

UMA VISÃO PARTICULARISTA MORAL: A (IN)SUBSISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO ANTE A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Edmar César Franco Ferreira¹

RESUMO: O direito administrativo, desde os clássicos se funda em uma premissa de que o interesse público – conceito indeterminado – sempre prevaleceria sobre o interesse particular. Com advento de uma constituição eclética referido “princípio” não está sendo deveres contestado. Seu viés autoritário, aliada a incompatibilidade com o pluralismo de idéias assegurado como fundamento da república (Art. 1º, Inc. V da Constituição) podem recomendar a sua superação, ou ao menos sua delimitação como razão de existência dos institutos do direito público, que não basta por si só, pois é necessária uma autorização legal específica e farta fundamentação para a limitação do interesse particular. De mais a mais, há que se considerar que referido preceito ignora que há interesse público na iniciativa particular, em especial quando protegidos pelo ordenamento jurídico. Nesse diapasão surge a Lei nº13.874/2019, auto denominada de Lei da Liberdade Econômica – LLE. Ora, como defender que em um ordenamento que tem liberdade como garantia (Art. 2º, Inc. I da LLE), que impõe que a intervenção da mão estatal seja excepcional e subsidiária (Art. 2º, Inc. III da LLE), que a regulação deve ser analisada previamente (Art. 5º da LLE) e que reconhece o ganho coletivo da iniciativa privada (Art. 49-A, parágrafo único do Código Civil) há um princípio que despreza o interesse privado de forma apriorística. No presente estudo, em uma visão particularista moral demonstraremos como que no mais tardar há que se ter um novo entendimento sobre o princípio do interesse público, o conformando com os ditames pluralistas da constituição.

1772

Palavras-chave: Supremacia do interesse público. Particularismo moral. Lei da liberdade econômica.

ABSTRACT: Administrative law, since the classics, is based on the premise that the public interest – an indeterminate concept – would always prevail over the private interest. With the advent of an eclectic constitution referred to as “principle” it should not be challenged. Its authoritarian bias, combined with the incompatibility with the pluralism of ideas assured as the foundation of the republic (Art. 1, Inc. V of the Constitution) may recommend its overcoming, or at least its delimitation as the reason for the existence of the institutes of public law, which is not sufficient in itself, as specific legal authorization and ample justification for the limitations of the particular interest are required. Furthermore, it must be considered that the aforementioned precept ignores that there is a public interest in private initiatives, especially when protected by the legal system. In this context, Law nº13 appears. 874/2019, designated as the Economic Freedom Law – LLE. Now, how can we defend that in an order that has freedom as a guarantee (Art. 2, Inc. I of the LL), which requires that state intervention be exceptional and additional (Art. 2, Inc. III of the LLE), that regulation must be previously proven (Art. 5 of the LLE) and that releasing the collective gain of the private sector (Art. 49-A, sole paragraph of the Civil Code) there is a principle that disregards private interest in an a priori manner. In the present study, in a moral particularist view, we will demonstrate how it is no longer necessary to have a new understanding of the principle of public interest, conforming it to the pluralist dictates of the constitution.

Keywords: supremacy of public interest. Moral particularism. Law of economic freedom.

¹Especialista em Direito Público Aplicado pela EBRADI.

INTRODUÇÃO

Honoré de Balzac uma vez escreveu “*A administração é a arte de aplicar as leis sem lesar os interesses*”. Não parece que referido ensinamento ressoou em *terrae brasílis*.

Os clássicos dessa ciência nunca temiam em exaltar a preponderância do interesse público, tratando o como “*o grande princípio informativo do direito público*” (JÚNIOR, 2006, p. 39). Alguns, no mais tardar afirmavam que (GASPARINI, 2012, p. 25). “*os interesses patrimoniais afetados pela prevalência do interesse público devem ser indenizados cabalmente*”, logo, caberia para eles somente uma reparação posterior.

Permissa venia, referido viés interpretativo que funcionaliza o princípio da supremacia do interesse público é incompatível com o pluralismo emanando de nossa Carta Maior, que como norma soberana deve influenciar radiantemente as normas infraconstitucionais, notadamente aquelas afetas ao mesmo regime que ela.

Não por outra razão, há severas críticas na modernidade sobre a (in)subsistência do pretense princípio. À título de exemplo, o próprio conceito de “interesse público” é controverso, pois “*o interesse privado faz parte do conteúdo de bem comum da constituição*” (HABERLE, 2006, p. 526).

O tema revela a dicotomia “público x privado” que de nova nada tem, haja vista que ela transparece em inúmeros embates de conceitos na literatura. À título de exemplo, está se revela nas acepções da dignidade humana como “autonomia” e como “heteronomia”, sendo que nessa seara há quem defenda que a restrição a liberdade individual deve ser a exceção (BARROSO, 2014, p. 95-96).

Ademais, conforme já abalizado em sede doutrinária (FILHO, 2005, p. 36) ao tomar para si a definição do que é interesse público, e ao mesmo tempo o impor por força de sua autoexecutoriedade e atuação de ofício à Administração Pública age em típico movimento autoritário, o que pode e gera um grave risco aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2005, p. 89).

