

ARTIGO

Novas considerações acerca da supremacia do interesse público primário sobre interesse público secundário: uma releitura à luz da doutrina italiana

Raphael Andrade Sousa

Advogado. Master of Laws (LL.M) em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (2016). Ex-aluno da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Assessor Jurídico da Procuradoria Geral do Município do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Educação da Ordem dos Advogados do Brasil. rapha.ibl@gmail.com

RESUMO

A constitucionalização do Direito Administrativo pressupõe eterna releitura de seus principais dogmas, constituídos quase que em sua maioria no desrespeito aos principais fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito. Exemplos dessa releitura podem ser constatados na adoção de um modelo de administração pública gerencial, na relativização da supremacia do interesse público sobre interesse privado e, principalmente, na concretização do princípio da juridicidade.

Entretanto, as conquistas acima não podem conduzir à estagnação da doutrina e jurisprudência. Ao contrário, a prática administrativista aponta para necessidade de uma releitura do interesse público, bem como do papel do Estado em sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo. Interesse público primário e secundário. Supremacia. Razoabilidade/proporcionalidade. Técnica de ponderação.

ABSTRACT

The constitutionalization of Administrative Law presupposes permanent reinterpretation of its main tenets, constituted mostly in disregard to the main foundations and principles of the Democratic Rule of Law. Examples of this new reading can be observed by adopting a model of managerial public administration, relativizing the supremacy of public interest over private interest and, especially, achieving the principle of legality.

However, the achievements above must not lead to the stagnation of doctrine and jurisprudence. Instead, the administrative doctrine practice points to the need for a review of the public interest and the state's role in its implementation.

KEY-WORDS

Administrative Law. Primary and secondary public interest. Supremacy. Reasonableness / proportionality. Balancing.

1. INTRODUÇÃO

Como é sabido, a Constituição de 1988 consagrou dois importantes modelos constitucionais, a saber: a) norte-americano, fundado nas liberdades individuais – verdadeiro núcleo de direitos – e nas regras jurídicas do jogo político; e b) constitucionalismo europeu continental pós Segunda Guerra Mundial, fundada na consagração de valores, na rigidez constitucional, direitos sociais, dirigismo constitucional, dentre outros.

Vê-se, portanto, quem em alguma medida a Magna Carta de 1988 consagrou modelos verdadeiramente antagônicos ou de difícil conciliação. À guisa de exemplo, destaque-se o Estado de Direito e Direitos Fundamentais; Jurisdição Constitucional e Democracia.

Visando atribuir harmonia ao sistema de jurisdição constitucional, bem como consagrar minimamente o princípio constitucional da segurança jurídica, buscou-se a formulação da hermenêutica constitucional, cujo objetivo precípuo era interpretar e aplicar a norma constitucional de maneira clara e objetiva. Assim, o que antes era inconciliável à priori passou a coexistir pacificamente, cabendo ao intérprete, quando da análise do caso concreto, estabelecer qual direito ou princípio fundamental deve prevalecer.

É justamente diante desse inconstante cenário de colisão aparente de direitos fundamentais – principalmente analisados à luz dos administrados – que se situa hoje o direito administrativo.

Com efeito, o surgimento de uma sociedade cada vez mais pluralista, aliada à globalização e falência de determinadas ideologias estatais, foi determinante para que a noção de interesse público se expandisse, a ponto de colidir indubitavelmente com o interesse do Estado.

Diante desses conflitos sociais, tomados aqui em nível mais abrangente possível, que surge a necessidade de definição de interesse público à luz da Constituição Federal. Porém, os fatos sociais apontam para crise de efetividade no conceito de *interesse público*, principalmente quando em coito com clássica dicotomia apontada pela doutrina, a saber: interesse público primário; e *interesse público secundário*.

