

Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Luciana Gaspar Melquíades Duarte *

RESUMO

Este artigo propõe uma revisão do denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, acrescentando aos argumentos trabalhados por Ávila (2001) a proposta de revisão das clássicas teorias de justificação e de legitimação do Estado. Através da análise evolutiva do ente público, conclui-se que ele sempre esteve atrelado aos interesses das elites econômicas, e que, desta forma, aquilo que ele apresenta como interesse público para justificar sua atuação pode consistir em interesse tão somente da casta financeiramente dominante. Desta forma, não se pode permitir ao Estado uma sobreposição apriorística do interesse que apresenta como público sobre os interesses privados, devendo todo conflito entre tais interesses ser resolvido à luz dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, num processo que garanta a mais ampla participação popular possível.

PALAVRAS-CHAVE: supremacia do interesse público, justificação do Estado.

ABSTRACT

This article proposes a review of the principle of the supremacy of public interest over the private interest, adding to the arguments articulated by Ávila (2001) the proposal of a servicing of the classic theories of justification and legitimation of the State. By the analysis of the evolution of the State, one concludes that it has always been attached to the economic elite interests, and that, in this way, what it presents as public interest to justify its performance may only consist a financial dominant chaste interest. So, one may not allow the State an aprioristic overlapping of the interest it presents as public on private interests, and every conflict between such interests should be decided in light of the principles of the proportionality and of the practical agreement, in a process that guarantees the amplest possible popular participation.

KEY-WORDS: supremacy of the public interest, justification of the State.

1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E SUA REVISÃO PROPOSTA POR ÁVILA (2001)

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é conhecido, na literatura publicista brasileira, como um dos grandes alicerces da estrutura do Direito Administrativo, fundamentando a intervenção do Estado nos direitos individuais e as demais medidas de império da Administração Pública. Bandeira de Mello (2003, p. 60) define-o como:

(...) verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, afirmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

Tal concepção é acolhida e reproduzida por outros festejados doutrinadores, como Di Pietro (2002, p. 69), que textualiza ser o princípio em cotejo norteador não só das atividades administrativas do Estado, mas vinculado a todo o Direito Público.

Da mesma feita, Gasparini (2004, p. 19) assevera, explicando o princípio em cotejo, que, “no embate entre o interesse público e o particular, há de prevalecer o interesse público”, enfatizando, logo após, que, “com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos”. Gasparini (2004) apenas atenua seu entendimento perante o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, para cuja afronta, mesmo para atender ao interesse público, exige indenização dos prejuízos suportados pelo particular.

De tal concepção decorrem diversas conseqüências sobre todo o Direito Administrativo, uma vez que impinge o entendimento de que o Estado sempre estará legitimado a fazer preponderar o interesse por ele tutelado, quando o mesmo entrar em conflito com o interesse de um indivíduo. Entretanto, demonstrou Ávila (2001) a ausência de supedâneo jurídico para a manutenção desse entendimento.

Sendo o princípio da supremacia do interesse público o objeto do estudo ora empreendido, mister trazer a lume o conceito de interesse público. Justen Filho (2005, p. 37/47) dedica-se ao seu exame, adentrando, a princípio, numa análise excludente, de forma a lograr um conceito negativo de interesse público. Nessa toada, demonstra o autor que o interesse público não é aquele tutelado apenas pelo Estado, posto que, por exemplo, também pode ser perseguido por entidades privadas, mormente as assistencialistas, que compõem o terceiro setor. Apesar disso, todo interesse estatal é público, não sendo lícito o desempenho, por um Estado Democrático, de nenhuma atividade que vise a atender objetivo outro. O interesse público não é, outrossim, o interesse do aparato administrativo estatal, ou seja, um interesse do Estado unicamente como pessoa jurídica, desvinculado de seus fins.

Justen Filho (2005, p. 39) refuta a doutrina de Alessi (1960, *apud* Bandeira de Mello, 2003), de que existe uma distinção entre os interesses primários e secundários do Estado, asseverando que os interesses meramente instrumentais (concebidos por Alessi como secundários) da Administração Pública não são públicos. É o que Justen Filho (2005, p. 39) propala:

O chamado “interesse secundário” (ALESSI) ou “interesse da Administração Pública” não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são “interesses”, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que só está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral.

Aparta, por fim, Justen Filho (2005), o conceito de interesse público do interesse do agente público, que exerce função política ou administrativa. De fato, o princípio da impessoalidade e da moralidade embargam, por inteiro, qualquer concepção nesse sentido. Logo após, o autor refuta a proposta de que o interesse público seja o interesse privado comum a todos os cidadãos, ou, na impossibilidade fática de se obter um

consenso, de que ele seria o interesse privado da maioria da população. Verifica, o autor, que esse entendimento não logra sustentação, uma vez que interesses de minorias também devem ser garantidos pelo Estado, sob pena de se caracterizar um regime de opressão.

Não acata, outrossim, o entendimento de que o interesse público seria o interesse da sociedade, concebido como algo mais que o conjunto de indivíduos, mas como uma coletividade. É o que afirma o autor:

(...) essa construção é rejeitada por sua natureza antidemocrática. Gera a possibilidade de se reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto. A desvinculação entre o interesse individual e o interesse público contém o germen do autoritarismo. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 41)

Além da dificuldade de se extrair um conceito sobre interesse público, demonstra o autor que nem sempre existe um único interesse público numa dada situação, que pode, ao revés, congrega vários interesses públicos a um só tempo, sendo essa uma característica da sociedade plural em que se vive hoje, que comporta arranjos entre diversos grupos. Dessa forma, conclui que o interesse público é o interesse intransigível, indisponível, que demanda realização de princípios e valores fundamentais.

Dessarte, assevera Justen Filho (2005, p. 43) que “somente seria possível aludir a ‘interesse público’ como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou à atividade decisória da Administração Pública”. Dessa forma, para ele, “uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o ‘interesse público’”.

De ver-se, pois, que não se pode afirmar a existência de interesse público senão no caso concreto, sendo que, não raro, o interesse público poderá corresponder à proteção do interesse individual carecedor de garantia pelo Estado, sendo a ausência de um conceito unívoco de interesse público, portanto, um primeiro fundamento para se espantar a suposta supremacia do interesse público sobre o privado.

Ávila (2001) acrescenta, entretanto, outros argumentos que robustecem essa conclusão. Primeiramente, demonstra que a supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser considerado um princípio propriamente dito, uma vez que seu conteúdo não coaduna com a definição dessa espécie de norma fornecida pela teoria geral do Direito, bem como porque, segundo ele, o ordenamento jurídico brasileiro não corrobora sua existência como tal (ÁVILA, 2001, p. 07).

Demonstra, ademais, que a análise sistêmica dos direitos fundamentais e das normas de competência feita à luz da atual metodologia jurídica não permite a descoberta do citado “princípio”; ao revés, demonstra o autor, com fulcro na doutrina de Häberle (1997), que a Constituição de 1988 confere relevo privilegiado aos interesses privados, e não o contrário.

