a senhora resolveu instalar uma ratoeira no paiol, embaixo de uma prateleira de gêneros alimentícios.

Horrorizado, o camundongo requereu o auxílio da vaca para ajudá-lo a destruir a armadilha. A vaca, cujo tamanho lhe tornava infensa a qualquer ofensa física, sem muita conversa, declinou do pleito, sob a justificativa de que o problema não lhe afetava, e, portanto, não era de seu interesse.

Diante da recusa o camundongo resolveu procurar o porco. Este, da mesma forma, alegou que vivendo no chiqueiro nenhuma relação poderia ter com a ratoeira, de sorte que o assunto não lhe interessava, e também esquivou-se de prestar auxílio ao apavorado bichinho.

Como derradeira alternativa, restou ao camundongo encarecer a galinha que lhe ajudasse na espinhosa missão. A resposta não foi diferente: o problema não a atingia, sequer minimamente, sendo alheio ao seu interesse.

Eis que um fato inusitado ocorreu. Uma serpente altamente venenosa adentrou o paiol e, descuidada, acabou presa na ratoeira. Ao ouvir o barulho e pensando ter apanhado o camundongo, a senhora, ao tentar apanhar a ratoeira, foi picada pela cobra.

Desesperada, chamou o marido que a encaminhou ao médico local. Após o primeiro atendimento, a senhora para aflição do marido e dos vizinhos que lhe estimavam, começou a passar muito mal. Após intenso tratamento, iniciada a recuperação o médico preocupado em hidratá-la e fortalecê-la, indicou, como alimentação, uma canja de galinha. A única

galinha precisava, pois, ser sacrificada. Um pouco mais recuperada, mas necessitando ainda de proteína, o médico entendeu que era hora de uma alimentação mais substancial, recomendando carne de porco. O indignado porco, então, seguiu o triste destino da galinha. Terminada a dieta alimentar, plenamente restabelecida, foi tamanha a alegria do marido que ele resolveu festejar com a vizinhança promovendo uma grande churrasqueira. Era a vez da vaca de prestar a sua colaboração e, assim, ela também foi sacrificada.

O camundongo, embora preocupado, persiste em suas andanças pelo paiol.

Esta pequena narrativa permite demonstrar que o interesse público não se confunde, necessariamente, com o interesse da maioria. Por vezes, ele pode estar presente num interesse que, a princípio, parece individualizado. Se à primeira vista o interesse de dar cabo à ratoeira aparentava constituir mero interesse individual do camundongo, sem qualquer relação com os interesses da coletividade dos animais, ao final demonstrou-se ser efetivamente um interesse público, uma vez que todos foram afetados pela armadilha.

O raciocínio extraído da parábola aplica-se tranquilamente à realidade jurídica e social brasileira. Se um cidadão não tem, individualmente, o interesse de sofrer desapropriação, isso não significa que ele não tenha interesse de que exista o instituto da desapropriação⁶. O interesse da coletividade é de que a desapropriação seja promovida, ainda que, individualmente, não seja esse o interesse do expropriado. É nisso que consiste o interesse público: na parcela coincidente de interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade.

Sérgio Ferraz constata que “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva.”⁷ Afinal, o regime jurídico administrativo estruturou-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob dois princípios, de matriz constitucional: supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.⁸

6. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 182.

7. FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 1, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 203.

8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28-56.

“A quem pertence o ar que respiro?” – perguntou, certa feita, Mauro Cappelletti. A pergunta faz pensar que, tradicionalmente, tem-se caracterizado o interesse pelo seu titular – se o interesse é do indivíduo, diz-se que o interesse é individual, se da coletividade, diz-se que o interesse é público, se do Estado enquanto pessoa jurídica, diz-se que o interesse é estatal. A questão, no entanto, não é tão simples assim.

O interesse público constitui um “interesse transpessoal”⁹ que, embora pressupondo os interesses individuais, deles se diferencia.¹⁰ Como dito, a teoria do mestre italiano Renato Alessi é a que mais tem influenciado os administrativistas pátrios.