Desta feita, sem pretensão de exaurir o tema proposto, buscar-se-á demonstrar a necessidade de rediscussão da supremacia do interesse público primário sobre o interesse público secundário à luz da crise de efetividade no conceito. Para tanto, faz-se necessário buscar fundamento de validade na doutrina italiana, pioneira no abandono da supremacia *apriorística* do interesse público primário.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na virada do século XX para o XXI, assiste-se profunda e significativa mudança nos paradigmas políticos, econômicos e jurídicos. Passa-se de um modelo de Estado Intervencionista para o Estado Democrático de Direito. Novos fenômenos sociais eclodem, dentre os quais destaca-se a globalização e a era da informática, com suas ambivalências representadas pelo desenvolvimento tecnológico e pelo aumento da pobreza entre os povos.¹

Especificamente no Brasil, a crise no modelo institucional foi sensivelmente percebida – ou agravada – com a consagração da Constituição Federal de 1988 que, como visto, consagrou tanto o modelo norte-americano quanto o modelo europeu continental pós Segunda Guerra Mundial.

Assim, pode-se dizer que tais transformações do Estado, aliadas às constantes transformações de uma sociedade cada vez mais pluriclasse, pressionou a Administração Pública para transcender na satisfação da coletividade, sua essencial razão de ser.

Como muito bem exposto por Gustavo Binenbojm², a crise do direito administrativo não constitui algo novo, mas é, em verdade, vício de origem. As transformações por que passou o Estado apenas sublinharam e agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à administração pública.

Em outras palavras, tais acontecimentos históricos, políticos, jurídicos e sociais apenas lançaram luz ao abismo entre interesse público – analisado aqui como interesse da coletividade –, e interesse do Estado.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto³, a mudança no cenário do direito administrativo deve-se a dois fatores: (i) *sócio político*: o surgimento da sociedade como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático; e (ii) *juspolítico*: a afirmação do constitucionalismo como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal.

Acerca das importantes mudanças decorrentes da adoção de um Estado Democrático de Direito, são os ensinamentos da professora Patrícia Baptista⁴:

“Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à administração, o administrado foi levado ao *status* de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da administração pública”.

(Grifou-se)

Diante desse cenário de profundas mudanças, resta incontroverso que a noção de interesse público foi igualmente modificada. Da mesma forma, pode-se dizer que da noção de interesse público surgiram diversos conflitos sociais, cabendo ao Estado identificar e dirimir com fincas a resguardar a harmoniza social.

3. A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

É assente na doutrina administrativista que o interesse público, legalmente definido como o que está posto sob a responsabilidade do Estado e tido como finalidade de sua ação, é, pois, o interesse geral da coletividade. Trata-se do fundamento e o fim do exercício de funções e da tomada de decisões pelo Estado⁵.

Em que pese a conceituação ou noção acima, consagrada pela doutrina administrativista, sua vagueza de indeterminação ainda causa distorções no mundo dos fatos.

Explica-se. Conforme visto, a multiplicidade das relações sociais, aliada à evolução das necessidades da coleti-

vidade (formação de uma sociedade pluriclasse) – fenômenos naturais no Direito contemporâneo –, demonstrou que a noção de interesse público não poderia ser compreendida em sua homogeneidade.

Nas palavras de Massimo Severo Giannini⁶, a heterogeneidade e a multiplicidade de interesses públicos devem ser compartilhadas com a sociedade por meio de suas próprias organizações, daí decorrendo sua promoção e defesa. Assim, convencionou-se dizer que “o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social”⁷.

A noção passada pela doutrina administrativista acima, certamente não encerra toda a problemática do interesse público. Isso porque, da atuação do administrador público cabe ainda responder o seguinte questionamento: o interesse público pode ser compreendido sob aspecto metajurídico, superior aos interesses individuais? Ou, ao contrário, sua concepção parte do sistema jurídico considerado intrinsecamente como a soma da vontade dos indivíduos. Trata-se, como se sabe, das concepções anglo-saxônicas e europeias do interesse público.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁸, enquanto nos EUA e no Reino Unido o interesse público é considerado como intrinsecamente ligado aos interesses individuais, sendo próximo ao que resultaria de uma soma dos interesses individuais (satisfação dos indivíduos como satisfação do interesse público), nos Estados de raiz germânico-latina o interesse público é tendencialmente considerado superior à soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pela qual é protegido e perseguido pelo Estado.

É justamente nesse conceito de interesse público que a doutrina administrativista costuma distinguir em interesse público primário e interesse público secundário. Porém, conforme se passará a demonstrar, a noção amplamente consagrada pela doutrina merece ser revisitada, merecendo, pois, sua adequação à realidade social.

4. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO SOBRE O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

A dicotomia entre interesse público primário e interesse público secundário fora concebida originalmente pela doutrina italiana, segundo os estudos do administrativista Renato Alessi⁹.