Sem prejuízo, há uma suposta incompatibilidade entre a arquitetura do princípio e a regra da proporcionalidade diuturnamente aplicada a esse tipo de norma, uma vez que seguindo o precursor da matéria, para o sopesamento ser legítimo não deve haver hierarquias abstratas (ALEXY, 2015, p. 95).

Por essas e outras razões abaixo exploradas é que a (in)subsistência do referido mandado de otimização vem sendo questionado, havendo quem o ainda o defenda das

críticas, afirmando que o uso arbitrário advém de uma desvirtuação pontual (DI PIETRO, 2010, p. 94).

No entanto, faltava para o tema uma proposta de trabalho fundada no particularismo moral, que ora se adota. Defende essa filosofia, “um olhar direto” sobre a temática, desprendido de princípios prévios (FONTES, 2020, p. 116). Em uma visão mais plural da moral com a consideração de ambos os lados e sem a demonstração de preferência prévia por nenhum deles é que se pode chegar em uma resposta moralmente neutra.

Ademais, irá se demonstrar que quiçá faltava um arcabouço normativo para sacramentar a superação ou ao menos uma alteração do dito princípio. Tal pode ser a Lei nº 13. 874/2019, auto denominada de Lei da Liberdade Econômica – LLE.

Ao trazer disposições como o novel Art. 49-A do Código Civil que assevera que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica traz um ganho coletivo, resta em xeque a existência de um princípio que tem como objeto de forma apriorística os interesses particulares.

No presente artigo, buscaremos demonstrar por intermédio de uma revisão bibliográfica, como que o princípio da supremacia do interesse público deve no mais tardar sofrer uma revolução, muito por ter sido corporificado no plano normativo a valoração do interesse particular que era visto como o mais mesquinho, o econômico.

1. Público x privado: as diversas faces do mesmo discurso

Há discursos nas ciências humanas que de tão recorrentes acabam se repetindo, mesmo que com nomenclaturas e perspectivas diferentes. A guisa de exemplificação, temos as acepções de dignidade humana com autonomia e heteronomia.

Sobre a concepção do princípio como autonomia, pontua Luis Roberto Barroso (2014, p.82):

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.

da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e 3. A proteção dos valores sociais compartilhados

Porém, a subjetividade do que se entende por “crenças compartilhadas” propicia “*autoritarismos e moralismos desnecessários*” (SARMENTO, 2016, p. 186-187) a recomendar sua rejeição sob o ponto de vista mais liberal.

Não por outra razão, como bem pontua sua Excelência (BARROSO, 2014, p. 88), a intervenção na liberdade individual deve ser excepcional, de modo a fazer prevalecer em regra a liberdade individual, não o interesse coletivo:

A imposição coercitiva de valores externos, excepcionando o pleno exercício da autonomia em nome de uma dimensão comunitária da dignidade humana, nunca é trivial. Ela exige fundamentação adequada, que deve levar em conta três elementos: a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e c) o grau de consenso social sobre a matéria.

Como outro exemplo, há o conflito entre o direito da propriedade privada (Art. 170, Inc. II da CF/88) e o dever de esta cumprir sua função social (Art. 186 da CF/88).

Não se discute que a “intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar.” (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 284).

Em contrapartida, buscando funcionalizar o direito de propriedade, a constituição determinou que ele deverá ter ganho social (Art. 5º, Inc. XXIII da CF/88).

Destarte, só haverá proteção ao direito de propriedade se este for usado de forma produtiva socialmente, dito de outro modo, “se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam” (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 308).

Em tons de absolutismo são as críticas a referido preceito de base em tese socialista, André Santa Cruz chega a firmar que “qualquer relativização da propriedade privada (tabelamento de preços, dirigismo contratual, etc.) reflete de maneira prejudicial nesse arranjo.” (MORAES et al, 2018, p. 755).

É ordinária a lição particularista moral e constitucional de que não deve haver direitos absolutos, com prioridades abstratas, nem de um lado, nem de outro, pois só assim haverá a preservação do caráter eclético que circunda o ciclo social regado por uma constituição igualmente assim caracterizada.

Quiçá o erro esteja em desconsiderar a propriedade privada como igualmente um valor fundamental, que por sua natureza deve ser cumprido na medida do possível quando em conflito com direitos fundamentais, devendo, todavia, se preservar seu núcleo fundamental (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 348).

Seguindo-se com a exemplificação, há o caso de todas as normas trabalhistas. Sim, todas. As filhas do constitucionalismo social são típicas restrições a interesses particulares e econômicos em prol de um movimento coletivo dos operários.

A linha divisória entre o abuso e o legítimo nessa senda é por demais tênue, o que torna até mesmo recomendável uma maior liberdade de conformação ao legislador, que pelo pluralismo político que o orienta, resguardará a manifestação de ambos os interessados. É o que defende o alemão Robert Alexy (2015, p. 612-613):

Já uma discricionariedade epistêmica de tipo normativo, ou uma discricionariedade epistêmica normativa, está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações [...] isso significa que a violação do dever de proteção aos trabalhadores só ocorre se os limites dessa discricionariedade forem extrapolados.