Abrigando uma determinação de priorizar o interesse público sobre o privado, o chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” não pode, de fato, ser havido como uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência do interesse público é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação. Tal como é apresentado pela doutrina tradicional, independentemente das possibilidades fáticas e normativas, a abstrata aplicação do princípio em apreço exclui a possibilidade de ponderação dos interesses envolvidos, pois o interesse público deve ter sempre, segundo sua dicção, maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) possam ser sopesadas.

Ademais, demonstra Ávila (2001) que inexistente contraposição entre o interesse público e o privado. O interesse privado e o interesse público estão, segundo ele, de tal forma instituídos nas Constituições modernas que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (*verbi gratia*, preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso, afirma Häberle (1970, *apud* Ávila, 2001), referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente, segundo ele, na proteção da esfera privada do que a brasileira: “o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição”. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não

significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados.

Nesse mesmo diapasão ressoa o entendimento de Schmidt-Assmann (2003, p. 165), que propugna pela ausência de oposição entre o interesse público e o interesse privado. Ao avesso, textualiza o autor que parcelas se agregam para compor o interesse geral, que seria o interesse tocante a toda a massa da população. Por isso, afirma ele a impossibilidade da separação entre ambos os interesses, ficando, por mais forte razão, excluída a possibilidade do vilipêndio do interesse privado pelo Estado, posto que esse também tem a missão de tutelá-los e respeitá-los. Vale conferir sua doutrina¹:

A Constituição parte precisamente da colaboração entre interesses públicos e privados. Ambos os tipos de interesse não são, a princípio, senão estágios prévios no caminho para a formação do interesse geral. Por isso, nesta fase inicial, não se pode estabelecer uma separação rígida entre interesses públicos e privados. Um interesse pode reunir, ao mesmo tempo, as características de um e de outro. Com frequência, os interesses públicos e privados se movem em paralelo a curta distância, se apóiam entre si ou se entrelaçam uns com os outros. Assim, pode ocorrer que a ponderação entre uma série de interesses públicos e privados (...) são conectados entre si com outro grupo de interesses estruturado da mesma forma.

Como se vê, portanto, existe um atrelamento, *in abstracto*, dos interesses públicos e privados, o que impede o surgimento de uma relação de prevalência do interesse público sobre o interesse particular, posto que essa exigiria dois objetos autônomos. Somente no caso concreto, poderiam ambos os interesses assumir um conteúdo objetivamente mínimo que desse origem a uma relação condicionada de prioridade.

¹ No original: “La Constitución parte precisamente de la colaboración entre intereses públicos y privados. Ambos tipos de interés no son, a menudo, son estadios previos en el camino para la formación paulatina del interés general. Por eso, en esta fase inicial no se puede establecer una separación tajante entre intereses públicos y privados. Un interés puede reunir al mismo tiempo las características de unos y otros. Con frecuencia, los intereses públicos y privados se mueven en paralelo a corta distancia, se apoyan entre sí o se entrelazan unos con otros. Así, puede ocurrir que la ponderación enfrente a una serie de intereses públicos y privados a la sazón conectados entre sí con otro grupo de intereses estructurado de la misma forma.”

Outro argumento trabalhado por Ávila (2001) e que também exclui o fundamento de validade desse princípio de supremacia é sua parcial incompatibilidade com postulados normativos – consoante sua classificação das normas (2004) em postulados normativos, princípios e regras - extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática.

Sendo o Direito o meio mediante o qual são estabelecidas proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, deve ser estabelecida uma *medida* limitada e orientada pela sua máxima realização. Disso resulta, por exemplo, o entendimento de Ávila (2004), no sentido de que a proporcionalidade não consiste em uma norma-princípio, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizada em vários graus ou aplicada mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto (e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência), mas institui o dever de ponderação dos diversos interesses e princípios em conflito numa determinada situação fática, consubstanciando uma condição mesma da realização do Direito. Os interesses que estão (estaticamente) em posição de contraposição, devem ser ponderados de forma que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização a cada um deles. Nisso consiste a chamada concordância prática, a condição positiva da qual se ocupou Hesse (1995 *apud* ÁVILA, 2001, p. 15): “Os traçamentos de limites (“Grenzziehungen”) devem, por conseguinte, ser proporcionais no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para estabelecer a concordância de ambos os bens jurídicos”.

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de normas de competência impinge, portanto, o dever de ponderação, mediante a obediência à proporcionalidade. Em face disso, resulta claro que não podem coexistir, no mesmo sistema jurídico, o chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” e os referidos postulados da proporcionalidade e da concordância prática, que direcionam a interpretação, não para uma prevalência *prima facie* de algum deles, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos.

Se, portanto, a proporcionalidade e a concordância prática forem considerados postulados normativos (como o são pela doutrina e pela jurisprudência com o nome de “princípios”), pode-se concluir que elas direcionam a interpretação de forma bem diversa

em relação àquela que seria resultado do chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”.

Häberle (1970 *apud* ÁVILA, 2001) esclarece que não fica excluída a possibilidade de o interesse público preponderar sobre o interesse privado, num determinado caso concreto. Frisa, entretanto, que tal consequência não pode ser resultado de uma pré-concepção, no sentido de que existe uma supremacia daquele sobre esse, devendo haver razões que fundamentem essa decisão:

Podem existir casos nos quais o interesse público ainda hoje receba a supremacia. Decisivo é apenas que os tribunais fundamentem normativamente esta superior hierarquia e não sucumbam à uma fórmula tradicional ou a postulados em vez de dar uma fundamentação.

Dessa forma, fica excluída, também pelos postulados constitucionais da proporcionalidade e da concordância prática, a possibilidade de se consagrar a existência do chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro.

Acrescenta Ávila (2001) que a análise do Direito Administrativo desenvolvida sob o influxo da contraposição entre o Estado e o cidadão e entre o interesse público e o privado, típicas do liberalismo, deve ceder frente a uma descrição e explicação do Direito Administrativo que incorpore a multiplicidade das relações administrativas, também definidas como relações jurídicas multipolares.

De igual sorte, a contraposição de interesses não pode ser encontrada na realidade da administração cooperativa e Estado cooperativo, novos conceitos basilares do Direito Administrativo, conforme fora percebido por Estorninho (1999, p. 152), que transferiu a fusão dos interesses públicos e privados para a própria concepção clássica dos respectivos ramos jurídicos, afirmando que “está hoje ultrapassada a idéia de que ‘Direito Privado’ e ‘Direito Público’ seriam verdadeiros conceitos ‘a priori’”. Para ela, portanto, sequer se pode falar em uma dicotomia público/privado, uma vez que ambas as esferas estariam quase fundidas em razão da diluição da fronteira entre elas, típicas do liberalismo.

A autora comprova sua assertiva com a demonstração de que o Direito Privado estaria se “publicizando”², ao mesmo passo que estaria havendo, na Administração Pública, uma “fuga para o Direito Privado”. A esse fenômeno, Estorninho (1999, p. 158) nominou “miscelânea” entre o Direito Público e o Direito Privado:

Assim, na verdade, pode-se dizer que houve um fenômeno de compenetração destes dois domínios e parece-me inevitável reconhecer que estes movimentos de ‘aproximação e inter-ligação dos dois domínios’ levam a uma situação de ‘miscelânea’ que acaba por dificultar ainda mais a distinção que, de qualquer modo, há muito já era polêmica.