Assim, convencionou-se que o interesse público primário (originário) refere-se à satisfação do interesse geral da sociedade, ao passo que o interesse público secundário (instrumental ou derivado) estaria atrelado aos interesses do próprio aparelho estatal.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a classificação das atividades administrativas deve ser analisada segundo a natureza dos interesses envolvidos. Assim, sob o critério objetivo da natureza dos interesses considerados, classificam-se em *administração pública extroversa* e *administração pública introversa*, e, sob o critério subjetivo da natureza dos interesses dos administradores, em *administração direta* e *administração indireta*.

Assim, sintetiza o eminente administrativista¹⁰:

“Destarte, enquanto a *administração pública extroversa* é finalística, atribuída especificamente a cada ente político, obedecendo a uma partilha constitucional, a *administração pública introversa* é instrumental, atribuída a todos seus entes e agentes”.

Independentemente da classificação adotada pela doutrina administrativa brasileira, certo é que todas são unânimes em anunciar: há uma supremacia *a priori* do interesse público primário (*administração pública extroversa*) em sobre interesse público secundário (*administração pública introversa*).

4.1. A discricionariedade como ponderação comparativa dos interesses públicos secundários em detrimento ao interesse público primário

Como é cediço, a ação da Administração Pública, segundo a doutrina tradicional, se substancia no cuidado concreto do interesse público selecionado pela lei e confiado como centro de atribuição do poder público. Assim, convencionou-se dizer que a persecução de um certo interesse público deve observar o conteúdo e os limites estabelecidos pela lei, priorizando como melhor caminho a escolha realizada à luz da adequação, conveniência e oportunidade.

Para a doutrina italiana, preconizada por Riccardo Villata e Massimo Severo Giannini, o administrador público é investido de ampla faculdade decisória para atribuir densidade aos interesses (público, *difuso* e privado) envolvidos na ação administrativa. Porém, ressalva que o agente público deve agir, para não transcender ao ilícito, uma exata valoração e ponderação dos valores envolvidos quando de sua atuação, tais como: materiais ou imateriais; relevantes ou não para o caso concreto.

Com efeito, muitos são os casos em que a própria matéria objeto da ação do administrador público já indica quais fatores devem ou não ser considerados. Assim, à guisa de exemplo, a atuação de determinado agente público na implementação do direito fundamental à educação não pode transcender dos objetivos e limites estabelecidos pela Constituição Federal. É dizer: há determinados casos em que haverá pouca margem de liberdade ao administrador público, porquanto praticamente exaurido pelo legislador constituinte ou ordinário.

Entretanto, há casos em que a cabe ao administrador público a tarefa de buscar o útil e necessário para a realização do caso previsto pelo legislador. Em tais casos, estar-se-ia diante da chamada *discricionariedade administrativa*.

A doutrina italiana, ao longo do tempo, construiu diversas propostas acerca da discricionariedade administrativa. Assim, pode-se dizer que, no direito italiano, são espécies de discricionariedade administrativa: (i) *discricionariedade*

como meio de liberdade de escolha para alcançar uma finalidade pública; (ii) discricionariiedade como meio de escolha das diversas soluções possíveis; e (iii) discricionariiedade como ponderação comparativa de interesses conflitantes.

Importante para o presente caso, a *discricionariiedade como ponderação comparativa de interesses conflitantes* é entendida por Massimo Severo Giannini como exercício do poder discricionário, notadamente nas hipóteses em que o interesse público posto pela norma atributiva de poder (interesse primário) não é o único, ao contrário, convive de maneira conflituosa com outro interesse igualmente público – interesse público secundário –, e com o interesse individual do cidadão.

Vê-se, portanto, que, ao menos para parcela da doutrina italiana, a problemática de interesse público primário, secundário, difuso ou privado é solucionada à luz da análise de liberdade outorgada pela lei (*lato sensu*) ao administrador público. Trata-se dos elementos vinculado e discricionário dos atos administrativos.

Como é sabido, a atividade vinculada encontra todos os seus elementos *aquisitivos*¹¹ e *valorativos*, para fins de uma decisão administrativa, prévia e rigidamente definidos pela lei, de modo que autoridade administrativa é chamada apenas para realizar uma simples verificação quanto à hipótese da lei no caso concreto, de maneira que o *modus procedendi* é quase mecânico, tendo o legislador determinado previamente o resultado a ser alcançado.