Por fim, há em matéria contratual o conflito entre o princípio da autonomia da vontade (doravante corporificado como “princípio da intervenção mínima”) e da função social dos contratos.

Conforme ensinado pela literatura civilista (CHAVES; ROSENVOLD, 2017, p.229 e 231) a função social implica uma restrição a liberdade contratual para evitar que o ser humano se instrumentalize (função interna), bem como evita que o contrato cause dano a terceiro, ao coletivo (função externa).

Porém, segundo as críticas do outro lado da discussão, na pessoa de Renata Ramos, o conceito de justiça social “*funciona apenas como retórica para forçar um igualitarismo de resultados e recrudescer o intervencionismo*”. (SANTA CRUZ et al, 2020, p. 437/438).

Merece destaque a alteração que parecia meramente cosmética no caput do Art. 421 do CC, efetuada pela LLE. Ao ser retirada a expressão “em razão”, é esclarecido que a liberdade contratual ou o interesse particular em uma economia capitalista não se dá como instrumento da coletividade, porém, ele é legitimado pelo ganho coletivo que um ato individualista é capaz de dar. Em outras palavras, O contrato não é função social, ele é dotado de função social (NETTO; ROSENVOLD, 2021, p. 551).

Todavia, impõe-se uma crítica a expressão alocada no parágrafo único que afirma que “prevalecerá a intervenção mínima”. Como já dito, na visão particularista moral que se adota, não é possível prevalências apriorísticas de um lado ou de outro, por que acabam por sacrificar o interesse do lado adverso, o que não é compatível com um sistema de valores eclético como o brasileiro. Em sentido semelhante, é a lição de Véra Maria Jacob de Fradera (LEONARDO XAVIER et al, 2019, p. 227):

Por outro lado, todavia mais problemático ainda é o § único desse artigo, onde o legislador afirma a prevalência do princípio da intervenção mínima

e a excepcionalidade da revisão contratual, alterando o Código Civil e mesmo a Constituição Federal.

Causa estranheza esse texto, pois a lei maior autoriza o juiz a intervir durante a vida do contrato, embora esteja quase ausente no seu início e na sua conclusão.

Enfim, examinados outros embates entre o individualismo e o coletivismo, parece necessário já ressaltar algumas conclusões prévias que muito úteis serão para o enfrentamento da temática central do presente estudo.

São elas: **i)** Há controvérsia sobre a legitimidade da restrição a liberdade individual por valores demasiadamente abstratos de forma autônoma a lei; **ii)** Mesmos os que defendem as regras da heterononomia são claros em fazer prevalecer a liberdade individual como regra; **iii)** Não se deve ter tons absolutistas, de um lado ou de outro, sob pena de sacrificarmos o polo adverso de forma *a priori*, o que ressoa contrário ao regime eclético da constituição federal; **iv)** sem prejuízo, descabe m uma ponderação sacrificar por inteiro um interesse em prol do outro, há que se ter limites aos limites; **v)** Descabe instrumentalizar o interesse particular para um valor comunitário, deve-se ater que este não ocorre com o intuito público, porém, ele é quase decorrente de forma inevitável;

2. Críticas ao princípio da supremacia do interesse público

As origens do princípio da supremacia do interesse público são coincidentes com a própria história desse ramo do direito público, muitas vezes apontado com uma gênese autoritária. Na lição de Gustavo Binenjobim (2008, p. 11):

Com forte embasamento em doutrina administrativa portuguesa o autor afirma que a introdução do contencioso administrativo não teve nenhum conteúdo garantístico, antes representou a desconfiança dos revolucionários franceses perante os Tribunais judiciais. A separação dos poderes, por sua vez, foi invocada como pretexto para possibilitar uma ampliação da liberdade da Administração perante controles judiciais. E nesse período também pôde ser verificada, sob vestes de contencioso administrativo, a criação de privilégios para a Administração, quebrando a isonomia sob o manto da supremacia do interesse público.

Destarte, a aplicação do preceito em que pese fundado nas diretrizes do Estado social de direito (HEINEM, 2021, p. 291) passou e vem passando longe de seu viés de bem comum.

Por certo em razão da origem absolutista, seu uso muitas vezes converte o “interesse público” como mera retórica para embasar e justificar comportamentos arbitrários. Como bem afirma Floriano de Azevedo Marques Neto não deveria ser possível à (2002, p. 157):

administração exercer o papel de hermeneuta autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e da sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade

Destarte, pelas regras do regime jurídico administrativo, a administração muitas vezes age de ofício para salvaguardar um dito valor que ela mesma define por sua autonomia e sozinha o executa, agindo como juiz e carrasco, sem contar que ainda estaria protegida pela (in)sindicabilidade do mérito administrativo.

Por essa razão que a fundamentação de um ato administrativo não poderia se resumir a invocação genérica do preceito, há de se ter um “*conteúdo concreto. Ele tem que ser definido, demonstrado, justificado*” (HACHEM, 2011, p. 353), porém, não é o que ocorre, notadamente em âmbito regulatório. De certo o problema não estaria no princípio, mas na sua errônea aplicação (GABARDO, 2009, p. 303).

