

O conceito do interesse público no direito administrativo: benéfica aplicação da lei ao caso concreto ou maléfica utilização para decisões arbitrárias?

The concept of public interest in administrative law: beneficial application of the law to the concrete case or harmful use for arbitrary decisions?

DOI:10.34117/bjdv7n9-060

Recebimento dos originais: 03/08/2021

Aceitação para publicação: 03/09/2021

Betina Raíla Weber de Castro

Ensino Superior Incompleto

Universidade Feevale

Endereço: Rua Capitão Cruz, 3303, apto 102, Bairro Rui Barbosa, Montenegro – RS.

E-mail: betinaraila@gmail.com

RESUMO

No direito administrativo encontram-se os conceitos indeterminados, amplamente discutidos por juristas e filósofos, difundidos pela doutrina e utilizados em jurisprudências. Ocorre que esses conceitos possuem uma linha muito tênue entre a benéfica aplicação da lei ao caso concreto e a maléfica utilização para a tomada de decisões arbitrárias por parte dos administradores. Entre eles, o Interesse Público, termo utilizado com extrema (e preocupante) frequência, para justificar ações e omissões. Mas o que ele é? Quem define seu significado? Quais os limites? Essas e outras questões foram abordadas no artigo.

Palavras-Chave: Direito Administrativo, Hermenêutica, Conceitos indeterminados.

ABSTRACT

In administrative law there are indeterminate concepts, widely discussed by jurists and philosophers, disseminated by doctrine and used in jurisprudence. It happens that these concepts have a very thin line between the beneficial application of the law to the concrete case and the harmful use for arbitrary decisions by administrators. Among them is the Public Interest, a term used with extreme (and worrisome) frequency to justify actions and omissions. But what is it? Who defines its meaning? What are its limits? These and other questions were addressed in this article.

Keywords: Administrative Law, Hermeneutics, Indeterminate Concepts.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do Direito, em especial o administrativo, encontram-se os conceitos indeterminados, amplamente discutidos pelos juristas e filósofos, difundidos pela

doutrina e utilizados nas jurisprudências. Os mesmos estão presentes em diversas leis de âmbito federal, estadual e municipal.

Ocorre que esses conceitos possuem uma linha muito tênue entre a benéfica aplicação da lei ao caso concreto e a maléfica utilização para a tomada de decisões arbitrárias por parte dos administradores.

Entre esses conceitos, o Interesse Público. Termo utilizado com extrema (e preocupante) frequência, para justificar ações e, por vezes, inclusive omissões. Mas o que é o Interesse Público? Quem define seu significado? Quais os limites? Essas e outras questões serão abordadas nesse artigo, que visa não somente buscar respostas, mas provocar o leitor a questionar ainda mais.

O artigo foi construído e desenvolvido de forma a abranger, com detalhes, o Interesse Público e toda a discricionariedade, vagez, extensão, incerteza e imprecisão que o cerca. Para isso, utilizar-se-á as importantes contribuições de Gadamer na hermenêutica filosófica, bem como doutrinadores nacionais e internacionais.

2 CONCEITOS INDETERMINADOS: DA ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO À INSEGURANÇA

Toda palavra carrega um sentido, um significado, uma história. Muitos são os estudos dedicados à elas e suas interpretações: a morfologia, a etimologia, a epistemologia, a hermenêutica, a filologia...

Como expressa Sainz Moreno:

A relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial. Não existe o Direito sem a linguagem, da mesma maneira que não existe o pensamento fora da linguagem. Trata-se, pois, de uma relação mais intensa que a de mera sustentação¹.

Ao criar uma norma, o legislador sabe (ou deveria saber) o cuidado que precisa ter em escolher as palavras. As que criam uma exceção, as que colocam uma margem nas possibilidades de interpretação, as que descrevem, as que orientam, as que impõe. Ah, palavras, quantas coisas querem nos dizer.

¹MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madri, Editorial Civitas S.A., 1976, p. 97.

