SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS
PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO À LUZ DO DIREITO PENAL

THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER THE PRIVATE INTEREST IN CRIMINAL LAW

Maria Fernanda de Souza Sales
Cassiana Vitória Guedes Oliveira da Silva
Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]

Resumo

O presente artigo pretende abordar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento e justificativa da existência dos princípios norteadores do agir Estatal, bem como sua aplicação à luz do Direito Penal Brasileiro. Para tanto, parte-se de definição teórica e passa-se à aplicação prática do instituto no âmbito penal, chegando-se a novas perspectivas. Adota-se, como marco teórico, os estudos advindos do pensamento capitaneado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanela Di Pietro. Como embasamento e para êxito do presente estudo tem-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e o método dedutivo.

Palavras-chave: Supremacia, Interesse público, Interesses privados, Administração pública, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to approach the supremacy of public interest over private interest as the foundation and justification of the existence of the guiding principles from State action and its application in light of the Brazilian Criminal Law. Therefore, it goes up theoretical definition, posing as practical application of the institute, and coming to new perspectives. It is adopted as a theoretical framework, the studies arising of the thought captained by Celso Antonio Bandeira de Mello,Hely Lopes Meirelles and Maria Sylvia Zanela Di Pietro. As foundation and success of this study it was used literature, jurisprudence and the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Supremacy, Public interest, Private interests, Public administration, Criminal law

[1] Professor Orientador da Pesquisa

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública no atual Estado Democrático de Direito, a qual abrange em sentido estrito o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, deve guiar-se, em suas atividades, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, proporcionando à coletividade, administrada, o bem-estar comum e a ordem pública.

Tais princípios, explícitos no artigo 37 da Constituição de 1988, norteiam e alicerçam todos os atos administrativos. Os princípios constituem uma base geral e formam uma estrutura que estabelece direções às normas jurídicas, e condicionam as estruturas subsequentes.

O fundamento e a justificativa da existência dos princípios norteadores do agir estatal são a necessidade de que prevaleçam, às pretensões humanas individuais, os interesses da coletividade. Esse fundamento se constitui no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tido como um dos mais importantes, já que tem a finalidade pública como *conditio sine quo non* da Administração.

Merece registro que não se desconhece o atual debate acerca da fluidez conceitual do termo interesse público e do equívoco de sua aplicação impensada, mas não se entrará especificamente em tal mérito, porquanto extrapola o objetivo e a profundidade deste estudo. Ressalte-se, apenas, que se tem em mente que deve ser buscada a máxima realização de todo o conjunto de direitos fundamentais, sejam eles de titularidade individual, coletiva ou difusa, sem que os interesses coletivos sejam preteridos, ou seja, ponderando-se; contudo, sempre privilegiando a coletividade.

A Administração Pública impõe atos aos administrados, de forma imperativa, e exige seu cumprimento, prevendo sanções aos que se recusarem a obedecê-los, o que faz em prol do interesse coletivo. Dessa forma, os princípios, além de orientar as relações sociais e permitir a adoção de soluções efetivas para eventuais conflitos, têm a finalidade de certificar que prevaleça o interesse público na atuação da Administração.

Interessa, pois, ao presente estudo, o referido princípio, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual deve estar presente na elaboração das normas e na aplicação destas ao caso concreto. Assim sendo, com fundamento no método dedutivo e pesquisa bibliográfica, tendo como base os referenciais teóricos estabelecidos a partir do pensamento capitaneado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meireles e Maria

Sylvia Zanela Di Pietro, essa pesquisa se propõe a analisar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e sua aplicação ao Direito Penal.

2 O QUE É INTERESSE PÚBLICO

O conceito de interesse público é muito amplo, e não encontra definição normativa pacífica e exata. De acordo com autores tradicionais, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), Hely Lopes Meireles (2002) e Maria Sylvia Di Pietro (2012), a supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não expresso em lei. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define que "o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público." (DI PIETRO, 2012, p.65). Hely Lopes Meirelles (2002, p. 99), por sua vez, expõe que a relevância do interesse público em face do privado advém da atuação estatal, e que se justifica a existência do Estado pela busca do interesse geral, de modo que o interesse público sobre o privado deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem destinados a particulares.