A supremacia do interesse público não seria o primeiro e com certeza não será o último preceito abstrato que é utilizada como subterfúgio para um autoritarismo. Outro exemplo, é o finado “livre convencimento motivado”, que servia como “*chavão retórico para aumentar os poderes judiciais e diminuir seus deveres de fundamentação.*” (LIMA; LOPES, 2020).

A recomendação mais acertada seria retirar esse “fundamento”, ou menos ao redimensioná-lo, como feito com a extinção do livre convencimento dos textos do CPC com a novel codificação de 2015. Notadamente por que na lição de Carlos Ari Sundfield: “*As hipergeneralizações, as grandes declarações de princípios, são frequentemente vazias, perigosas, inúteis. Os valores não precisam delas, pois estão espalhados nas normas mais concretas*” (DALLARI; MARTINS; NASCIMENTO; 2013, p. 276).

A última afirmação do professor nos remete a outra crítica ao preceito em exame, seria ele necessário como uma figura autônoma, já não há outras normas que sozinhas já impõem as mesmas condutas? Na lição de Binenjobim (2008, p. 93), se a supremacia do interesse público tem como prescrição a impossibilidade de a Administração Pública privilegiar interesses individuais, tal tarefa já seria cumprida por outros princípios expressos, como a impessoalidade e a moralidade (Art. 37 da CF/88).

Há respostas baseadas na complementariedade dos princípios (HACHEM, 2011, p. 241) de forma que um não excluiria os outros, porém, há complementariedade quando atuam em conjunto, não quando o conteúdo de um já esvazia o de outro.

Ademais, é preciso estabelecer também de que tipo de conceito de princípios estamos tratando. Existe substanciais distinções entre duas acepções sobre o termo “princípio”, uma mais retrógrada, mas ainda utilizada e outra mais moderna. Em um primeiro momento, princípios não eram entendidos como normas autônomas, mas apenas como fonte secundária de normatividade, o que só mudou com o advento do pós positivismo jurídico (GONÇALVES, 2020, p. 325) que os elevou a fontes primárias (autônomas) de direito.

A acepção de princípio como fonte secundária ainda conta com previsão legal (Art. 4º da LINDB), sua definição é encontrada na obra de Miguel Reale (2003, p. 37):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. **São verdades fundantes** de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. Grifo nosso

Nessa ordem de idéias, princípios seriam apenas a *ratio essendi* de outros institutos, seriam seu fundamento. Tal percepção mais ontológica difere-se da deontológica, que assevera os princípios como categoria jurídica autônoma, capaz de por si só ditar comportamentos.

Essa distinção é fundamental, ainda mais por que os que defendem a sobrevivência do princípio se utilizam de argumentos que se compatibilizam muito mais como primeiro entendimento do que com o segundo.

Bandeira de Mello (2010, p. 96) assevera que a supremacia do interesse público um *princípio geral* que é um *pressuposto lógico* de prerrogativas do poder público, como a desapropriação. Di Pietro por sua vez assinala (2010, p. 94) que o princípio seria *fundamento* da própria noção de função pública. Fábio Medina Osório (2000, p. 53-92), por fim, defende que a supremacia do interesse público é *vetor finalístico* da Administração Pública e *fundamento* das ações administrativas que relativizem os direitos fundamentais.

Vide, em nome desse hiper princípio, direitos fundamentais são relativizados sem que se possa dizer que tenha havido uma necessária ponderação concreta entre os interesses em conflito, pois afinal, há uma prevalência *ab initio* do interesse público. Em suma, o “*discurso da supremacia do interesse público encerra um grave risco para a tutela de tais direitos*” (SARMENTO, 2005, p. 89).

Por mais que alguns defendam que a prevalência irrestrita do interesse público nunca foi defendida (DI PIETRO, 2010, p. 94), é certo que a própria nomenclatura do princípio, ao se utilizar de termo de hierarquização como “supremacia” leva a essa conclusão, simplista ou errada, pode até ser, mas perfeitamente possível pela diagramação do preceito. No mesmo sentido, Flávio Pereira (2015):

O risco está, portanto, na interpretação solitária — descontextualizada — que o enunciado pode induzir, haja vista que o termo “supremacia” e a noção de “supremacia do interesse público sobre o interesse privado” levam à simplificação de seus sentidos. Quer dizer, nem sempre o interesse manifestado pelo particular pode ser tido, a priori, como oposto ao interesse público.

Referida interpretação do preceito parece prevalecer na prática, uma vez que com ela muitos atos arbitrários contra direitos fundamentais são praticados, sem que estes tenham ao menos considerados os outros interesses em conflitos.

Essa ordem de idéias torna o dogma em debate substancialmente incompatível com a acepção pós-positivista de princípio, como norma autônoma sujeita ao postulado de aplicação da proporcionalidade. Conflituosos por natureza, por poderem ser cumpridos na medida do possível, há sempre uma tensão entre eles pela previsão de ambos em um texto que não os hierarquiza.

Nas palavras de Robert Alexy (2015, p. 95):

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto.