Existem momentos, porém, em que encontram-se palavras abertas e vagas, palavras que não expressam seu conteúdo, são silenciosas. São os conceitos indeterminados, instituto de grande amplitude, ou de fluidez, como caracteriza o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello².

“Interesse Público”, “utilidade pública”, “relevância”, “urgência”, “boa-fé”, “função social”, “bons costumes”, “bem comum”, são alguns exemplos de conceitos indeterminados. Perceba, são expressões que abrem espaço para a discricionariedade.

Mello³ define a discricionariedade como um espaço para fazer escolhas:

A discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal.

Hans Kelsen⁴ foi um dos autores que identificou a atividade interpretativa com a atividade discricionária, pois sempre há uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação. Ensina ele:

O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.

Ou seja, são discricionários porque conferem ao administrador espaço para agir conforme sua oportunidade e conveniência, respeitando os princípios constitucionais que envolvem a Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

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

Assim, a vaguidade se faz benéfica, pois permite que a norma melhor se adeque ao caso concreto, seguindo a lógica de aplicação idealizada por Gadamer⁵.

²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 831.

⁴KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 464.

⁵GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

Frederico do Valle Abreu⁶ também compreende os conceitos indeterminados dessa forma:

A vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada.

Assim, conceitos indeterminados ajudarão a abranger os casos que o legislador não teve como descrever no texto legal e que nem por isso são atípicas.

Contudo, a discricionariedade carrega em si um enorme peso: o da insegurança. Isto porque, assim como pode o administrador optar por agir de forma benéfica e eficaz, também tem a possibilidade de agir de má-fé, visando seus próprios interesses, agindo de forma arbitrária.

Sabe-se que, infelizmente, não são raras as vezes em que isso ocorre. A administração pública possui poder e uma vez que estamos inseridos num Estado Democrático de Direito, necessário se faz compreender que todo ato praticado pelo agente público, no exercício da função pública, deveria estar de acordo com o que a lei prescreve como “conduta a ser realizada”.

Com muita propriedade, nos ensina, o professor Celso Bandeira de Mello (2002, p.83):

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois estará se comportando fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.

Em suma, quando o ato administrativo não tem como objetivo o bem da coletividade, mas sim o bem particular do erário, não é somente um ato completamente imoral, mas também um ato que não está em conformidade com a lei, com a Constituição Federal e com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

⁶ ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. Jus, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processo-e-suposto-poder-discionario-do-magistrado#:~:text=O%20conceito%20jur%C3%ADdico%20indeterminado%20%C3%A9,lei%20%C3%A9%20interpretada%20e%20aplicada>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A APLICAÇÃO DE GADAMER

Durante o pietismo (movimento oriundo do luteranismo que valoriza as experiências individuais do crente, século XVII) o problema hermenêutico se dividia em três momentos: a compreensão, a interpretação e a aplicação.

Ocorre que compreender é sempre interpretar e a interpretação é a forma explícita da compreensão. Essa fusão causou a desconexão do 3º momento da problemática da hermenêutica: a aplicação. Na obra “Verdade e Método”, Gadamer retoma Schleiermacher e Dilthey reconhecendo as suas contribuições, mas protestando-lhes a ausência da aplicação. Para ele, a aplicação é tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação, tanto que “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação.” (GADAMER, 2005, p. 452).

Esse esforço de Gadamer em recolocar a aplicação no escopo do todo da tarefa hermenêutica parece conveniente, visto que compreender e interpretar aparentam ser inúteis quando, posteriormente, não ocorre a aplicação.

Por exemplo, compreende-se que a sociedade necessita cumprir horários, que não deve haver atrasos, mas não basta a compreensão. Faz-se necessário aplicar. Sem aplicação, a compreensão perde seu sentido.