De ver-se, pois, que, não havendo sequer uma rígida demarcação entre o direito público e o direito privado, não se pode sustentar uma distinção, tampouco uma oposição entre os interesses público e privado. Ainda que confronto de interesses exista, não se pode, num Estado Democrático de Direito, adotar-se como parâmetro de conduta estatal a sua posição hegemônica, em detrimento do particular.

Com efeito, as esferas pública e privada não são estanques, divorciadas entre si; antes, interpenetram-se harmonicamente, sendo essa, inclusive, uma decorrência da teoria da integridade do ordenamento jurídico, proposta por Dworkin (2003, p. 230): “A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas”.

Se ambos os interesses não podem ser verificados separadamente, se uma relação bipolar entre Estado e cidadão não mais possui o significado fundamental no sistema jurídico interno, torna-se impensável um postulado explicativo do Direito Administrativo que seja baseado na supremacia do interesse público sobre o particular. O conhecimento do Direito Administrativo não se submete a essa condição.

A esses relevantes fundamentos, lapidarmente trabalhados por Ávila (2001), que levam à revisão do clássico princípio administrativista da “supremacia do interesse público sobre o privado”, acrescem-se outros, calcados na análise da evolução histórica do

² Ilustram esta ilação o caráter social que devem apresentar, hoje, institutos outrora típicos do direito privado, como o contrato, a empresa e a propriedade.

ente público e sua demarcação pelo envolvimento com os interesses de dominação, de manutenção do *status quo*, que garante primazia social das elites econômicas. Tal fato leva, também, à reflexão acerca do mandado apriorístico de sobreposição do interesse da coletividade, uma vez que o ente público camufla o jogo de dominação perfilhado pelas classes sociais dotadas de superioridade financeira, apresentando, muitas vezes, interesses escusos como “públicos”.

Na mesma sintonia, ecoa a crítica de Oliveira e Pereira (1988, p. 144, *apud* GRAU, 2002, p. 171), quando averbam a utilização freqüente, pela doutrina, do ‘interesse público’, um jargão apto para justificar e legitimar os atos estatais, de forma a dispensar uma análise da situação posta. Alertam os autores que essa teoria pode, de fato, estar contribuindo para o continuísmo da situação de hegemonia posta.

(...) é impossível fazer uma ciência positiva do direito administrativo sem que se discuta, por exemplo, os conceitos de interesse público, bem comum, interesse coletivo, etc. ou sem que se questione o desempenho do Estado na utilização desses conceitos. Mas é esse questionamento que os administrativistas se desobrigam de fazer. Ao contrário, de um modo geral, a doutrina avaliza a versão de que o Estado age sempre no sentido do interesse público. Mas isso é aceitar – talvez com demasiada boa-fé – aquilo que o próprio Estado diz sobre si mesmo. É, numa palavra, transformar a doutrina jurídica numa ‘ventriloquia de todo poder estabelecido’.

Desvendar o real interesse perseguido pelo Poder Público, ao qual o mesmo nomina “interesse público”, depende, pois, de uma análise das doutrinas clássicas de justificação e legitimação do Estado e de uma revisão crítica de seus preceitos e crenças, sendo o que se passa, então, a efetivar.

2. DOUTRINAS CLÁSSICAS DA JUSTIFICAÇÃO DO ESTADO

O Estado é objeto de estudo desde os remotos tempos da antigüidade, tendo sido contemplado por praticamente, todos os grandes pensadores que já deixaram seu marco contributivo para a humanidade. Alguns se ocuparam da sistematização de seus processos de formação; outros, da edificação de teorias que visavam explicá-lo e, ao mesmo tempo, legitimá-lo³; por fim, alguns centraram seus esforços em decifrar os objetivos disfarçados da edificação da máquina social.

Segundo Miranda (1997, p. 46), há uma variedade histórica das formas de aparecimento do Estado, dentre as quais se encontram a conquista de alguns povos sobre outros, com a imposição de um domínio pelos conquistadores, a migração de alguns povos para o território de outros, com a submissão dos imigrantes às regras e ao domínio dos donos do território e a aglutinação por laços de sangue.

Ainda consoante Miranda (1997, p. 46), existem processos de formação do Estados mais recentes, nos quais inclui a elevação a Estado de comunidade independente (desmembramento de Estado pré-existente) e a secessão (separação pela luta armada).

Outros autores também se incumbem da análise da formação do Estado, destacando Zippelius (1997, p. 139) as teorias patriarcal, contratualista e patrimonial.

Segundo a *teoria patriarcal*, as associações de domínio tiveram sua origem histórica em famílias (dez pessoas formavam uma cúria; dez cúrias formavam uma tribo; três tribos formavam o povo); nas famílias, surgiam lideranças; as famílias entrelaçavam-se e as lideranças assumiam maiores projeções (ZIPPELIUS, 1997, p. 140). A expansão da influência dos líderes sobre uma parcela da população cada vez maior ensejou o surgimento dos primórdios do poder estatal, que, consoante sua teoria, foi inflando gradativamente, formando estruturas cada vez mais complexas, que foram os embriões do Estado moderno.

Expõe Azambuja (2002, p. 98) que essa teoria é de pouca valia, posto que não fora comprovada empiricamente e não reflete a generalidade dos processos de formação do Estado. Para ele, a sociedade, sim, teve por embrião a família, não sendo válida, entretanto, a extensão desse raciocínio ao Estado.

Já de acordo com a *teoria genético-contratual* explicada por Zippelius (1997, p. 142), o detentor do poder é alguém geneticamente predisposto e com talento para a

³ Esposa-se, neste trabalho, do entendimento de que as doutrinas de justificação do Estado também o legitimam, uma vez que a explicação, melhor que a imposição, é melhor aceita, espiritual e racionalmente.

liderança, que é elevado pelo povo, através de um “contrato”, para que faça a justiça e aplique a pena⁴.

Diversos pensadores perfilham a doutrina contratualista, sendo o traço comum de todos eles a crença no grande acordo entre governantes e governados, através do qual os segundos cediam aos primeiros parcela de sua liberdade e de seu patrimônio em troca dos bens a serem realizados por eles, quais sejam, segurança, justiça, condições de formação da personalidade.

Vale lembrar o excerto da obra de Hobbes (1983, p. 105/106) que foi a gênese dessa teoria, hoje, a mais difundida e aceita entre os filósofos do Estado:

Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão, assim unida numa só pessoa se chama Estado, e latim, *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã (...)

Esse, portanto, o berço da concepção atualmente dominante sobre o Estado, concebido como a manifestação da vontade da multidão, expressa através de seus representantes, individual ou coletivamente, nos Parlamentos. Dessa forma, cada um pode reconhecer a si mesmo como autor de tudo o que for implementado pelo Estado, sendo essa a garantia da paz e da segurança dos homens.