Por impor uma precedência absoluta do valor “interesse público” há renomadas vozes que apontam que este não se encaixa no conceito de princípio de Robert Alexy. É o caso de Humberto Ávila (SARMENTO, 2005, p. 09):

Do modo como a teoria geral do Direito modernamente analisa os princípios *prima facie*, cujo significado resulta de uma recíproca implicação entre os princípios, não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “prevalência”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter 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) sejam ponderadas;

Para refutar essa conclusão, Daniel Hachem ainda sustenta um suposto caráter dúplice da supremacia do interesse público, ora funcionando como regra cuja aplicação se dá no “tudo ou nada”, ora como princípio, que por sua vez tem a aplicação mais gradual, porém, ainda superior aos interesses privados. Explica o autor (HACHEM, 2011, p.253):

Como norma-regra, ela determina que todo interesse público em sentido amplo, assim considerado o interesse juridicamente tutelado (direito subjetivo ou interesse legítimo), deve prevalecer de forma definitiva sobre qualquer interesse privado (interesse puro e simples, sem respaldo no ordenamento jurídico, ou interesse ilícito).

[...]

Por sua vez, a mesma norma pode apresentar-se como um princípio jurídico, significando a prevalência *prima facie* do interesse público em sentido estrito (da coletividade em si mesma considerada) em face dos interesses específicos (individuais ou coletivos, tutelados pelo ordenamento), a qual pode ser afastada conforme as condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

No primeiro caso, não há controvérsia. Quiçá há apenas que se esclarecer “interesse privado” para o autor não é sempre ilícito, portanto, não considerado. Este mesmo autor assevera que o interesse individual protegido pela lei é dotado de interesse público (HACHEM, 2011, p. 180).

A segunda hipótese que revela a atuação como princípio do preceito em estudo (na visão alexyana) é que vale ser mais dissecada. Para o autor, quando há um conflito entre um interesse público em sentido estrito, não haveria uma procedência absoluta entre o que a administração define como de interesse público e o particular (protegido pelo ordenamento).

Nas palavras do autor nesse caso o preceito (HACHEM, 2011, p. 379):

Determina que o interesse público em sentido estrito (interesse geral) seja realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

logo, admitir-se-ia a ponderação concreta, para averiguar quais dos interesses em conflitos melhor atende a finalidade pública, se o individual ou o transidividual.

Nessa toada o autor sustenta uma suposta supremacia relativa do interesse público, tendo, inclusive, equiparado (HACHEM, 2011, p. 254) sua tese ao que Daniel Sarmiento chama de “versão fraca” da supremacia do interesse público. Nela, segundo o professor carioca (SARMENTO, 2005, p. 101:

Em casos de conflito, ao invés de uma primazia a priori e absoluta do interesse público sobre o particular, ter-se-ia apenas uma regra de precedência *prima facie*.

Em outras palavras, em que pese prevalência possa ser afastada, para isso há um ônus argumentativo maior.

Seguindo sua formação mais liberal, Daniel Sarmiento sustenta que esse ônus argumentativo recai sobre quem pretende restringir a liberdade individual (SARMENTO, 2005, p.102). Por sua vez, Daniel Hachem, com suas feições nitidamente mais coletivistas, assevera que a presunção no caso é para o interesse coletivo (HACHEM, 2011, p. 254).

Não há certos e errados nessa senda. Relembremos, nossa constituição é eclética (SANTOS, 2020, p. 102), o que nos impõe a difícil resposta de que não se pode estabelecer a prevalência de uma matriz filosófica sob a outra quando se adota o pluralismo político não só como fundamento (Art. 1º, Inc. V), mas também como regra que inspira todo o arcabouço teórico normativo que deve ser encarado como um todo coerente.

A visão particularista moral adotada no presente trabalho não se coaduna com “regras morais previamente dadas”. (ZINGANO, 2012, p. 222).

Destarte, vale dizer, o que não se pode admitir é a denegação de interesses de forma apriorística, sem considerá-lo, menos ainda sem fundamento válido, não bastando uma simples remissão a uma retórica, seja ela libertária ou coletivista, sob pena de fundamentarmos algo transindividual (direito) com uma filosofia pessoalmente preferida.

Há que se ter limites a autonomia do preceito da supremacia do interesse público. Na lição de Daniel Hachem (p. 207), a:

Preponderância sobre outros interesses resguardados pelo sistema normativo deve pois estar autorizada por este, como forma de impedir abusos no manejo do princípio.

Dito doutra forma, administração deve seguir seu dogma fundamental: andar nos limites da legalidade, para só assim legitimar a restrição em prol do interesse público, não bastando o princípio da supremacia do interesse público por si só.

Ness diapasão, afirma Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 30) descabe:

Sob o fundamento da supremacia do interesse público, improvisar medidas que sacrifiquem o particular. Poder Público tem que se valer exclusivamente dos instrumentos que o direito lhe outorga.

Em suma, (HACHEM, 2011, p. 208-209):

Não basta a mera referência à existência de um interesse público que deva ser salvaguardado em detrimento de interesses específicos. É preciso que haja uma clara demonstração disso.