Uma lei não quer ser compreendida historicamente. Quer validez jurídica. Da mesma forma, uma mensagem religiosa quer poder exercer seu poder redentor, não ser analisada como um documento antigo. Ou seja, para compreendê-los adequadamente, precisamos fazê-lo em cada instante, isto é, em cada situação concreta de maneira nova e distinta. Isso significa que, às vezes, compreender é aplicar. (GADAMER, 2005, p. 407-408).

Em outras palavras, a cada caso concreto que surge, surge também uma nova interpretação e aplicação da lei. Gadamer explica que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário. Da mesma forma podemos entender a discricionariedade do administrador público: uma oportunidade de adaptar, de aplicar a norma ao caso concreto.

É como se a moldura (que é a lei) se tornasse adaptável à pintura (que é o fato) e a relevância disso é imensurável. Isso porque o fato é sempre dinâmico, consequência da dinamicidade do ser humano, da sociedade. De forma que a lei dificilmente é suficiente para acompanhar as mudanças e aplicá-la é, a cada dia que passa, um desafio maior.

4 O QUE É O INTERESSE PÚBLICO

Sabe-se que o interesse público é um conceito indeterminado, e justamente por isso a pergunta “O que ele é?” não está respondida. Isto é, o fato de ser o que é, é também o fato de ser muitas outras coisas. Eis o paradoxo de um conceito indeterminado.

Para o constitucionalista Lenio Luiz Streck⁷, o interesse público traduz-se atualmente em uma “expressão que sofre de intensa ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa’”.

Ou seja, torna-se constantemente uma “carta coringa”, usada para justificar escolhas de administradores que, por vezes, sequer consideraram o interesse da coletividade. Da mesma forma, a “dignidade da pessoa humana”. “Está se sentindo prejudicado na audiência? Fale a frase mágica e a situação reverterá”.

Faria descreve o interesse público como “um conceito quase místico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre”⁸. Uma visão crítica e necessária. O autor resume bem os defeitos do termo, expressando aquilo com o que devemos nos preocupar: “Interesse Público” nos deixa a mercê do que alguém que pode entender a frase como “Interesse Próprio”. E como diz o poeta italiano Lawrence Ferlinghetti:

“oh mundo é um lugar maravilhoso
onde nascer
se a gente não perder a cabeça
por haver cabeças mortas nos lugares mais altos”.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira De Mello⁹:

Interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 09 de jun. 2020.

⁸ FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, Abril, 1992, p. 173.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Moreira Neto¹⁰ define interesse público como interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através da ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada.

Assim, entende-se que o Interesse Público é a voz da coletividade, do povo. Ao decidir destinar verbas “em prol do Interesse Público”, fazer uma licitação “em prol do Interesse Público” ou qualquer outra ação com essa justificativa, é fazer algo em prol do João, da Maria, do José, de cada indivíduo que forma o todo. Mello¹¹ esclarece que o interesse público é dimensão pública dos interesses individuais.

Isso acontece apenas em um Estado Democrático de Direito. Isto é, o interesse público é incompatível com um Estado que não respeita as garantias fundamentais e os direitos humanos. Nas palavras do mestre em direito constitucional Edgard Leite, “resumidamente, no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana”

Dessa forma, ressalta-se a importância da política. É através dela que o povo ecoa sua voz, esclarecendo o que precisa e o que quer. É no exercício do poder político por parte do povo que se descobre qual é o real interesse público.

Ações arbitrárias são noticiadas com frequência: “Prefeito e secretários são presos por usar máquina da prefeitura”¹², “Vereador é preso ao usar máquina da prefeitura para fazer tanque de peixe”¹³, “Prefeito de cidade mineira usa veículo oficial para buscar filho em festa e carro cai em ribanceira”¹⁴, “Justiça manda a júri popular ex-prefeito acusado de desviar cilindro de oxigênio para bombear chope; segundo a acusação, falta do equipamento contribuiu para a morte de uma paciente de Luiziana, no centro-oeste do Paraná”¹⁵.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e Controle da Discricionariedade. 3. Ed. – Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

¹² DOURADO, Romilson. Prefeito e secretários são presos por usar máquina da prefeitura. Disponível em <https://www.rdnews.com.br/blog-do-romilson/conteudo/prefeito-e-secretario-sao-presos-por-usar-maquinas-da-prefeitura/41666>, acesso em 06/03/2020.