Nessa senda, quando o ato administrativo é vinculado, não há nenhuma margem de discricionariiedade ao administrador público. Ao contrário, a administração pública tem obrigação de agir e vinculado ao seu conteúdo, sem que disso possa ser efetuada alguma comparação com interesse público primário ou secundário.

Com efeito, da natureza vinculada do ato administrativo deriva que o dever de fundamentação está cumprido mediante simples enunciação dos pressupostos da ação administrativa posta em prática.

Em sentido diametralmente oposto, quando a lei deixa à autoridade administrativa uma margem de valora-

ção de certos aspectos da decisão a ser tomada – o que convencionou-se, na doutrina italiana, de se chamar *de an, quid quomodo e quando* –, fala-se em discricionariedade administrativa.

Ressalte-se, desde já, que a lei não falha ao não regular cada particularidade da hipótese. Ao contrário, limita-se a predeterminar quais aspectos essenciais do *fattispecie* (caso) e do exercício da autoridade administrativa, remetendo para esta sua ulterior apreciação correlata aos perfis e interesses do caso concreto.

Importante, aqui, trazer as lições do eminente administrativista italiano Riccardo Villata¹², para quem:

“L’attività amministrativa può essere sia discrezionale che vincolata. La discrezionalità rappresenta la normalità per i provvedimenti, ma la potestà discrezionale ha sempre dei momenti vincolati. L’amministrazione è titolare di in potere di disporre la produzione di effetti giuridici sia nell’ipotesi di atti discrezionali sia nell’ipotesi di attività vincolata. Nel caso della discrezionalità la differenza è che l’amministrazione non è limitata da norme, potendo scegliere le modalità con cui produrre que gli effetti”.

Extraí-se, portanto, que toda ação administrativa discricionária, em certo grau, estará vinculada aos parâmetros (standards) traçados pela lei, ou seja, jamais será totalmente livre o administrador público. Porém, é importante entender que a diferença principal entre ato administrativo vinculado e discricionário é que, nesse último caso, o administrador público não está limitado pela norma, ao contrário, nela encontra fundamento de validade para consecução da finalidade pública que se pretende alcançar.

Em todo caso, ressalva a doutrina italiana que a discricionariedade pressupõe, portanto, a atribuição de um espaço decisório livre para a autoridade administrativa, que irá preencher com o conteúdo decisório do caso, respeitados os limites fixados pela lei e inspirados no critério da boa administração.

Assim, sustentam que o critério para atuação do administrador público será fixado do resultado obtido em uma *ponderação comparativa* do interesse público mais secundário em ordem a um interesse público primário.

A esse respeito, é o entendimento do eminente administrativista italiano Massimo Severo Giannini¹³:

“L’amministrazione, nell’esercitare la facoltà di scelta, sai pur diretta ala massimizzazione dell’interesse pubblico primário, non può non considerare gli altri interessi, nella sua ottica secondari, che vengono in gioco. Essa, nel momento in cui esercita il potere discrizionale, à tenuta a compiere una *ponderazione comparativa degli interessi secondari in ordine all’interesse primário*.”

Assim, para a doutrina italiana, não há supremacia a priori de interesse público. Ao contrário, o resultado da atuação administrativa na consagração de um interesse público específico decorrerá do exercício da *ponderação comparativa* obtida quando da análise do caso concreto.

Portanto, a discricionariedade constitui margem de valoração que a lei deixa ao administrador público para a promoção, no caso concreto, da satisfação de determinado interesse público, seja ele público primário ou secundário.

Rechaça-se, portanto, a visão de supremacia *a priori* do interesse público primário, substituindo-o por um critério de ponderação comparativa do interesse público mais secundário com o interesse público primário.

Uma nota digna de registro. Disse-se interesse público “mais secundário” e “interesse público” porquanto entende-se que muitas são as possibilidades de manifestação do interesse público secundário, compreendido como interesse do próprio Estado – seus bens, agentes e recursos. Entretanto, a nomenclatura “interesse público primário” mantém-se no singular na medida em que há somente um único interesse público primário, consistente apenas na satisfação da coletividade.