Ao longo dos anos, alguns critérios foram criados para delimitar a abrangência do Direito Público e do Direito Privado. Daniel Sarmento (2010, p.31) traz como primeiro critério a prevalência dos interesses, cumprindo ao Direito Público reger questões ligadas diretamente aos indivíduos, estando os interesses da coletividade em um segundo plano. O segundo critério seria pertinente à natureza das relações jurídicas existentes entre os sujeitos processuais em cada campo, sendo que o Direito Público envolve "relações de autoridade e subordinação entre Estado e cidadão", e o Direito Privado demarca "relações de paridade e de coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade" (SARMENTO, 2010, p.31). Em terceiro lugar, há o critério subjetivo, no qual o Direito Público representa aquele "cujas relações jurídicas figura o Estado, enquanto o Direito Privado é o ramo do ordenamento em que os poderes públicos não se fazem presentes" (SARMENTO, 2010, p.31).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável a prevalência dos interesses sociais coletivos aos interesses privados das pessoas, e justifica a existência de diversas prerrogativas em favor da Administração Pública, como a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais diferenciados, o poder de autotutela e a natureza unilateral da atividade estatal.

Hely Lopes Meirelles (2002) lembra a necessidade de observância da supremacia do interesse público na interpretação do Direito Administrativo, o que se traduz pela hierarquia

do poder público nas relações entre este e particulares, superioridade essa justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), por sua vez, ressalta a importância de se observar tal princípio no momento tanto de elaboração da lei quanto de sua execução pela Administração Pública, salientando que todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, mesmo que reflexamente protejam direitos individuais.

3 APLICAÇÃO PRÁTICA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO ÂMBITO PENAL

Partindo-se das cultas e tradicionais definições da supremacia do interesse público, objetiva-se demonstrar a necessária prelavência dos anseios da coletividade sobre as necessidades particulares dos indivíduos no âmbito da justiça criminal.

Nem mesmo os direitos e garantias individuais têm caráter absoluto. A Constituição de 1988 prevê, por exemplo, a possibilidade de afastamento dos direitos e garantias individuais tidos como os mais importantes, que são a vida e a liberdade, em prol da coletividade. Pode o direito à vida ser violado pela pena de morte em tempo de guerra, e pode o direito à liberdade ser atingido pela prisão, pela condução coercitiva e por outros meios de consagração da supremacia do interesse da sociedade sobre o meramente individual.

Em situações de relevante interesse público ou para convivência das liberdades, é possível a adoção, pelo Estado, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas sobre as quais incidam limitações de ordem jurídica. Busca-se, por um lado, a proteção da integridade do interesse social e, por outro, assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades humanas.

Analisando-se diversos julgados penais, percebe-se a constante relativização dos direitos fundamentais. Muito comum é o afastamento de direitos e garantias constitucionalmente consagrados em prol do bem-comum. Encontra-se julgados em que se veda a transferência da execução da pena do sentenciado para outro Estado, no qual possua vínculos familiares, o que contribui para a ressocialização e faz parte da dignidade da pessoa humana, em razão de fortes indícios de seu envolvimento com graves crimes, ao argumento de se garantir a ordem pública e a segurança social, que, em caso diverso, estariam comprometidas diante da periculosidade do ofensor (RIO GRANDE DO NORTE, 2011).

Ainda há jurisprudência no sentido de necessidade da violação aos direitos fundamentais de intimidade e vida privada, os quais, sopesados com outros direitos, como a segurança e a ordem pública, devem ser preteridos, em prol da supremacia do interesse público e do bem comum (RIO DE JANEIRO, 2005).

Também em sopesamento, nesse caso aos princípios da adequação, proporcionalidade e ofensividade, aplica-se o postulado da supremacia do interesse público para tipificar a conduta de conduzir veículo automotor sob influência de álcool, independentemente de resultado concreto, uma vez que se pune o perigo abstrato, homenageando-se a coletividade, exposta à risco (MINAS GERAIS, 2011).