¹³ SOARES, Denise. Vereador é preso ao usar máquina da prefeitura para fazer tanque de peixe. Disponível em <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/10/vereador-e-presos-ao-usar-maquina-da-prefeitura-para-fazer-tanque-de-peixe.html>, acesso em 06/03/2020.

¹⁴ FERREIRA, Zana. Prefeito de cidade mineira usa veículo oficial para buscar filho em festa e carro cai em ribanceira. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2019/12/16/prefeito-de-cidade-mineira-usa-veiculo-oficial-para-buscar-filho-em-festa-e-carro-cai-em-ribanceira.ghtml>, acesso em 06/03/2020.

¹⁵ PAVANELI, Aline. Justiça manda a júri popular ex-prefeito acusado de desviar cilindro de oxigênio para bombear chope. Disponível em <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2019/03/19/justica-manda-a-juri-popular-ex-prefeito-acusado-de-desviar-cilindro-de-oxigenio-para-bombear-chope.ghtml>, acesso em 06/03/2020.

A regra é clara: ao comprar bens para o ente público, é necessário realizar licitação. A mesma precisa ser motivada, precisa justificar sua necessidade. Variados são os motivos, mas é evidente que não incluíam levar o filho do prefeito em uma festa ou bombear chope em festa privada. Esses administradores não estavam preocupados com o Interesse Público ao utilizarem os bens do município em prol de seus interesses. Assim também visualizamos nas jurisprudências:

PREFEITO MUNICIPAL – PECULATO DESVIO – FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS – PREFEITO QUE PROPÕE RECEBIMENTO DE COMISSÃO – FORNECEDOR QUE PROCURA O MINISTÉRIO PÚBLICO NARRANDO AÇÃO CRIMINOSA, REPETINDO A VERSÃO ANOS DEPOIS, EM JUÍZO. 1. **Prefeito Municipal, que no exercício do cargo, convoca fornecedor de combustível e exige comissão de 0,13 centavos por litro de combustível, prometendo realizar licitação fraudulenta, com segura vitória do fornecedor convocado, o qual aceita a proposta, tudo se realizando como combinado, comete o crime de desvio de renda pública tipificado no art. 1º, inc. I, do Dec. Lei 201.** Além da condenação do prefeito, também se impõe a condenação do fornecedor, partícipe do crime, que aquiesceu à proposta feita pela autoridade pública, se a versão foi sempre a mesma, desde o inquérito, tendo se renovado em juízo, vários anos depois, dando segura impressão de sinceridade nas declarações colhidas na fase judicial, além do Tribunal de Contas ter constatado aumento de preços pagos pelo combustível, durante o tempo em que vigorou o contrato fraudulento. 3. Ação penal julgada procedente em parte, para absolver os integrantes da comissão de licitação e o assessor jurídico do constatado aumento de preços pagos pelo combustível, durante o tempo em que vigorou o contrato fraudulento. 3. Ação penal julgada procedente em parte, para absolver os integrantes da comissão de licitação e o assessor jurídico do município, condenando-se o prefeito e o fornecedor. (Processo Crime N° 70014589865, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 19/12/2013). (TJ-RS – PC: 70014589865 RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Data de Julgamento: 19/12/2013, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/02/2014). (Grifei).