Segundo Streck e Moraes (2003, p. 31), o pensamento contratualista pretende estabelecer, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expreso, que põe fim ao estágio pré-político (caracterizado como o “Estado da natureza”, situação hipotética em que os homens viviam sem uma estruturação social) e dá início à sociedade política (estado civil, ou seja, estado estruturado, fruto da criação humana, sustentado no consenso dos indivíduos).

⁴ “O povo eleva alguém acima de si para que este reine com soberania, legalmente fundada, dê a cada um o que lhe é devido, proteja os fiéis, castigue os ateus, em suma, exerça justiça para com todos. Se, todavia, romper o contrato na base do qual foi eleito, e perturbar o que devia manter em ordem, é justo e razoável que ele, assim, desvincule o povo da obrigação de lhe continuar sujeito, visto que foi ele próprio o primeiro a faltar à fidelidade que obrigava uma parte para com a outra.” (LAUTENBACH, 1965, *apud* ZIPPELIUS, 1997, p. 143)

Ressaltam os autores, entretanto, que, em Locke (2000), segundo contratualista, o conteúdo do contrato altera-se substancialmente, através da inserção de um catálogo de direitos naturais a serem protegidos pelo Estado, passando a ser aceito, inclusive, o seu caráter histórico, mas permanecendo a sua função de legitimação do poder.

A distinção essencial entre Locke e Hobbes consiste na visão do Estado limitado, para aquele, e absoluto, para esse. Para Locke (2000), o erro do Estado não será uma fraqueza, mas um excesso, sendo admitido, por isso, o direito de resistência.

Por fim, Rousseau (2004), terceiro contratualista, acresce a sua análise a noção de propriedade⁵, colocando-a como a origem da desigualdade e, portanto, da sociedade civil. Assim, para devolver o homem ao estado de liberdade e felicidade originários, a proposição rousseauiana é no sentido de que seria necessária a edificação de uma comunidade organizada, ou seja, o Estado. Dessa forma, o filósofo contempla o Estado como manifestação da vontade geral e que, apesar de acarretar privações, confere aos homens muitas das vantagens que lhe concede a natureza, como a possibilidade de apurar seus instintos e transformar-se, assim, de animal em homem.

As palavras do autor dispensam maiores divagações:

Creio poder estabelecer como princípio indiscutível que somente a vontade geral pode dirigir forças do Estado segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum; com efeito, se para que aparecessem as sociedades civilizadas foi preciso um choque entre os interesses particulares, o acordo entre esses é o que as faz possíveis. O vínculo social é consequência do que existe em comum entre esses interesses divergentes, e se não houvesse nenhum elemento no qual coincidissem os interesses, a sociedade não poderia existir. Isto posto, porquanto que a vontade sempre se dirige para o bem do ser que quer e a vontade particular sempre tem por objetivo o bem privado, enquanto que a vontade geral se dirige ao interesse comum, disso se deduz que somente esta última é, ou deve ser, o verdadeiro motor do corpo social. (ROUSSEAU, 2004).

⁵ Sobre o tema, Rousseau (*apud* STRECK E MORAES, 2003, p. 38) afirma: “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, depois de haver delimitado um terreno, pensou em dizer ‘isto é meu’, e falou a outros, tão ingênuos para nele acreditarem. A desigualdade nasceu, pois, com a propriedade, e, com a propriedade, nasce a hostilidade entre os homens.”

Como se vê, portanto, a teoria contratualista tem importante influência na acepção hodierna do Estado e na crença de que ele, de fato, representa a vontade da sociedade, ou, ao menos, da maioria. Essa teoria tem especial importância para esse artigo à medida que, sob a sua influência, sedimentou-se a convicção da doutrina publicista de que o interesse tutelado pelo Estado é sempre legítimo, representa sempre o bem comum e deve, portanto, preponderar sobre o interesse privado.

Entretanto, se é certa a importância do contrato social para o surgimento do modelo estatal existente, não se pode desprezar, outrossim, a congruência de uma série de outros fatores que explicam o fenômeno estatal, sendo que, muitos deles, encobrem a sua legitimidade.

Outras doutrinas também tentam explicar o modelo estatal, como a *teoria patrimonial*, que se baseia na concepção de que as relações de propriedade sempre implicaram nas relações de poder entre os homens; dessa forma, o poder de domínio do soberano teria surgido em suas terras, em razão da dependência de todos que viviam em sua propriedade em relação a ele, poder esse que, depois, estendeu-se ao Estado. Entretanto, também essa teoria não pode, isoladamente, explicar todo o fenômeno estatal, sendo o Estado Patrimonial, em sua forma pura, uma realidade limitada ao modelo medieval. Todavia, a essa teoria contribui, em porção significativa, para a explicação do fenômeno estatal, que, se não se limita unicamente à propriedade, está umbilicalmente vinculado ao poderio econômico.

A *teoria teleológica*, abordada por Zippelius (1997, p. 149) como uma teoria de justificação ética do Estado, não tem por objetivo a explicação do porquê do poder político nem em que ele consiste, mas visa a demonstração de sua *legitimação*, de sua *necessidade*, através da exposição de que seus *fins*⁶ são mais valiosos que as restrições que o Estado possa trazer.

⁶ As doutrinas de justificação ética apontam como principais fins do Estado a proteção da sociedade contra o egoísmo e a agressividade do homem; a garantia da ordem e a paz social; a proteção da sociedade contra agressões externas; o fomento da cooperação econômica e a divisão do trabalho; a disponibilização ao homem a ordem social justa e a possibilitação do desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos. A despeito disso, Schmidt-Assmann (2003) averba que a doutrina dos fins estatais ainda encontra-se inacabada, fato este que enseja significativa insegurança, como se vê de suas palavras: "A princípio, se intentou formular uma teoria de valor geral sobre as funções do Estado, mas nunca se conseguiu". (No original: "A menudo se há intentado formular una teoría de valor general sobre las funciones del Estado, pero nunca se há conseguido.") Além de insegurança, acredita-se que ausência de uma teoria sólida sobre as funções do Estado abre ensejo para construções oportunistas, ou seja, para a manipulação de teorias que acabem por legitimar fins escusos através de sua inserção como fins estatais.

Também Bonavides (2003, p 64) anota que os atos estatais extraem a sua legitimidade dos fins por ele perseguidos, no que é acompanhado por Azambuja (2002, p. 95), quando assevera, textualmente, que os fins estatais são, de tal forma, imprescindíveis para viabilizar a vida em sociedade que ela pereceria sem a estruturação do ente público.

O objetivo, a causa final do poder é manter a ordem, assegurar a defesa e promover o bem-estar da sociedade; é realizar, enfim, o bem público.

Por isso, o poder político é natural e necessário, ainda que variável no seu conteúdo, pois as sociedades se modificam e as suas exigências variam. E, por ser natural e necessário, é legítimo, isto é, a sua justificação está em que ele não pode deixar de existir sem que a sociedade pereça. Mais ainda, ele só desaparece quando a própria sociedade se dissolve, ou porque realmente se extingue, ou porque submerge na anarquia, que, para ela, é uma forma de morte.