A escolha discricionária, portanto, deve ter por objetivo a satisfação do interesse público (primário ou secundário) mediante adequada valoração e ponderação de todos os diversos interesses públicos envolvidos.

Discricionariedade, para fins da ponderação comparativa de interesses, consiste em julgamento – valoração dos interesses ponderáveis – e vontade – escolha da medida mais oportuna. Para tanto, a prevalência deverá ser quando da análise do caso concreto, mediante a utilização de *critérios objetivos* de solução de conflito de interesses, ou seja, jamais numa hierarquia *a priori*.

5. PONDERAÇÃO COMPARATIVA DOS INTERESSES PÚBLICOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

5.1. O problema da ponderação no Brasil - Flagrante necessidade de adoção de critérios objetivos na ponderação de interesses

Ab initio, cabe destacar que o presente tópico tem por objetivo conduzir a doutrina administrativa brasileira à uma breve reflexão acerca das construções doutrinária decorrentes da doutrina italiana, razão pela qual não se pretende exaurir o tema ora proposto.

Conforme dito no início do texto, as atuais conjunturas sociais favoreceram a evolução para uma sociedade cada vez mais complexa e mais pluriclasse. Da mesma forma, o modelo constitucional adotado no Brasil incrementou o cenário de instabilidade, principalmente com a adoção de diversos interesses conflitantes.

Com efeito, a solução dos conflitos de interesses e conseqüente busca pela harmonia social não poderia decorrer da realização de ponderação em tese e abstrata em favor apenas de uma espécie de interesse.

Acerca da importância da ponderação como técnica de solução de conflitos, são os ensinamentos do eminente Ministro Luís Roberto Barroso¹⁴:

“A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusa de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no cotidiano da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente”.

(Grifou-se)

Entretanto, não se pode conceber a ponderação como mera utilização de tese para obtenção de resultado pré-determinado pelo intérprete. Ao contrário, a ponderação deve ser utilizada diante da existência de dúvida, solucionada mediante adoção de critérios objetivos que sirvam de *bússola interpretativa para melhor escolha do intérprete ou da autoridade administrativa*.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o problema da argumentação jurídica como técnica de ponderação de interesses é que geralmente não se sabe o que conta como argumento. Ao contrário, são utilizados tantos argumentos quantos forem necessários para consecução do objetivo final pretendido pelo intérprete.

Assim, em muitos casos a ponderação – e os argumentos nela envolvidos – não passa de uma falácia, de um “circo armado” para obtenção de resultado já previsto. A rigor, pondera-se já sabendo o “resultado final do jogo”. Para tanto, basta o intérprete definir a escolha que pretende fazer diante de eventual conflito; em momento posterior, uma vez elencado qual o objetivo final, criam-se argumentos para defender essa tese e, ao mesmo tempo, argumentos para repelir entendimentos contrários.

Porém, em se tratando do conflito dos interesses público primário e secundário, a ponderação deve partir de critério

objetivo e, por via de consequência, jamais pode ser concebida *a priori*.

5.2. A supremacia do interesse público primário sobre interesse público secundário e a herança genética acumulada pelo Poder Público atual

Como é cediço, a história do direito administrativo é marcada por inúmeras violações aos direitos básicos dos administrados. São exemplos dessas violações o absolutismo, liberalismo econômico e até no Estado de bem estar social, sendo certo que nesse último a violação dava-se essencialmente por meio da ineficiência do Estado em promover direitos fundamentais.

Com efeito, não é forço concluir – ainda que de maneira empírica – que a ineficiência estatal gerou uma crise de desconfiança dos administrados face ao poder público, que se repercutiu até os dias atuais. Em decorrência, criou-se uma verdadeira “herança genética da desconfiança” que culminou na criação de diversos diplomas cujo objetivo precípua era “amarrar” o administrador público ao texto da lei.

Assim, inverteu-se a lógica da presunção de boa-fé da Administração Pública, condenaram-se todas as futuras gerações de administradores públicos pelos erros anteriores, engessando o poder público na concretização de valores fundamentais para sociedade.