EMENTA: PROCESSO CRIME DE RESPONSABILIDADE - PREFEITO MUNICIPAL - DESVIO DE RENDA PÚBLICA - PRELIMINARES REJEITADAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA - CONDENAÇÃO DECRETADA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. COMPROVADO QUE O RÉU, CONTANDO COM A AJUDA DE EXTRANEUS, SEM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM UNIDADE DE DESÍGNIOS, DESVIARAM RENDA PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO, IMPÕE A CONDENAÇÃO NAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/67. NÃO HÁ COMO RECONHECER O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DA RELEVÂNCIA DOS BENS PROTEGIDOS PELO TIPO PENAL, CUJA TUTELA ABRANGE ALÉM DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, A PROIBIDADE E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA. EXAURIDO TEMPO SUFICIENTE ENTRE A DATA DOS FATOS E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, CARACTERIZA-SE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, RETROATIVA, NA FORMA DOS ARTIGOS 107, IV, 109, VI e 110, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO

PENAL. (TJ-MG - AP: 10000130376510000 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 05/08/2015, Data de Publicação: 14/08/2015). (Grifei).

PENAL. APELAÇÃO. PREFEITO. APROPRIAÇÃO/DESVIO DE RENDAS OU BENS PÚBLICOS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). **RÉU, À ÉPOCA PREFEITO DA CIDADE DE ADRIANÓPOLIS, QUE DETERMINOU A UTILIZAÇÃO DE ÔNIBUS ESCOLAR DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO (COM FUNÇÃO DE CONDUZIR OS ESTUDANTES ATÉ AS ESCOLAS), PARA LEVAR, A PASSEIO, SEUS SIMPATIZANTES POLÍTICOS PARA SUA CASA DE PRAIA.** SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. 1) NULIDADE, POR NÃO TER SIDO OUVIDA A TESTEMUNHA DE DEFESA ABIB MIGUEL, EX-DIRETOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ. INOCORRÊNCIA. JUÍZO QUE DESIGNOU DIVERSAS AUDIÊNCIAS (AO TODO, 08) PARA OUVIR A TESTEMUNHA, QUE NÃO COMPARECEU A NENHUMA DELAS. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE NOTÍCIAS DE QUE A TESTEMUNHA TENHA PRESENCIADO OU FATOS OU MESMO SAIBA ALGUMA COISA A RESPEITO DELES. INSTRUÇÃO PROCESSUAL QUE SE ARRASTOU POR TRÊS ANOS, TUDO, PARA OUVIR A TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. 2) NULIDADE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE DE APRESENTAR ALEGAÇÕES FINAIS. INOCORRÊNCIA. ADVOGADO DO RÉU QUE FOI DEVIDAMENTE INTIMADO, VIA DIÁRIO DE JUSTIÇA, PARA APRESENTAR ALEGAÇÕES FINAIS, NÃO O TENDO FEITO POR RAZÕES DESCONHECIDAS, RAZÃO POR QUE FOI NOMEADO ADVOGADO DATIVO. PRELIMINAR REJEITADA. 3) PARECER DA PGJ OPINANDO PELA DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, A PARTIR DA DECISÃO QUE NOMEOU O ADVOGADO DATIVO. ACOLHIMENTO. MAGISTRADO QUE, DIANTE DA INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO EM APRESENTAR ALEGAÇÕES FINAIS, DEVERIA TER INTIMADO O RÉU PARA CONSTITUIR DEFENSOR DE SUA CONFIANÇA, PARA SÓ DEPOIS, EM CASO DE AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, NOMEAR ADVOGADO DATIVO. NULIDADE ABSOLUTA. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEMAIS, PREJUÍZO QUE ESTÁ EVIDENTE NOS AUTOS, DIANTE DAS SUCINTAS E PRECÁRIAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, A PARTIR DA DECISÃO QUE NOMEOU ADVOGADO DATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-PR 7372765 PR 737276-5 (Acórdão), Relator: Valter Ressel, Data de Julgamento: 06/09/2012, 2ª Câmara Criminal). (Grifei).