Como se vê, a doutrina da justificação ética do Estado tem logrado acatamento por parte de juristas de elevado escol. Cumpre, entretanto (sendo essa a maior proposta desse artigo), revelar quais são, de fato, os verdadeiros fins estatais ou interesses tradicionalmente veiculados como interesse público, ou se eles são, apenas, aqueles tradicionalmente erigidos como responsabilidades do ente público (defesa da ordem, proteção contra agressões externas, distribuição da justiça).

Afigura-se a possibilidade de que outros fins também inspirem a estruturação da máquina pública sem que, entretanto, estejam vinculados à sociedade, como um todo e de forma isonômica. A finalidade do Estado, aos olhos das elites, está atrelada aos interesses próprios, o que corrói os pilares da legitimação estatal e impinge a necessidade da proteção do indivíduo face ao próprio Estado.

Assim, o uso das prerrogativas estatais não pode ser concebido, unicamente, como um instrumento para o alcance dos fins que tradicionalmente o legitimam, devendo ser, portanto, limitado, sob pena de resultar em via de agressão da própria sociedade que lhe entrega tais prerrogativas.

Há, ainda, as doutrinas de *justificação sociológica do Estado*, que se preocupam com “se” e “porquê” uma sociedade aprova, de fato, um poder estatal, sendo o elemento humano o centro de sua formulação. Weber (*apud* ZIPPELIUS, 1997, p. 149), esclarece as motivações sociológicas conducentes à aceitação do domínio, quais sejam, a legitimação espiritual, tradicional e racional. Zippelius (1997, p. 152/153), entretanto, assegura que uma real legitimação do Estado só é possível perante uma conexão entre a justificação ética sociológica, ou seja, quando convergirem, no ente público, fins éticos e aceitação espiritual e racional pela sociedade. Registra, ademais, a necessidade de um processo aberto de formação da opinião pública que garanta a legitimação do Estado através da contínua ação política, consoante proposta da legitimação pelo procedimento. Exige, pois, o respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e criação de condições econômicas e culturais para o livre desenvolvimento da personalidade e para a efetivação da igualdade material de oportunidade.

De fato, o poder estatal é incessantemente desafiado por questões concretas da política, devendo estar em ininterrupto processo de adaptação às modificações dos juízos e condições históricas. Ademais, a legitimidade do estatal exige, não somente, a observância da legalidade, mas também o respeito aos direitos fundamentais do homem e ao princípio da proporcionalidade, ou seja, que os interesses só sejam afetados na medida do necessário para a garantia dos bens de maior importância.

Ademais, pontua Zippelius (1997, p. 153) que também o procedimento parlamentar e as demais ações do Estado devem ser públicos (princípio da publicidade) para garantir a legitimidade, assim como as leis, decisões judiciais e atos administrativos devem ser motivados (princípio da motivação), aspectos esses que se aproximam da *doutrina de legitimação democrática do Estado*.

O conceito antigo de democracia, segundo Zippelius (1997, p. 166), aponta no sentido de que “*o poder do soberano parte do povo*”. Locke (2000) afirmou que ninguém poderia dar as leis a uma sociedade sem o seu consentimento, povo era o “economicamente abastado”, titular de direitos eleitorais. Dessa forma, só apenas em Rousseau (2004), quando tais discriminações calcadas no poderio econômico foram superadas, houve a aproximação de um modelo democrático: os destinatários das decisões deveriam ser, também, os autores das decisões.

Rousseau (2004) acrescentou, então, ao modelo de Estado daquela época, a necessidade uma ordem estatal para a conservação dos indivíduos, sendo necessário, porém, um máximo de autodeterminação pessoal. Como visto, em sua teoria do "contrato social", intenta legitimar o Estado através da doutrina de que ele é necessário, e por isso, os indivíduos submetem-se livremente à vontade comum, sendo cada indivíduo um participante da vontade estatal.

De ver-se, pois, que a teoria da justificação democrática do Estado preconiza a representação do povo através da maioria, mediante garantias de liberdade para a minoria (os direitos fundamentais, que seriam oponíveis pela minoria à maioria), de forma a estabelecer um modelo estatal legítimo, uma vez que constituído por representantes do próprio povo.

Entretanto, o maior ideal perseguido pela democracia – a igualdade – acaba por ser sacrificado pelo modelo que institucionaliza o sistema democrático nos Estados pós-revoluções burguesas, qual seja, o modelo representativo, no qual existe uma ínsita distinção entre os governantes e os governados, problema esse que se agrava quando se analisa o Estado como instrumento de domínio do homem sobre o homem, como máscara que encobre o rosto dos poderosos, reais detentores do poder. Dessa forma, a equalização do ideal democrático não prescinde de formas e modelos que procurem, ao máximo, reduzir as discrepâncias existentes na própria concepção de democracia, ou seja, o ideal democrático precisa ser constantemente repensado e perseguido, ao escopo de se aproximar de um sistema que o viabilize da forma mais coerente possível.

Sob esse prisma, faz-se necessário, de acordo com a proposta de Müller (2003), ampliar a concepção de povo ao seu ponto mais alargado, de sorte a abranger, no máximo viável, todos os destinatários das normas impostas pelo Estado, concretizando, assim, o ideal da autodeterminação perfilhado pela proposta democrática. De igual sorte, é imperativo que o processo originário de todo o sistema que institucionalize o modelo democrático conte com intensa participação popular, através da eleição direta da Assembléia, submissão do projeto constitucional a referendo popular, conforme sugerido por Canotilho (2002, p. 287).

Acrescente-se que, como real necessidade para a efetivação do ideal democrático, faz-se impostergável a criação de novas formas de participação do cidadão,

consoante proposta de Canotilho (2002, p. 301), de forma que os indivíduos não sejam livres, tão somente, quando das eleições, o que ocorre nos sistemas em que o modelo democrático restrinja-se ao modelo representativo. De fato, como afirma Magalhães (2002, p. 184): “não há que se falar em liberdade sem mecanismos de exercício desta liberdade”.

A democracia participativa apresenta-se, dessa forma, como o veículo da autodeterminação do povo que permite o exercício criativo do homem, de sorte a se constituir, inclusive, na contribuição a ser legada pela geração atual ao modelo democrático.

Essa, uma das propostas necessárias para a aferição do real interesse público. A criação de instâncias de participação popular direta, onde a proporcionalidade entre os efeitos do ato estatal e o sacrifício ao interesse individual poderá ser mensurada pela comunidade e pelo atingido diretamente, em conjunto com o Poder Público, poderá contribuir para o cerceamento dos excessos que vêm ocorrendo na suposta tutela do interesse público pelo Estado.

Essa, portanto, a proposta que se pretende advogar acerca da atuação estatal. Não pode o Poder Público, ao argumento de estar agindo na persecução de fins sociais, implementar seus atos em prejuízo da sociedade. Uma real legitimação pressupõe um processo constante de aferição da vontade popular, pressupõe uma postura do Estado aberta para o diálogo e para a apuração dos efetivos interesses da coletividade. Pressupõe, outrossim, o respeito aos direitos individuais, o que exige que esses só sejam sacrificados na medida do estritamente necessário para o alcance dos fins realmente legítimos do Estado.