Tanto é verdade, que o princípio da juridicidade – amplamente defendido pela doutrina administrativista – buscou precipuamente combater o princípio da legalidade sob o prisma da *habilitação legal*. Assim, consagrou-se entendimento segundo o qual atuação do administrador público consagradora de direitos fundamentais não pode ficar adstrita à existência de lei prévia, sob pena de utilizar-se indevidamente do princípio da legalidade – importante instrumento da ordem constitucional – para violar outros direitos igualmente importantes.

Exemplo clássico da juridicidade como superação da legalidade estrita foi a resolução n. 7, do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo precípua foi vedar o nepotismo no

âmbito do poder judiciário que, posteriormente, influenciou a edição da súmula vinculante n. 13.

Sem embargo, pode-se dizer que a juridicidade representou importante superação da “herança genética da desconfiança” da atuação da Administração Pública. Entretanto, a supremacia *a priori* representa, ainda, resquícios genéticos dessa herança.

Portanto, da mesma maneira que a superação do formalismo legal representou importante evolução da Administração Pública – consagrando direitos fundamentais – a supremacia *a priori* precisa ser revista para também consagrar outros direitos fundamentais igualmente importantes.

Como ponto de partida, pode-se dizer que a liberdade decisional do administrador público na satisfação do interesse público encontra verdadeiros standards que servirão de limitadores dessa faculdade, conforme será devidamente demonstrado.

5.3. A supremacia do interesse público – Uma visão à luz da doutrina italiana

De forma simples e didática, preconiza a doutrina administrativista que interesse público primário é o verdadeiro interesse a que destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular. Já o interesse público secundário diz respeito ao interesse patrimonial do Estado.

A esse respeito, são os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵:

“Parece, assim, mais indicada, nessas circunstâncias, a adoção de um conceito didático de corte tradicional, compósito e flexível: *Direito Público é o ramo da Ciência Jurídica que estuda os princípios, regras e institutos atinentes às relações de subordinação e de coordenação referidos ao Estado, aos seus desdobramentos, aos seus delegados e à sociedade organizada, na definição, prossecução e defesa de interesses públicos, assim entendidos*

tanto os primários, atinentes à própria sociedade, como secundários, referentes ao Estado, desde que compatíveis com os primários.

(Grifou-se).

O pensamento cartesiano de supremacia *a priori* do interesse público primário, muito embora sedutor por sua clareza e objetividade – uma vez que dispensa maiores considerações teóricas –, merece ser repensado à luz da adoção de critérios objetivos para eventuais conflitos entre os interesses públicos envolvidos.

Extraí-se, daí, que toda supremacia – seja do interesse público primário, seja do interesse público secundário –, decorrerá da análise do caso concreto, rejeitando-se, portanto, hierarquia *apriorística*.

Como argumento de reforço para o que se pretende defender neste artigo, pode-se dizer “a própria indeterminação do que seja a essência do interesse público dificulta a aceitação de sua supremacia como dogma do direito administrativo¹⁶”.

Pois bem. Segundo se extraí dos ensinamentos do eminente administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a existência de um interesse público secundário está adstrita à sua compatibilidade com o interesse público secundário. Assim, pode-se dizer que, das duas, uma: ou não há hierarquia, mas sim necessária vinculação à finalidade pública; ou a escolha pelo administrador público decorrerá da análise do caso concreto, ponderando qual interesse público deverá prevalecer casuisticamente.

Visando manter a separação dogmática entre interesses públicos primário e secundário – principalmente por suas repercussões práticas – concorda-se com a doutrina administrativista italiana no sentido de que a preponderância será sempre *in concreto*.

Para tanto, o administrador público – e até mesmo aplicador do direito – se utilizará de um *critério objetivo* que servirá de bússola interpretativa, qual seja: o *princípio da finalidade*. Trata-se, pois, dos elementos *aquisitivos* do ato administrativo preconizado pela doutrina italiana.

Sem embargo, atuação da administração pública depende da existência indelével da finalidade. Não por outro motivo, a finalidade constitui elemento do ato administrativo, inclusive elevado à condição de princípio implícito da administração pública, insculpido no artigo 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999.

Por esse princípio, bastante ligado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, a Administração deve apenas buscar a realização do interesse público, consubstanciado no atendimento aos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos .

Verifica-se, portanto, que o princípio da finalidade tem por objetivo vedar que a atuação da Administração Pública busque os objetivos pessoais do agente público por ela responsável.