AÇÃO PENAL. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PECULATO-DESVIO. ART. 312, CAPUT, DO CP. **EMIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS SEM FINALIDADE PÚBLICA.** PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. EFETIVIDADE E RACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO. ART. 29 DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. ISONOMIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA. NÃO SUBMISSÃO. EFEITO EXTENSIVO. ART. 580 DO CPP. QUESTÃO OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO. DOLO NATURAL. FINALISMO. ELEMENTO ESPECIAL DO INJUSTO. **DESVIO EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO.** MÁ-FÉ. IRRELEVÂNCIA. PECULATO CULPOSO. ART. 312, § 2º. DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

PARTICIPAÇÃO. CUMPLICIDADE. ACORDO PRÉVIO DE VONTADES. DESNECESSIDADE. ANTIJURIDICIDADE. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. APLICAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CP. REPARAÇÃO DO DANO POR TERCEIROS. POSSIBILIDADE. VOLUNTARIEDADE. PRESENÇA. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CAPUT, DO CP. SITUAÇÕES HOMOGÊNEAS. PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA. ART. 47, I, DO CP. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO. PERDA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. 1. O propósito da presente fase procedimental é determinar se o réu atuou com influência na conduta de funcionário público, o qual teria expedido passagens aéreas a terceiros sem interesse público e às custas do erário, e se essa conduta é capaz de configurar sua participação no crime de peculato-desvio, previsto no art. 312, caput, segunda figura, do CP, em concurso de agentes (art. 29 do CP) e em continuidade delitiva (art. 71 do CP). 2. Em julgamentos recentes (AgRg na Apn 866/DF e Questão de Ordem na Apn 857/DF), esta Corte Especial, reconhecendo estar entre suas prerrogativas examinar o alcance de sua própria competência, restringiu a interpretação do art. 105, I, a, da CF/88, delimitando sua competência penal originária exclusivamente ao julgamento dos crimes atribuídos a Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas que houvessem sido cometidos durante o exercício do cargo e relacionados ao desempenho de referida função pública. 2. Todavia, se a produção probatória já se encontra encerrada, com a prolação do despacho que intima as partes para a apresentação de alegações escritas, não haverá modificação da competência, pois as atribuições do órgão até então competente devem ser prorrogadas, em prestígio à efetividade e à credibilidade do sistema penal, para o exame de mérito da acusação. 3. Essa é a circunstância verificada na hipótese em tela, na qual a nova interpretação restritiva do art. 105, I, a, da CF/88 é superveniente ao despacho do art. 11 da Lei 8.038/90, devendo, assim, ser rejeitada a preliminar de incompetência absoluta, haja vista estar configurada a excepcional causa de prorrogação da competência desta Corte. 3. O oferecimento da denúncia, na ação penal pública, não se submete ao princípio da indivisibilidade, razão pela qual o não oferecimento de denúncia em relação a um dos supostos envolvidos na prática de um crime não interfere na situação jurídica dos demais. 4. A extensão dos efeitos de uma determinada decisão penal favorável a um coautor ou partícipe depende de referir-se a decisão a aspectos objetivos relativos ao fato criminoso e de a decisão afetar substancialmente a situação do outro acusado, o que não ocorre na hipótese em apreço, em que a rejeição da denúncia pelo TJ/RO decorreu de aspectos pessoais. 5. O dolo exigido para a incidência do peculato-desvio é a consciência e a vontade definitiva de desviar a coisa (dinheiro, valor ou qualquer outra coisa móvel) pertencente ao Poder Público de sua finalidade. O elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto é o de que se faça o desvio em proveito próprio ou alheio. 6. No finalismo, o dolo é natural, porquanto a consciência da ilicitude passou a ser averiguada na culpabilidade, e não mais na tipicidade. Por essa razão, para a configuração do dolo exigido para a tipificação de uma determinada conduta, não é necessária a demonstração da má-fé, ou da intenção de conscientemente infringir um mandamento legal. 7. **Na hipótese concreta, ao formular os pedidos ao Presidente da Assembleia Legislativa, o réu tinha consciência da existência de todos os elementos objetivos e subjetivos componentes do tipo objetivo do art. 312, caput, segunda figura, do CP, e, igualmente, teve a vontade de dar às verbas públicas aplicação diversa da que lhe é determinada, em benefício de outrem e em atendimento a interesses privados.** 8. **In casu, o réu requereu a expedição das passagens de forma consciente e intencional, não tendo deixado desatentamente de cuidar de patrimônio sobre o qual tinha a posse em razão do cargo, permitindo, com isso, a prática de crime doloso por terceira pessoa, não havendo, assim, adequação típica de sua conduta ao crime de peculato culposo.** 9. A