Não por outro motivo, caminhava com razão um enunciado proposto na I Jornada de Direito Administrativo do STJ/CJF, cujo teor assim era definido (2020, p. 33):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não constitui fundamento autônomo e suficiente para a atividade administrativa, porquanto o conceito jurídico de interesse público engloba tanto a tutela de direitos coletivos quanto a proteção de direitos individuais.

Na linha do exposto, a tese proposta bem sintetizava que o preceito em estudo não serve mais como fundamento autônomo, sendo no mais tardar, um princípio que atua como *ratio essendi* de institutos, não bastando sua invocação abstrata.

E ainda mais, esclarecia o autor que há um interesse público na iniciativa privada que não se pode negar. Logo, (HACHEM, 2011, p. 292) “*O interesse individual poderá ser público (em sentido amplo), se tutelado pelo Direito...*”, o que fora feito em grande extensão pela publicação da lei nº 13. 874/2019, auto denominada de Lei da Liberdade Econômica – LLE.

3. LLE x supremacia do interesse público

Examinadas as críticas ao princípio da supremacia do interesse público, ainda resta uma final a ser debatida: É possível dizer, com segurança que todo interesse particular não é público/ E os tutelados pelo ordenamento? Se existe a previsão legal, como priorizar por criação doutrinária aquilo que a constituição não o fez?

A realidade é que o interesse particular não necessariamente se opõe ao privado, há em muitos casos uma convergência de interesses (HEINEM, 2019, p. 43). A indeterminabilidade do conceito de interesse público pode ainda criar conflitos que são fantasiosos (SARMENTO, 2005, p. 89).

Na lição de Humberto Ávila, há muitas vezes uma “conexão estrutural” entre eles a tornar prejudicada a dita prevalência de um sobre os outros (SARMENTO, 2005, p. 191).

Ora, interesses privados também são públicos e muitos deles, ainda estão sob o manto da fundamentalidade. Cita-se como exemplo o direito de propriedade, expressamente admitido como tal no Art. 5º caput da CF/88. Na lição civilista (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 282).

A primeira propriedade é a existência. O reconhecimento da propriedade como direito humano se prende a sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua

personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoa da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.

Igualmente serve como exemplo a livre iniciativa, fruto do direito geral de liberdade (Art. 5º da CF/88), que “[...]garante a entrada e saída do espaço público do mercado” (TIMM, 2019). Se não houvesse interesse público na livre iniciativa, não haveria incentivos econômicos governamentais, como os instituídos pela Lei nº 14.554/2023.

O erro do princípio da supremacia do interesse público ou de sua desvirtuação está em não considerar que há ganho social na iniciativa privada, que em pese não seja função social, é dotada dela (NETTO; ROSENVALD, 2021, p. 551). Sem interesses privados como os materializados em contratos particulares, não há desenvolvimento nacional (FILHO; GAGLIANO, 2019, p. 98-99).

A lição vem dos clássicos, como Adam Smith (1988, p. 24):

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso antar, e sim da consideração de cada qual pelo seu próprio interesse. Em vez de apelarmos à sua humanidade, dirigimo-nos ao seu autointeresse.

Não se desconhece que muitas interpretações são dadas a obra de Adam Smith, sempre enviesadas para um lado da polarização ideológica, mas nos filiamos a interpretação dada por Steven Pinker (2018, p. 24-25), nas suas palavras:

Smith não quis dizer que as pessoas são de um egoísmo implacável, nem que deveriam ser; ele foi um dos mais perspicazes analistas da solidariedade humana em toda a história. Apenas afirmou que, em um mercado, a tendência de um indivíduo a cuidar de sua família e de si mesmo pode atuar em benefício de todos.

Ora, se há interesse público na iniciativa privada, somente com sua consideração é que ele pode ser relativizado (HEINEM, 2019, p. 43), notadamente porque (HACHEM, 2011, p. 292) “O interesse individual poderá ser público (em sentido amplo), se tutelado pelo Direito [...]”.

Tutela jurídica essa que se efetivou em larga escala com a publicação da Lei nº13. 874/2019, auto denominada de Lei da Liberdade Econômica – LLE. Analisemos alguns artigos, que conforme abalizado, abalroam premissas de validade da supremacia do interesse público.

Primeiramente, há a liberdade como garantia (Art. 2º, Inc. I da LLE). Em comentários a referida disposição, bem observa Marcelo Neves (SANTA CRUZ et al, p. 2020, p. 437/438):

A percepção do legislador, a meu ver correta, é a de que a superestrutura de princípios e regras se hipertrofiou a ponto de sufocar o funcionamento do mercado e a capacidade de os empresários gerarem riqueza.

Em que pese a falta de menção expressa, é difícil não sustentar que a “hipertrofia” mencionada é usualmente ocorrente com o preceito da supremacia do interesse público. No mesmo sentido as lições de Caio Loureiro (LEONARDO XAVIER et al, 2019, p. 57):

Alguém poderá dizer que muito desse excesso não é consequência da prevalência e hipertrofia do “princípio da supremacia do interesse público”, invocado por dez entre dez agentes públicos para justificar o exercício abusivo e arbitrário da sua função fiscalizadora?