Disso infere-se que o interesse público não pode ser implementado à revelia dos interesses individuais, nem com mero amparo na lei; antes, hão de se revestir de elementos sólidos que lhes garantam a legitimidade, como a participação popular dialógica, a publicidade e a motivação, que há de ser calcada em finalidades que digam respeito à sociedade como um todo, despojadas de privilégios e perseguições.

3. A OUTRA FACE DO ESTADO E A NECESSIDADE DE REVISÃO DA TEORIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A despeito da sistematização das teorias de justificação do Estado implementadas pelos teóricos, não podem as mesmas ser havidas de forma isolada, sob pena de se crer na existência de doutrinas que têm por escopo instituir parâmetros ideais para o fenômeno estatal, mas que se encontram distantes da realidade fática dessa instituição. Dessa forma, revela-se imperioso volver os olhos para doutrinas outras que, ao revés das clássicas teorias de formação, justificação e legitimação do Estado, preocupam-se em desvendar as grandes verdades ocultas no fenômeno estatal, em revelar os jogos armados pelos poderosos, que se escondem atrás da máscara do Estado.

Realmente, não se pode alimentar a utopia de que o Estado é, apenas, o grande propulsor do bem comum; de que todo o seu aparato é sempre movimentado com olhos na persecução do interesse público. Se essas devem ser, sim, diretrizes a serem perseguidas pelo ente público, é também verdade, revelada pela história, que o Estado sempre foi utilizado para despersonalizar o poder e esconder o rosto dos detentores da hegemonia econômica, que se utilizavam e se utilizam da máquina pública para perpetuar sua situação de preeminência social através da legitimação de seu domínio pela alegada defesa da coisa pública. É o que assevera Magalhães (2002, p. 18):

A organização do poder, dos bens do Estado com a diferenciação em alguns casos entre o público e privado, em outras palavras, o crescimento do poder de alguns e a necessidade de legitimação e acesso e manutenção deste poder estão na origem do Estado. Estado é poder concentrado e organização da exclusão. Não se pode mais admitir a visão generalizadora de um contrato social, uma expressão livre da vontade dos grupos e pessoas envolvidas no processo, como a regra geral da origem do Estado. Esta não é a sua origem em grande parte dos casos. Sua origem é poder, manutenção do poder na mão de um grupo e criação de um discurso legitimador que autorize o uso da força, da violência, e as várias formas de exercício do poder estatal. Trata-se da organização do poder e da limitação do uso da violência e do poder político por um grupo legitimado.

Trata-se de uma especialização do exercício do poder político substituindo o poder pessoal por um poder impessoal; de um poder individualizado por um poder abstrato; do fato de governar pelo direito de governar; é o exercício do poder permanente dissociado de seu titular passageiro. Na verdade, é uma forma de perpetuar um grupo no poder. O grupo não pode depender da precariedade do poder pessoal. O poder é estatal. Trata-se da manutenção do poder. Em geral, não uma vontade democraticamente construída na sua origem.

De fato, alguns estudos sobre a formação e a manutenção do Estado revelam que ele sempre esteve a serviço da produção de riqueza. Desde os remotos tempos das sociedades rurais, o Estado figurava como o protetor dos homens do campo, viabilizando o escoamento e a distribuição de sua produção e protegendo-os contra agressões externas. Para tanto, o Estado podia exigir impostos (parcela da produção agrícola) e utilizar-se da força, da violência, sempre que necessário para coibir manifestações ou comportamentos contrários ao interesses dos produtores.

Com a migração do homem para as cidades, houve a necessidade da adaptação do uso da coerção, de forma que ela continuasse a servir ao poderio econômico, e de feita que esse permanecesse contribuindo para a manutenção dos governantes no poder. Esse, portanto, o embrião do entrelaçamento entre os produtores de riqueza e o Estado, consoante revela Bates (2001, p. 102)⁷:

As raízes políticas do desenvolvimento produtivo encontram-se com suas raízes econômicas quando os especialistas em violência (uso da força coercitiva) percebem que eles podem sobreviver melhor e permanecer no poder através da promoção da prosperidade de sua base econômica. Nestas circunstâncias, os detentores do capital acreditam em suas promessas de poupar-lhes da destruição.

⁷ No original: "The political roots of development productively join with the economic when specialists in violence realize that they can best survive and prevail by promoting the prosperity of their economic base. Under such circumstances, owners of capital will believe their promises to refrain from predation. Knowing that predation would be politically unproductive, they will be willing to invest. In such circumstances, those with power will also be willing to delegate authority to those with resources and skills, enabling them to combine and to organize and, literally, to govern economic organizations. When their ability to survive, politically, depends upon the capacity of others to produce, economically, then specialists in violence will vest their power in those who will invest their capital."

Sabendo que a destruição seria politicamente improdutivo, eles desejam investir. Nestas circunstâncias, aqueles que têm o poder passam a desejar delegar autoridade àqueles com recursos e habilidades, permitindo-lhes combinar e organizar e, literalmente, governar as organizações econômicas. Quando sua habilidade para sobreviver politicamente passa a depender da de produzir economicamente, então, os especialistas em violência passam a revestir com seu poder aqueles que investem seu capital na capacidade dos outros.

Analisando, portanto, a influência do poder financeiro na organização e sustentação do poder político, Bates (2001, p. 104) conclui que o capital fornece uma fonte de crescimento, enquanto a estruturação das atividades produtivas pelo Estado produz outra. Dessa forma, a compreensão da política econômica do desenvolvimento depende da compreensão do uso do poder para defender a acumulação do capital e a formação das organizações econômicas.

Com seus estudos, portanto, Bates (2004) demonstra que o Estado tem papel fundamental na promoção do crescimento econômico, e que, por isso, os detentores do poder financeiro têm estreitos interesses na condução das políticas públicas. Lado outro, também ao Estado interessa o apoio e a confiança dos abastados, cuja anuência garante-lhe a estabilidade necessária para a manutenção do poder.

As conclusões de Bates (2004) aproximam-se da visão marxista do Estado, que é centrada numa concepção negativa de que o ente público é uma máquina opressora da classe proletária, que a controla e mantém sob a tutela da classe política e financeiramente hegemônica. O Estado é, para Marx e Engels (2004), o grande mediador entre os operários e os capitalistas, reprimindo as manifestações revoltosas ou tumultuosas dos primeiros, de forma a viabilizar a manutenção do *status quo*, favorável aos interesses econômicos dos segundos. Em razão dessa visão do Estado como um ente dominador e a serviço dos poderosos, Marx (2004) propunha a sua abolição, como relatam Streck e Morais (2003, p. 41):

No livro *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels diz que a síntese da sociedade civilizada é o Estado, que, em todas as épocas conhecidas, tem sido o Estado da classe preponderantemente e essencialmente, em todos os casos, a máquina opressora da classe explorada e subjugada. Marx e Engels reconhecem ao Estado, pois, somente um fim: a opressão de uma classe por outra.