Conforme esse autor, a função é o poder concedido em relação à realização de determinados interesses, tratando-se de poder soberano, à realização de interesses coletivos. Estes interesses coletivos, dos quais a Administração deve buscar a satisfação, não são necessariamente os interesses da Administração enquanto aparato organizativo autônomo, mas sim o interesse coletivo primário, ou seja, o interesse da coletividade. Somente esse será o interesse público. O interesse do aparato administrativo é simplesmente um dos interesses secundários, assim como os demais interesses meramente individuais. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside justamente nisto: a sua função consiste na realização do interesse público (coletivo primário).¹¹

Com efeito, Renato Alessi não ignora a existência de um interesse secundário, próprio do aparato administrativo. Todavia, o interesse secundário somente pode ser o norte do exercício da função administrativa quando coincidente, e na fronteira desta coincidência, com o interesse público ou interesse coletivo primário. Fixa, portanto, com a noção de interesse secundário a acessoriedade e, mais ainda, a subordinação do

9. Caracterizando o interesse público como “transpessoal”: MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 119.

10. “Interesse público é uma realidade conceitual própria, autônoma, inconfundível, e não, simples oposição a interesse individual.” FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 203-204.

11. ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 226-227. Com posição similar, Jean Rivero identifica o interesse público, fim da Administração, como o interesse geral que “não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais.” RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 15.

interesse da Administração *enquanto tal* ao interesse da Administração *enquanto representante da coletividade*.

O autor italiano defende também que o interesse secundário do aparato pode facilmente chocar-se com o interesse público (da coletividade). Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse coletivo primário. Garantia contra a possibilidade do uso do poder de ação concedido à Administração em favor da realização do interesse público para uma ilegítima realização do interesse secundário da própria Administração, ou que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas aos ofícios administrativos.¹²

Nesse sentido, como explica Sérgio Ferraz, “não é a natureza da pessoa que determina a natureza do direito ou do interesse abordado. Interesse público não é, pois, aquele pertinente à pessoa pública que o titularize; nem mesmo é, pura e simplesmente, o interesse do público.”¹³ Aduz o autor, na linha doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o interesse público não é nem a soma dos interesses individuais nem sua expressão média. Resulta como o interesse do todo no qual os interesses particulares são coeficientes inafastáveis.¹⁴ Concorde-se com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, para quem “A simples intervenção necessária da administração não torna o interesse privado em interesse sem proteção

12. ALESSI, Renato. *Op. Cit.*, p. 227-228.

13. FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 203.

14. “Dá-se, então, uma convivência de círculos de atuação, como agudamente divisou Rogério Ehrhardt Soares (op. cit., p. 103 et seq.). No primeiro dos concêntricos, desfruta o particular de um domínio limitado externamente por outro círculo, o do que expressamente lhe é vedado pelo sistema. E advém então o círculo maior, dos interesses indivisíveis de uma pluralidade, do todo, transcendência essa que substancia a idéia-kerne de interesse público. Nessa dimensão, aí sim, pode-se ver no interesse público não a simples soma, mas o conjunto dos interesses pessoais dos indivíduos, considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Cf. FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 205. Numa perspectiva contrária, Jürgen Habermas: “O nexos interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de sua autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada, se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, com a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial.” HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: Jean-Cristophe Merle; Luiz Moreira (orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 72.

jurídica. Proteger o interesse público não é desconhecer o interesse privado. Muito menos num regime de garantias que dá substrato ao estado de direito.”¹⁵

Para Andrea Pubusa, diante do princípio democrático e o da soberania popular, não existe mais uma estrutura e um interesse do Estado separados da comunidade, ou interesses do Estado ou dos seus órgãos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de elementos de democraticidade. Assim, “*il funzionario ‘non serve il governo e comanda sui cittadini’, ma ‘serve esclusivamente i cittadini’*”.¹⁶ A Administração não deve cuidar de interesses do Estado, mas dos cidadãos.¹⁷

A lição adapta-se ao texto constitucional brasileiro. A Constituição estabelece que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (art. 1º, da CF). Define ainda como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos” (art. 3º, IV da CF). Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos republicanos, e a promoção do bem todos configura um de seus objetivos fundamentais, não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.¹⁸

15. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 111, jan./mar. 1973, p. 30. Como observa Carlos E. Delpiazzo, “*la categorización del Estado de Derecho se alcanza, antes que por su sometimiento formal al orden jurídico, por la realización de los valores que hacen a los fines de su obrar, entre los que se destaca la misión esencial que le compete no sólo en la defensa sino en la promoción de la vida*”. DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y derecho**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001. p. 31.