De mais a mais, há a disposição que diz que a imposição que intervenção estatal será excepcional e subsidiária (Art. 2º, Inc. III da LLE). Na lição de Amauri Saad (SANTA CRUZ et al, p. 2020, p. 96):

O ônus argumentativo do Estado, para intervir sobre as atividades econômicas, se torna muito maior a partir da adoção da lei; o teste de subsidiariedade, que deve ser satisfeito pelo administrador público, envolve a demonstração de que, concomitantemente: (i) a medida não pode ser exercida pelo indivíduo ou por grupos associativos menores na situação concreta; (ii) a medida está sendo realizada pela esfera de governo competente mais próxima do indivíduo; (iii) a medida não vulnera outros interesses ou direitos do indivíduo a ponto de inviabilizá-los.

Conforme detalhado algures, para os que defendem a sobrevivência do princípio da supremacia do interesse público, há a defesa uma conotação mais fraca, que impõe uma regra de preferência abstrata ao coletivismo. A lei agora, diz o contrário pelo afirmado pelo comentarista.

No mais, há o caso das restrições do direito regulatório (p. ex. Art. 5º da LLE) que visando colmatar o abuso de poder, restringe consideravelmente a mão estatal visível. Na lição do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº449, 2019, p. 04):

O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção

Referida diretriz é contrária a idéia de que os direitos individuais partem de uma posição desprivilegiada no embate argumentativo, o que é base da visão fraca da supremacia do interesse público. Mas como dito, para quem o defende, é indiscutível que deve haver uma sólida fundamentação para restrição do interesse individual, não bastando uma referência genérica a supremacia do interesse público (HACHEM, 2011, p. 208-209).

Por fim, mas não menos importante, temos o parágrafo único do Art. 49-A inserido no Código Civil, que assim dispõe:

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

A nova norma corporifica no plano jurídico a melhor interpretação da obra de Adam Smith vista acima, e demonstra de forma clara na lei que mesmo interesses privados podem prevalecer, por igualmente propiciar um benefício a todos, um interesse público corporificado na criação d postos de trabalho e no recolhimento de tributos.

Nos dizeres d Marlon Tomazette (SANTA CRUZ et al, p. 2020, p. 397):

[...] reconhecer que a pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial como um mecanismo legítimo de destaque patrimonial e segregação de riscos, não é uma proteção de sujeitos mal-intencionados, mas sim a proteção e a defesa da comunidade como um todo, pelos benefícios que as atividades econômicas geram.

Destarte, portanto, no novo cenário normativo que se instaurou com a LLE, parece insustentável a manutenção da idéia de um princípio qu desprezo o intresse particular, pois a guisa d conclusão, interesses individuais também levam a ganho social.

CONCLUSÃO

Direitos fundamentais são por natureza valores que em razão de reindivicações históricas se materializaram – juntos – em uma constituição que não demonstra preferência por uma vertente ou outra, pelo contrário, tem o pluralismo como um de seus fundamentos (Art. 1º, Inc. V da CF/88).

Nessa ordem de idéias, concluiu-se que a subsistência do princípio da supremacia do interesse público é altamente improvável, ao menos em sua versão de mera retórica para negar direitos fundamentais, desconsiderando-se a necessidade de autorização legal para isso, que mesmo assim deve ser fundamentada em concreto.

Ainda que se adote a posição “fraca” da supremacia do interesse público, não se pode deixar de observar que o interesse público podee ser cumprido na medida do possível, por interesses individuais, especialmente aqueles resguardados pelo ordenamento jurídico.

Em uma visão particularista moral é insustentável a escolha de um princípio como norteador da aplicação jurídica, princípio esse que se funda em uma das mais

variadas vertentes que a constituição comporta. Em suma, não se deve privilegiar a linha filosófica do hermeneuta em uma constituição de matriz eclética.

Ademais, com a introdução das mudanças da Lei nº13. 874/2019, auto denominada de Lei da Liberdade Econômica – LLE, a sobrevivência da visão ordinária do princípio é por demais contestável.

Ora, como defender que em um ordenamento que tem liberdade como garantia (Art. 2º, Inc. I da LLE), que impõe que a intervenção da mão estatal seja excepcional e subsidiária (Art. 2º, Inc. III da LLE), que a regulação deve ser analisada previamente (Art. 5º da LLE) e que reconhece o ganho coletivo da iniciativa privada (Art. 49-A, parágrafo único do Código Civil) há um princípio que despreza o interesse privado de forma apriorística.

Ante o exposto, portanto, é de se concluir que o princípio da supremacia do interesse público merece ao menos uma revisão, para ser tratado como ratio essendi de institutos de direito público, não como norma capaz de impor condutas autonomamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1787

ALEXY, Robert; **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. 673 páginas.

BARROSO, Luís Roberto; **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 133 páginas.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 507 páginas.

BINENBOJM, Gustavo; **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 358 páginas.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 31/10/2023.

BRASIL; **Decreto-Lei nº 4.657 de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> . Acesso em: 31/10/2023.