O pensamento marxista é uma das mais vigorosas reações às doutrinas clássicas da teleologia estatal. Leva, pois, à negação do Estado, isto é, à sua extinção. (...) E a fim de que estes antagonismos, estas classes com interesses econômicos em combate não se devorem mutuamente, bem como a sociedade numa luta estéril, se faz mister um Poder, colocado aparentemente acima da sociedade, com a missão de amortecer o conflito mantê-lo dentro dos limites da ordem. Este poder, que brotou da sociedade, mas que se colocou por sobre ela e da qual cada vez mais se divorcia, é o Estado.

Reconhecendo a pertinência da proposição marxista, Streck e Morais (2003, p. 30) afirmam:

(...) o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Observe-se, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval.

De fato, o absolutismo nasceu com as monarquias nacionais, no início dos tempos modernos (séc. XVI). A racionalidade do capitalismo da época coadunava com os interesses da monarquia de aniquilamento do modelo feudal. Ademais, a concorrência comercial com outros países e a disputa por mercados coloniais contribuiu, segundo Arruda

(1983), para o fortalecimento do poder real, assim como as lutas entre a nobreza e a burguesia emergente, que, a princípio, apoiava o monarca.

Logo, entretanto, que os interesses das monarquias passaram a ser contrapostos às necessidades do capitalismo, a burguesia organizou-se para promover a superação do modelo aristocrata, fomentando a difusão da ideologia iluminista, o que culminou com as revoluções inglesa e francesa (dentre outras) do século XVIII, que marcam a assunção dessa casta ao poder. A partir de então, sedimentou-se, na esteira do liberalismo, a ideologia individualista e privatista, que muito bem assegurava, conforme acentua Abreu (2001) os direitos de propriedade necessários àquela classe ascendente.

Já Gabardo (2003) assevera que o Estado liberal sempre cuidou de assegurar os interesses do capitalismo da época, tendo atuado, sobretudo, na redução do conflito entre o capital e o trabalho (através da repressão dos movimentos sindicalistas), na viabilização de matéria-prima e mercados consumidores⁸, na produção de bens coletivos e na prestação dos serviços públicos necessários para a vida em sociedade, e dos quais, entretanto, os industriais da época não se ocupariam.

De igual feita, a superação do Estado Liberal⁹ deu-se, segundo o autor, em razão da sua incapacidade, demonstrada ao longo do tempo, para atender aos ideais da burguesia industrial, em razão da impossibilidade fática dos chamados “mercados perfeitos”. Assim, eram freqüentes as crises econômicas, que levavam à destruição das forças produtivas. Como afirma Abreu (2001, p. 21), “o capital precisou da atuação do Estado, como importante agente econômico para a sobrevivência do capitalismo”.

Recentemente, assistiu-se a nova demonstração dessa realidade. A retomada dos ideais liberais pelo Estado, consoante a escola dos neo-liberais, deu-se para atender às novas demandas do capitalismo financeiro, que apregoa, para viabilizar a liberdade da circulação mundial do capital, a queda das fronteiras nacionais, no movimento conhecido como ‘globalização’. Bonavides (2003 - B, p. 32), reconhecendo os interesses escusos camuflados no novo ideário neo-liberal, assim averba:

⁸ A própria abolição da escravatura é apontada como medida necessária para a expansão do mercado de consumo, e desprovida, portanto, dos ideários humanistas que o discurso legitimador pretende conferir ao fato.

⁹ É conhecida a doutrina de Zintl (1993, p. 44) no sentido de que o Estado liberal é também social. Entretanto, é reconhecido que, no que se denomina Estado Liberal, apenas predominam os ideais liberais, sem, entretanto, excluir a presença de propostas sociais, e vice-versa. A utilização das expressões ‘Estado Liberal’ e ‘Estado Social’ permanecem, entretanto, em razão de sua grande utilidade didática, e uma vez que são aceitas, sem maiores prejuízos ao seu conteúdo, no meio acadêmico.

O Neoliberalismo é a Internacional do Capitalismo em sua versão mais atroz e funesta de dominação universal.

Fundou o império dos mercados e das finanças em substituição do império das armas e dos Exércitos. Porque são mais fáceis a conquista e a escravidão pela moeda do que por meios militares.

De igual sorte, as demais transformações pelas quais o ente estatal foi submetido, ao longo de toda a história, sempre revelaram seu íntimo atrelamento ao poder econômico.

Também Müller (2004, p.137) reconhece que o Estado, longe de representar efetivamente as demandas da população, esconde interesses das maiorais, situação essa que tem sua gênese no próprio poder constituinte, que, segundo ele, nada mais é do que um “fragmento” da sociedade. Esse fragmento é, entretanto, composto pela parcela abastada da população, de forma que a idéia de que o poder constituinte representa o povo, sendo, por isso, legítimo o texto constitucional dele oriundo, fica comprometida¹⁰.

Partindo dessas análises, Streck e Morais (2003, p. 30) afirmam que o Estado não tem uma continuidade (evolutiva) que o levaria ao aperfeiçoamento, ao polimento das arestas. Ele encontra-se, ao revés, em constante mutação, para adaptar-se às demandas econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação adequada à garantia da hegemonia das elites, e não para aprimorar a forma de atendimento às finalidades públicas.

Como se vê, pois, o Estado não possui apenas uma face. Se ele tem fins que o justificam e uma estrutura que o legitima (ou, ao menos, tenta legitimá-lo), é certo que o ente público possui, também, seu lado perverso, que consiste, justamente, na expressão da vontade dos poderosos, dos detentores da força econômica, cujo apoio revela-se imprescindível para a própria estabilidade e perenidade do ente público. Mediante uma visão mais pragmática, pode-se dizer, até mesmo, que o Estado é constituído, justamente, pelos financeiramente poderosos, de forma que os rumos que ele confere à sociedade são

¹⁰ Insta conferir as palavras do autor: “Também tomado como *texto de Estado de Direito* (em vez de texto ideológico), o ‘poder constituinte do povo’ ainda não pôde desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o *seu* Estado. O “poder constituinte do povo” ainda continua sendo um texto dos dominantes; ainda continua sendo o seu conceito finalista; e ainda não é o texto do povo, com o fim de permitir a este organizar-se a si mesmo. Talvez seja possível que algum dia o povo (uma multiplicidade em si distinta, mesclada, dividida em grupos, mas organizada igualmente e sem discriminações) ainda tome posse do texto sobre o seu poder constituinte.”

aqueles necessários para assegurar a manutenção dos interesses econômicos dessa classe hegemônica.

De igual forma, o Direito, enquanto produto do Estado, esconde essa sórdida missão, consoante reconhece Grau (2002, p. 168), ao afirmar que: “o Direito cumpre, também, no modo de produção capitalista, a função de legitimação da classe dominante”. Dessa feita, pode-se concluir que, se o Estado representa e persegue, sim, o interesse público, de igual sorte, há que se ter olhos atentos para o uso dos poderes estatais, posto que os mesmos podem ser utilizados, num limiar muito tênue e sofisticado de dissimulação, a serviço dos interesses privados das classes dominantes, de forma a viabilizar sua perpetuação no poder.