16. PUBUSA, Andrea. **Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 48-49.

17. PUBUSA, Andrea. *Op. Cit.*, p. 49.

18. Numa concepção ainda mais abstrata, Pietro Perlingieri identifica o interesse público com a “realização e a atuação dos direitos invioláveis do homem”, caracterizado por instâncias pessoais e “pela atuação de mais equânimes relações sociais fundadas no solidarismo e no personalismo, vistas como almas indefectíveis do projeto do constituinte republicano.” “O interesse público, portanto, não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um direito de igual *status personae*.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 285.

É certo que o conceito de interesse primário, enquanto interesse da coletividade (interesse coletivo primário) e fim de toda a atividade administrativa, encontra alicerces na Constituição brasileira. Disso não há dúvida. É correto que a assertiva não constitui nenhuma novidade. Afinal, a publicidade do interesse perseguido pela Administração deriva da idéia de República, no sentido de Bodin e Kant, como “coisa pública” e que hoje significa “comunidade” ou “coletividade política”.¹⁹ Todavia, mostra-se como um dever do jurista buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal que, embora antigo, incita ao abandono das trilhas batidas e rotineiras por onde tendem a enveredar, guiadas pelo pesado e rígido braço do hábito, todas as formas de atividade humana, sem exclusão da investigação intelectual e científica.²⁰

Nesse influxo, mostra-se indispensável trazer à colação o lúcido pensamento de Jorge Salomoni, notável administrativista argentino precocemente falecido. Afirmava Salomoni que “El interes público tiene dos consecuencias concretas em el sistema: en primer lugar, es el fundamento y limite de la potestad administrativa. Esto es, la Administración solamente puede actuar em función del interes público. Y si actúa fuera del interes público, el acto es nulo. Por lo tanto, es el fundamento y es el limite.”²¹

É curial, também, investigar até que ponto o interesse público não se confunde, na prática, com o interesse do administrador que, fugazmente, encontra-se no exercício do poder. Até onde a assertiva “interesse público primário enquanto interesse da coletividade” encontra-se no “mundo do dever ser” e não no “mundo do ser”?

-
19. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 484. No direito argentino, Germán J. Bidart campos assinala que a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina tem encarado o bem-estar geral do Preâmbulo como equivalente ao clássico bem comum ou bem público, porque “*lo público (al modo de la res publica romana) es la cosa pública o cosa de todos. No de un sector o de una parte, sino de la comunidad total.*” CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo Cunha (Orgs.). **Estudios de derecho constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.
20. DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958. p. 10-11.
21. SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: _____; Romeu Felipe Bacellar Filho; Domingo Juan Sesín. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 23.

Exatamente por essa razão, impende conferir à noção de interesse público um significado mais denso, complexo e juridicamente conformado. A distinção entre interesse coletivo primário e interesses secundários, com a associação do interesse público ao primeiro, constitui importante forma de definir a significação dessa expressão. Trata-se, conforme elucida Celso Antônio Bandeira de Mello, da *estrutura* da categoria denominada “interesse público”, mas não do seu *conteúdo*, que só pode ser encontrado no direito positivo²².

Contudo, para atar a noção de interesse público às amarras jurídicas, vedando o seu emprego distorcido por parte dos administradores para fins escusos, impõe-se afivelar o seu conteúdo a determinadas normas que operam como sujeições da Administração Pública, necessárias ao alcance do interesse da sociedade: os princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos no art. 37, *caput* da Constituição Federal²³. Cuidado, pois, de revelar o *conteúdo jurídico* fundamental da noção de interesse público no Direito brasileiro.

3 INTERESSE PÚBLICO, LEGALIDADE E JURIDICIDADE: O INTERESSE PÚBLICO RESIDE NO DIREITO POSITIVO

Observada a *estrutura* do interesse público, como o interesse coletivo primário – resultante da parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade – faz-se necessário identificar o seu *conteúdo*.