À luz dessa breve consideração, pode-se dizer que o princípio da finalidade, analisado aqui unicamente sob o prisma da vedação à satisfação dos interesses pessoais do agente público, consiste em verdadeiro fator balizador da supremacia do interesse público.

Explica-se. Quando de sua atuação, o administrador público deve utilizar como bússola interpretativa a finalidade pública. Assim, em um eventual conflito entre os interesses públicos secundários e o interesse público, deve-se buscar aquele que mais se compatibiliza com o princípio da finalidade.

Desta feita, afiguraria inconstitucional eventual atuação do administrador público que prestigiasse o interesse público secundário sem qualquer *demonstração da finalidade pública que se pretende atingir*.

Portanto, não se pode dizer que, *a priori*, os interesses do Estado – bens e pessoal, por exemplo –, são inferiores ao interesse público primário. Assim, num eventual conflito entre os interesses públicos em questão, deve o administrador público optar por aquele que prestigie a finalidade pública, ainda que tal opção seja o fortalecimento da máquina estatal, *devendo ser demonstrado, também, que tal escolha será revertida para coletividade, mesmo que não imediatamente ou de maneira indireta*.

Pois bem. Sintetizando o que se pretende defender no presente artigo, pode-se dizer que a supremacia do

interesse público primário ou secundário decorrerá de ação discricionária do administrador público, quando da análise do caso concreto.

Porém, cabe ressaltar que o agente público não está totalmente livre na escolha do interesse público a consagrar. Assim, pode-se elencar os seguintes *standards* para atuação do administrador público: (i) *verificação da liberdade de conformação pelo intérprete*; (ii) *identificação dos interesses públicos (primário ou secundário) em rota de aparente colisão*; e (iii) *adequação à finalidade pública*.

O primeiro elemento objetivo para atuação do administrador público indispensável para verificação de qual interesse público deve prevalecer consiste na prévia verificação da liberdade de conformação outorgada pela lei ao intérprete.

Explica-se. Como se sabe, a identificação de um ato administrativo vinculado ou discricionário consiste na análise da lei que inspirou a atuação do agente público. Assim, pode-se dizer que um ato é discricionário ou vinculado a partir da lei.

Sem embargo, tal distinção torna-se fundamental para análise dos demais elementos objetivos. Isso porque, tratando-se de ato administrativo vinculado o administrador público não possui nenhuma margem de liberdade. Ao contrário, existindo os pressupostos fáticos enunciados pela lei, deve o administrador público agir independentemente da discussão do interesse público primário ou secundário.

Por dedução lógica, o prosseguimento dessa análise categorial-sequenciada dos elementos objetivos depende da conclusão inicial que se trata de ato administrativo discricionário.

Em sendo discricionário o ato administrativo, passa-se para o segundo elemento: identificar os interesses públicos (primário ou secundário) em aparente colisão. Isso porque, conforme visto exaustivamente acima, a prevalência *in concreto* do interesse público dependerá da ponderação comparativa dos interesses públicos secundários com o interesse público.

Por fim, uma vez identificados os interesses em aparente conflito, cabe ao administrador, utilizando-se de sua discricionariedade, agir para consecução de determinado objeti-

vo. Porém, sua decisão depende da análise de requisito indispensável: *atuação segundo a finalidade pública definida pela lei ou consagrada constitucionalmente*.

Nessa senda, a finalidade pode ser concebida em dois prismas: o primeiro, de ordem negativa: *vedação à promoção pessoal do agente*; o segundo, de ordem positiva: *exata adequação aos termos fixados na lei ou na Constituição Federal*.

Assim, legitima-se a atuação do administrador público quando ausente qualquer interesse pessoal e, ao mesmo tempo, quando encontra fundamento de validade na lei ou na Constituição Federal, *podendo consagrar o interesse público primário ou secundário*.

A rigor, o que se pretende no presente tópico é dizer que o princípio da finalidade constituiu bússola interpretativa da atuação do administrador público, ou, segundo a doutrina italiana, elemento indispensável na concreção da ponderação comparativa.

CONCLUSÃO

O modelo constitucional consagrado no direito brasileiro, per se, acentuou os conflitos de interesses. Aliado a isso, a evolução para uma sociedade pluriclasse, a evolução da tecnologia e globalização tiveram papel fundamental na tensão entre os interesses dos administrados, seja frente ao poder público, seja entre eles.