Ainda invocando-se a supremacia do interesse coletivo para tipificar condutas como crimes, há delitos em que o princípio se justifica pela ofensa aos interesses da Administração Pública de que os funcionários atuem com "lealdade sem fraquezas" e "fidelidade sem vacilações". O bem jurídico primariamente tutelado não é a lesão patrimonial, mas sim a idoneidade da Administração (MINAS GERAIS, 2008).

Observa-se que o crime é tratado como uma ofensa ao Estado, que, por sua vez, ocupa o papel de protagonista na gestão do conflito originado a partir da prática do delito. Verifica-se que não há preocupação com a vítima ou com seus interesses. Não há diálogo entre os interesses da vítima, do contraventor e da comunidade afetada pelo crime. Assim, não se faz possível a construção coletiva de uma resposta adequada para a restauração dos prejuízos ocasionados pelo delito e pera a ressocialização do ofensor.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DOS INTERESSES NO ÂMBITO PENAL

Incitada a crise do sistema de resolução de conflitos penais, resta cristalina a necessidade de mudança paradigmática. Para contornar essa indesejável situação, a Justiça Restaurativa é apresentada como uma proposta de solução parcial, a ser aplicada em conflitos que envolvam a prática de crimes de pequena e média gravidade e que violem bens jurídicos individuais.

De acordo com Vítor Santana (2016), este novo modelo de gestão do crime se baseia no estabelecimento de um diálogo conciliatório entre vítima, contraventor e a comunidade afetada pelo crime, buscando-se a construção coletiva de uma resposta adequada para a restauração dos prejuízos ocasionados pelo delito. Nesse sentido, o papel da comunidade passa a ser visto com importância, uma vez que a outorga de poder à mesma para solucionar conflitos dá motivação para o aprendizado e desenvolvimento com situações adversas.

Para Marcelo Gonçalves Saliba (2009), o processo restaurativo "não fixa a reparação material dos danos como fim único ou objetivo da justiça", superando, assim, um paradigma que tem no patrimonialismo o seu maior fundamento. Quanto à participação da comunidade no processo restaurativo, Saliba enumera cinco razões de sua importância: a) fortalecimento dos vínculos entre delinquente, vítima e comunidade; b) reinserção social mais efetiva; c) conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e comunidade; d) conscientização da importância do processo para a comunidade; e) efetivação da soberania e cidadania participativas no Estado Democrático de Direito. Logo, como a conscientização e restauração das partes são a meta, o diálogo não se limita à exposição dos fatos e, dessa forma, permite ao infrator ser melhor compreendido, avaliado e encaminhado, visando-se evitar novas práticas ilícitas e promover a reinserção social.

Consoante o entendimento de Howard Zehr (2016), a Justiça Restaurativa deve atender, primeiramente, às necessidades imediatas - especialmente as da vítima - cuja autonomia é essencial para que haja recuperação e justiça. Após, deve identificar necessidades e obrigações mais amplas. Em seguida, a Justiça Restaurativa deve focar o relacionamento entre vítima e ofensor, facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Deve se concentrar na resolução dos problemas, visando as necessidades presentes, bem como as intenções futuras.

Mister salientar que em muitos países, a aplicação do processo restaurativo em casos em que as infrações penais praticadas violem bem jurídicos individuais, se encontra positivada nos respectivos ordenamentos jurídicos. Kayna Batista Sposato e Vilobalto Cardoso Neto, em recente artigo publicado, advertem que países como Canadá e Estados Unidos, bem como alguns países europeus, já se utilizam da Mediação Penal há, pelo menos, vinte anos e, no Brasil, as primeiras práticas restaurativas se iniciaram há aproximadamente dez anos, como estratégia para a resolução de problemas disciplinares (SPOSATO; CARDOSO NETO, 2016).

Á vista disso, a justiça restaurativa consagra uma abordagem ao fenômeno do delito enquanto uma ofensa a um indivíduo ao invés de somente representar uma ofensa ao Estado. Além disso, a inserção da vítima, ofensor e comunidade no processo, retira do Estado o monopólio da solução de conflitos e denota a ideia de alteridade.