Conforme expõe clara e acertadamente Celso Antônio Bandeira de Mello, “*do ponto de vista jurídico* será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”²⁴. Assim, é possível afirmar que o interesse público identifica-se, em um primeiro momento, com a *juridicidade*, isto é, a sua realização estará assegurada quando forem cumpridos

22. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190.

23. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”.

24. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

os comandos emanados do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, a observância da *legalidade* é curial para a consecução do interesse público, já que este deverá ser encontrado no conteúdo das leis que compõem o direito positivo.

Nesse sentido, é possível identificar o *conteúdo* do interesse público a partir dos chamados princípios da *juridicidade* e da *legalidade*, uma vez que, nas lições do precitado jurista paulista: “é de interesse público (...) aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição, e a partir dela o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”²⁵.

Não é por outro motivo, senão para alcançar o interesse público, que a Administração Pública, antes de tudo, está presa ao princípio da legalidade. Este princípio “não é um pressuposto” – como assinala, com grande propriedade, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – “mas uma determinante essencial”.²⁶

O princípio da legalidade da Administração está expressamente referido no *caput* do art. 37, da Constituição de 1988 e no art. 2º, da Lei 9.784/99. Trata-se de princípio decorrente do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país.²⁷ Expressa a idéia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias (princípio da prioridade e prevalência da lei,

25. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 190.

26. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 287.

27. Sobre o princípio da legalidade, na França, Claude Leclerq e André Chaminade afirmam que o mesmo constitui consequência lógica da existência, naquele país, de um Estado de Direito. Entretanto, a concepção primordial da administração francesa influi, consideravelmente, no conteúdo do princípio da legalidade. De acordo com o grau da autoridade na hierarquia administrativa, a noção de “legalidade” será mais ou menos vinculante. O princípio da legalidade originou-se na jurisprudência do Conselho de Estado. Mesmo assim, em decisão de 25 de fevereiro de 1982, o Conselho de Estado decidiu que o princípio deveria ser aplicado também em face do legislador. LECLERQ, Claude; CHAMINADE, André. **Droit Administratif**. 3ª ed. Paris: Litec, 1992. p. 1-2. Em Portugal, Canotilho e Vital Moreira situam o princípio da legalidade como sub-princípio concretizador do princípio fundamental do Estado de Direito. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 84. Na Espanha, cite-se ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1986.

princípio da reserva da lei) e de “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração”.²⁸

Conforme José Afonso da Silva, o princípio da reserva legal é mais concreto e específico que o princípio da legalidade, pois o primeiro “consiste em estatuir que a regulamentação de determinada matéria há de fazer-se necessariamente por lei formal” enquanto o segundo “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”.²⁹ A reserva legal absoluta impede que a matéria seja regulada por via de ato administrativo, como é o caso da reserva legal no direito penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), enquanto a reserva legal relativa permite que a matéria seja disciplinada por fonte diversa da lei, e, notadamente, via ato administrativo normativo, desde que observados os parâmetros legais, como é o caso do art. 153, §1º, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade conduz à formação da relação de legalidade entre os atos administrativos, de um lado; e o sistema jurídico (concepção ampla) ou a lei em sentido formal (concepção restrita), do outro. Com efeito, há dois enfoques doutrinários sobre os termos da relação de legalidade.

O debate emerge em duas variantes: princípio da legalidade como vinculação da Administração ao ordenamento jurídico ou à lei formal? Em sentido amplo, Hauriou considerava este princípio ligado ao bloco da legalidade (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes). Já para Merkl, tal perspectiva corresponderia ao princípio da *juridicidade* da Administração, reservado o princípio da *legalidade* para a relação com a lei formal.³⁰ A solução ampliativa aumenta o campo de incidência do princípio. A seu turno, a restritiva postula pela garantia de outros princípios ao lado da legalidade.

Lúcia Valle Figueiredo adota o sentido amplo. Assevera que a legalidade não importa, exclusivamente, sujeição da Administração à lei, mas também submissão ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais. Para praticar determinado ato o administrador não tem de encontrar arrimo expresso em lei específica para o caso concreto.³¹

28. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 84.

29. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 421-423.

30. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Op. Cit.*, p. 370-371.

31. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo e Procedimento Administrativo. In: **Perspectivas do Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 382.