_____; **Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 31/10/2023.

_____; **Lei nº 13.105 de 2015.** Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso
em: 31/10/2023.

_____; **Lei nº 13.874 de 2019.** Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm>. Acesso
em: 31/10/2023.

_____; **Lei nº 14.554 de 2023.** Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14554.htm> Acesso
em: 31/10/2023.

CJF/STJ; **I Jornada de Direito Administrativo: Caderno de proposições.** 2020. 205
páginas.

CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan
(orgs.) et al; **Declaração de direitos da liberdade econômica: comentários a Lei nº
138.874/2019.** 1ª ed. Salvador: JUSPODIVM, 2020. 635 páginas.

DALLARI, Adilson Abreu; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO,
Carlos Valder (orgs.) et al; **Tratado de Direito Administrativo.** 1ªed. São Paulo:
Saraiva, 2013. 658 páginas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (orgs.) et al;
Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo 1ª
ed. São Paulo: Atlas, 2010. 424 páginas.

1788

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil:
contratos.** 7ª ed. Salvador: JUSPODIVM, 2017. Volume nº 04. 1.134 páginas.

_____; **Curso de Direito Civil: direitos Reais.** 13ª ed.
Salvador: JUSPODIVM, 2017. Volume nº 05. 967 páginas.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes; **Neocosntitucionalismo e Verdade: limites
democráticos da jurisdição constitucional.** 3ªed. Rio de Janeiro: Lumensjuris, 2020. 200
páginas.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade
civil para além do bem e do mal.** 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 429 páginas.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil.
volume 4: contratos** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1.091 páginas.

GASPARINI, Diógenes; **Direito administrativo.** 17ª ed. Atualizada por Fabrício
Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. 485 páginas.

GONÇALVES, Bernardo Gonçalves; **Curso de Direito Constitucional.** 12ª ed.,
Salvador: JusPodivm, 2020. 2191 páginas.

HABERLE, Peter; **Öffentliches Interesse als Juristisches Problem: eine Analyse von.
Gesetzgebung und Rechtsprechung.** Tradução de Juliano Heinen. Berlin: Berliner
Wissenschafts-Verlag, 2006. Volume único.

HACHEM, Daniel Wunder; **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.429 páginas.

HEINEM, Juliano; **Curso de Direito Administrativo.** 2ªed. Salvador: Juspodivim, 2021. 1.518 páginas.

_____; **Interesse Público: Premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos.** 1ªed. Salvador: JUSPODIVM. 2019. 126 páginas.

JÚNIOR, José Cretella; **Tratado de Direito Administrativo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Volume nº 02.

_____, Otávio Luiz Rodrigues; LEONARDO, Rodrigo Xavier; NETO, Floriano Peixoto Marques (orgs.) et al; **Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019.** 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.494 páginas.

LIMA, Danilo Pereira; LOPES, Ziel Ferreira; **Por que devemos abandonar o "livre convencimento motivado" do juiz?** CONJUR, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/diario-classe-devemos-abandonar-livre-convencimento-motivado-juiz>>. Acesso em 31/10/2023.

_____, Felipe Herdem; **O interesse público já não repele o privado.** CONJUR.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-04/felipe-herdem-interesse-publico-nao-repele-privado#_ftn6>. Acesso em 31/10/2023.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de; **Curso de direito administrativo.** 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.1.115 páginas.

MORAES, Alexandre et al; **Constituição Federal Comentada.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; **Regulação estatal e interesses públicos.**1ªed. São Paulo: Malheiros, 2002. 237 páginas.

NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson; **Código civil comentado.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 2.062 páginas.

OSÓRIO. Fábio Medina; **Supremacia do interesse público sobre o privado.** Revista De Direito Administrativo, nº 220, p. 69-107. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527>>. Acesso em 31/10/2023.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; **Princípio da supremacia do interesse público deve ser reformulado?** CONJUR. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/flavio-unes-supremacia-interesse-publico-reformulada>> Acesso em 31/10/2023.

PINKER, Steve; **O novo iluminismo: Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.** 1ªed. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. Companhia das Letras, 2018. 664 páginas.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 432 páginas.

SANTOS, Eduardo dos; **Direito constitucional sistematizado**. 1ªed. Indaiatuba/ SP: Editora Foco, 2021. 2.079 páginas.

SARMENTO, Daniel Sarmento (Org.) et al.; **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 1ª d. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005. Volume único.

_____; **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 369 páginas.

SMITH, Adam; **A riqueza das nações**. Coleção “Os Economistas”. São Paulo: Nova cultural, 1988. Volume nº 01. 672 páginas.

STF; Plenário. ADPF nº 449, Rel. Min. Luiz Fux. Julg. em: 08/05/2019. DJe: 02/09/2019. 125 páginas.

TIMM, Luciano Benetti; **O direito fundamental à livre iniciativa (ou à liberdade econômica)**. JOTA, 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-direito-fundamental-a-livre-iniciativa-ou-a-liberdade-economica-22052019>>. Acesso em 31/10/2023.

ZINGANO. Marco; **O particularismo moral e a ética aristotélica**. Dissertativo: Revista de Filosofia. v. 36; 2012. Disponível em: < <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/dissertatio/article/view/8666>> Acesso em 31/10/2023.