Assim sendo, o interesse público passível de tutela pelo Estado deve, também, ter liames bem gizados, de forma a viabilizar o controle do uso dessas prerrogativas e a evitar uma total opressão das classes menos favorecidas pelas mais abastadas, reais manipuladoras da máquina pública.

O enfoque dialético da justificação do Estado imprime, pois, uma nova visão também sobre a teoria da supremacia do interesse público sobre o privado. Se alguma preponderância do primeiro é necessária para viabilizar a implementação do bem estar da coletividade, de igual sorte, é também imprescindível que se imponham limites para esta preeminência, de forma a evitar uma total flagelação do indivíduo pela a Administração Pública, sendo o que esse artigo propõe demarcar.

Tais reflexões, por si só, já são suficientes para ensejar a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Se é certo que deve tocar ao Estado a prerrogativa de, para atender a interesses da coletividade, restringir ou sacrificar um direito individual, também é certo que conferir ao Poder Público esse poder de forma desmesurada representa um risco ao indivíduo, uma vez que o Poder Público, ao pretexto de atuar em nome da coletividade e na persecução do bem comum, de fins públicos, camufla os interesses das elites, garantindo sua manutenção no poder. Assim, qualquer superioridade ao interesse público há de ser conferida com a devida cautela, sob pena de ser imolar o indivíduo em prol de objetivos escusos e velados dos poderosos. Antes, o entendimento de que o Poder Público possui raízes que o entrelaçam aos interesses da classe dominante

exige que, por vezes, o interesse do indivíduo prevaleça sobre aquele alegado pela Administração Pública como “público”.

Perante estes argumentos, estatui-se a necessidade de uma revisão na doutrina da supremacia do interesse público sobre o privado, que, sistematizada e difundida no Brasil como um dos pilares do Direito Administrativo por um dos nossos mais respeitados autores administrativistas, Bandeira de Mello (2003), tem sofrido severas críticas pela moderna e acurada doutrina de outros publicistas de escol.

4. CONCLUSÕES: A REVISÃO DA DOCTRINA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Em face de todo o exposto, o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” não pode ser considerado como um princípio jurídico. De fato, ele não pode ser descrito como uma norma-princípio constitucional imanente, posto não haver substrato na Constituição de 1988 para tanto, que, ao revés, dá especial realce aos direitos e interesses individuais e alberga, também, os postulados da concordância prática e da proporcionalidade, que o prejudicam.

O exame realizado revela, também, que esse “princípio” não pode ser havido como um postulado explicativo do direito administrativo, uma vez que o interesse público não pode ser descrito separadamente ou de forma contraposta aos interesses privados; antes, os interesses privados consistem em uma parte do interesse público, sendo a relação entre ambos de entrelaçamento, e não de contraposição.

Demais disso, há que se ter, sempre, olhos atentos para os atos estatais. O ente público é edificado e mantido, ao longo dos séculos, para viabilizar o alcance de fins coletivos que o homem, sem a sua organização, não conseguiria alcançar, e extrai sua legitimidade (e portanto, também a legitimidade de seus atos) da cessão voluntária, por parte de cada integrante da coletividade, de parcela de sua liberdade e propriedade, através da formalização imaginária de um “grande contrato”. Goza o ente público, assim, de

legitimidade democrática e sociológica, que alberga a aceitação espiritual, racional e tradicional por parte dos administrados.

Entretanto, essa não é a única verdade sobre o Estado. A análise histórica do fenômeno estatal revela que ele sempre esteve atrelado aos interesses econômicos das classes hegemônicas, e que encobre, através das teorias que cuidam de sua justificação e legitimação, o rosto dos poderosos, que manipulam os rumos da vida social de acordo com seus objetivos financeiros. Dessa forma, não se pode aceitar que os atos implementados pelo Estado sejam, sempre, em prejuízo dos indivíduos, sob pena de se colocar o particular à completa revelia, nas mãos dos interesses das elites.

Dessas reflexões, podem ser extraídas duas importantes conseqüências, a primeira delas no sentido de que não há, nem pode haver, uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro; a Administração Pública não pode praticar atos (interessando a esse, sobretudo, os atos de anulação ou revogação de outros) com base nesse suposto “princípio”, sobretudo em relação às atividades que impõem restrições ou obrigações aos particulares. A outra conseqüência consiste no postulado da unidade ou da reciprocidade de interesses, o qual implica a necessidade de ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados), fundamentada na sistematização das normas constitucionais e demais princípios jurídicos, de forma a conservar a integridade do Direito. A ponderação deve determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, logo após, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens.

Idêntica conclusão fora encontrada por Baptista (2003, p. 204), que, dissertando sobre as novas cogitações em torno do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, estatui que toca, ao Poder Público, o dever de viabilizar a máxima realização possível de todos os interesses envolvidos, não tendo lugar, no arcabouço jurídico-constitucional hodierno, a superioridade imediata de um interesse sobre outro.

Remanesce intocada, entretanto, a idéia de que a Administração Pública deve, sempre, agir buscando implementar o interesse público, de forma que se pode falar, sim, na existência de um *princípio da prossecução do interesse público*. Para Estorninho (1999: 167), “uma das características que distinguem a atividade de ‘Administração Pública’ das diversas atividades de ‘administração privada’ é o fato de a primeira dever prosseguir

sempre o interesse público”, de forma que “o princípio da prossecução do interesse público é, assim, indubitavelmente, uma incontornável vinculação jurídico-pública da atividade (...) da Administração Pública”.

Não se refuta, portanto, com tais ponderações, a importância jurídica do interesse público, mas se passa a exigir que, nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva, haja uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. Essa ponderação deve procurar atribuir máxima realização aos direitos envolvidos, mantendo a integridade do ordenamento jurídico, sendo esse o critério decisivo para a atuação administrativa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alexandre Perissé. **Estado, serviço público e interesse privado no Brasil**. Belo Horizonte, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARRUDA, José Jobson de A. **História moderna e contemporânea**. 16. ed. São Paulo: Ática, 1983.

ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 07, out. 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2005.

_____. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2003.

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

BATES, Robert H. **Prosperity and violence** – The political economy of development. New York : W. W. Norton, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (A)

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (B)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra : Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Tomos I e II.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Preliminares: O Estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra, 1997. Tomo 1

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Do Advogado, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

____. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** Revista de Direito Administrativo, v. 220, p. 69-107, 2000.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema.** Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

ZINTL, Reinhard. **Neoliberalismo y Estado social.** Tradução de Jorge F. Malem Sena. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras>>. Acesso em: 14 jul. 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

* Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Doutoranda em Direito Público pela mesma Universidade; Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Email: lg.melquiades@uol.com.br

Disponível em:< http://re.granbery.edu.br/docs/template_para_artigo_modelo.doc> Acesso em.: 05 nov. 2007.