Diante desse cenário conflituoso, encarou-se a realidade que a lei não exauria todos os elementos necessários para harmonia social. Logo, foram desenvolvidas inúmeras teorias e técnicas de ponderação de interesses, com fins a identificar e harmonizar os bens em rota de colisão, sempre com a preocupação de não negar a própria existência do direito.

Em tais casos, fixou-se entendimento que a prevalência seria sempre *in concreto*, jamais numa perspectiva *a priori* de hierarquia.

Pois bem. Tal como aconteceu no direito constitucional, pode-se dizer que o caminho mais correto para doutrina administrativa brasileira deve ser deixar a argumentação jurídica penetrar na motivação do administrador público para escolha do interesse público que pretende consagrar.

Com a Constituição Federal de 1988 – sua força normativa – passa-se a reconhecer as atribuições perfeitamente delineadas da Administração Pública, principalmente seus deveres para com os administrados. Portanto, é necessário reconhecer a responsabilidade do Estado no exercício desse seu papel constitucional, findando-se eventuais desconfianças.

Assim, passa-se do *status* de interesses públicos *a priori* de que são titulares alguns atores da ordem constitucional, para uma análise concreta e efetiva de qual interesse público deve prevalecer quando da análise do caso concreto e de acordo com sua finalidade.

O interesse público é, então, modificado na sua natureza de interesse próprio do Estado ou mesmo da coletividade, mas geralmente concebido como uma entidade impessoal e objetiva, externa aos direitos dos cidadãos (*rectius das pessoas*); não mais constituiu uma superestrutura burocrática e supra-individual, passando sim a ser síntese e realização equilibrada dos valores das pessoas associadas na unidade dos seus direitos e dos seus deveres, como titulares de um *status personae paritário*¹⁸. O interesse público se manifesta como interesse que deve ser satisfeito apenas com a finalidade de satisfazer o interesse das pessoas, seja ele primário ou secundário.

Por fim, a adoção de critérios objetivos para tomada de decisão não legitima somente a atuação do administrador público. Ao contrário, possibilita a criação de mecanismos de controle dessa atuação administrativa, tais como a liberdade de conformação pelo administrador público, quais interesses públicos estão em conflito e, na prevalência de um, a estrita adequação da escolha ao texto da lei ou da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo, 2ª ed, 2013. Rio de Janeiro: Editora Forense.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Dott Antonio Giuffrè Editore.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed, 2003. São Paulo: Editora Saraiva.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEDERICO, Andrea. *Autonomia Negoziale e Discrezionalità Amministrativa: gli "accordi" tra privati e pubbliche amministrazioni*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

GIANNINI, Massimo Severo. Il Potere Discrizionale della Pubblica Amministrazione. Milano, 1939, 72 ss. In *Diritto Amministrativo*. Milano, 1988.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed.rev., atual e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de Direito Administrativo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de Direito Público. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

VILLATA, Ricardo. Il Provvedimento Amministrativo italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

NOTAS

1. TORRES, Ricardo Lobo. Prefácio: In Moreira NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
2. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a.
3. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p. 12.
4. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 129.
5. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 2ªed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.
6. GIANNINI, Massimo Severo. Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro, 2014, p. 58.
7. ALLEGRETTI, Umberto. Idem.
8. ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed, 2013. Rio de Janeiro: Editora Forense. Pag. 26.
9. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953. P. 151-152.
10. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p. 185.
11. Uma nota digna de registro. Para a doutrina italiana, considera-se elemento aquisitivo de um ato administrativo a finalidade que se pretende alcançar com a atuação do administrador público, ou seja, o que se pretende perquirir com a atuação do administrador público.
12. VILLATA, Ricardo. *Il Provvedimento Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. P. 62-63.
13. MASSIMO SEVERO. Giannini. *Il Potere Discrizionale della Pubblica Amministrazione*. Milano, 1939, 72 ss. In *Diritto Amministrativo*. Milano, 1988, II, P. 483 ss.
14. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pag. 358.
15. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 58.
16. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag. 201.
17. ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. P. 80-81.
18. FEDERICO, Andrea. *Autonomia Negoziale e Discrezionalità Amministrativa: gli "accordi" tra privati e pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, PP. 34-35.