Isto posto, é inegável que se vive um momento de transição paradigmática em que os meios alternativos de resolução de lides constituem importantes saídas para a busca de

melhores resultados. Dessa maneira, a Justiça Restaurativa se enquadra nessa perspectiva, na medida em que coloca em primeiro plano a reparação do dano suportado pela vítima e o restabelecimento dos laços rompidos pela prática do crime, valorizando os interesses individuais envoltos no litígio penal. Assim, defende-se que o pensamento jurídico deve, cada vez mais, reconhecer a via restaurativa como uma possibilidade para o enfrentamento de impasses no âmbito penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma eminentemente construtiva e acadêmica, sem pretender esgotar o assunto, almejou-se contribuir para uma reflexão acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado na seara criminal, em que o crime é tratado como uma ofensa ao Estado, que, por sua vez, ocupa o papel de protagonista na gestão do conflito originado a partir da prática do delito.

Constatou-se que, por vezes, o princípio foi desvirtuado para atender aos interesses exclusivos do Estado, o que culminou com a atual ausência de preocupação com a vítima e com as consequências do delito no âmbito processual penal.

Observou-se, como nova perspectiva, que, mediante a aplicação do chamado processo restaurativo, busca-se a construção de um modelo de intervenção penal em que o crime seja tratado primeiramente como uma ofensa praticada contra outra pessoa, ao invés da ideia do Estado como principal lesado pelo delito. Ademais, além de retirar deste o monopólio da solução de conflitos, denota-se outra importante qualidade inexistente no sistema de justiça tradicional, qual seja, a ideia de alteridade.

A Justiça Restaurativa revelou-se, por conseguinte, uma modalidade de justiça idônea a sanar e a propiciar respostas adequadas aos impasses da contemporaneidade. Mais que isso, seu trunfo parece residir na ampliação do próprio acesso à justiça, pela oportunidade dada às partes envolvidas em um conflito ou delito de participarem diretamente de seus procedimentos e resultados. Logo, não se pode desconsiderar que é a vítima quem sofre diretamente as indesejáveis consequências da prática de um delito, devendo ela, portanto, assumir o papel de protagonista no processo de resolução do conflito gerado a partir da conduta ilícita do ofensor, viabilizando-se, assim, a efetiva tutela dos seus interesses constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2002.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
MINAS GERAIS, TJMG. Apelação Criminal 1.0132.05.002089-1/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/07/2008, publicação da súmula em 09/08/2008.
MINAS GERAIS, TJMG. Apelação Criminal 1.0040.10.009626-8/001, Relator(a): Des.(a) Herbert Carneiro , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/02/2011, publicação da súmula em 02/03/2011.
RIO DE JANEIRO – ESPÍRITO SANTO, TRF2. MS 8545 RJ 2004.02.01.013918-8, Relator: Desembargador Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, Data de Julgamento: 24/08/2005, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 28/09/2005. p. 203.
RIO GRANDE DO NORTE, TJRN. HC 62925 RN 2011.006292-5, Relator: Desª. Maria Zeneide Bezerra, Data de Julgamento: 14/06/2011.
SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa e paradigma punitivo. Curitiba: Juruá editora, 2009. *In*: SPOSATO, Karyna Batist; CARDOSO NETO, Vilobaldo**. Justiça Restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a22ede5d703532f2>. Acesso em: 30 jun. 2016.
SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *In*: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, Vítor. Interesses públicos *versus* interesses privados: a análise do tema sob as perspectivas do direito constitucional/administrativo e do direito pena/processual penal. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3099/2232>. Acesso em: 30 jun. 2016.
SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23 – 118.
SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28. In: SANTANA, Vítor. Interesses públicos *versus* interesses privados: a análise do tema sob as perspectivas do direito constitucional/administrativo e do direito pena/processual penal. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3099/2232>. Acesso em: 30 jun. 2016.
SPOSATO, Karyna Batista; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Justiça Restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a22ede5d703532f2>. Acesso em: 29 jun. 2016.
ZEHR, Howard. **Teleconferência com Howard Zehr reúne entidades pioneiras em Justiça Restaurativa no Brasil**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/novo/?p=25426>. Acesso em: 26 jul. 2016.