configuração do concurso de agentes não exige a existência de acordo prévio de vontades, o *pactum sceleris*, bastando que um agente saiba que está cooperando na ação comum que resultará na violação do bem jurídico protegido pela norma penal. 10. Para que o exercício de um direito seja regular e exista a exclusão da ilicitude, não podem ser ultrapassados os limites, determinados ou explícitos, com que o ordenamento jurídico extrapenal faculta o seu exercício. Na presente hipótese, a interpretação dada ao réu à norma interna permissiva é abusiva e contrária aos princípios administrativo-constitucionais da legalidade e da impessoalidade, não sendo, assim, possível o afastamento da antijuridicidade. 11. Embora somente no peculato culposo o ressarcimento do dano seja capaz de excluir a punibilidade, a restituição dos valores ao erário no peculato desvio pode configurar o arrependimento posterior. 12. A causa de diminuição de pena do arrependimento posterior pode incidir nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa quando houver a reparação integral, voluntária e tempestiva do dano, mesmo que realizada por terceiros, por se tratar de circunstância objetiva que se estende a todos os coautores ou partícipes do crime. 13. Na hipótese em exame, a participação do réu atingiu bens jurídicos uniformes e se utilizou de semelhante processo executório para, mediante mais de uma ação, participar da prática de crimes de peculato-desvio, o que permite a caracterização de sua conduta como crime continuado. 14. O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do CP, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica. 15. Ação penal julgada procedente. (STJ - APn: 629 RO 2010/0054273-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/06/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/08/2018). (Grifei).

Como lecionam Renato Alessi e Bandeira de Mello¹⁶, os interesses públicos não podem ser confundidos com os interesses do Estado, do aparelho da Administração burocrática ou do erário, sendo que “os interesse secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”. Portanto, as práticas demonstradas acima são completamente abomináveis, tristes, vergonhosas e deploráveis. É o egoísmo humano prevalecendo e sacrificando a boa-fé, a empatia e a honestidade.

5 QUAIS OS LIMITES DO INTERESSE PÚBLICO E QUEM OS DEFINE

A importância do Princípio do Interesse Público é indiscutível. Porém, não é um princípio soberano ou absoluto, um princípio cuja aplicação é indiscutível. Muito pelo contrário, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe um rol de direitos e garantias considerados fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico. Ou seja, o interesse privado é irrenunciável, inalienável e inviolável.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Possível dizer, referente a limites do interesse público, que uma barreira concreta é o respeito a esses direitos e garantias dos particulares. Nesse contexto, indaga Celso Antônio Bandeira de Melo:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um¹⁷.

Contudo, imediatamente surge a pergunta “como a Administração Pública irá atender os anseios da coletividade e ao mesmo tempo observar o interesse individual de cada cidadão?” E apesar de ser uma situação complexa, a resposta está na atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que ajudarão o administrador perante cada caso concreto.

Os autores Daniel Sarmiento, Alexandre Santos de Aragão e Humberto Ávila, fizeram uma obra chamada “Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. E, apesar do título, Daniel Sarmiento não deixou de advertir que “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”¹⁸.

Dessa forma, resta claro que um princípio não deve substituir o outro, até porque não há como concluir que um é mais relevante, como explica José Sérgio da Silva Cristóvam:

A noção de princípios constitucionais é totalmente inconciliável com qualquer idéia de um princípio absoluto, capaz de prevalecer (*a priori*) sobre os demais, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas¹⁹.

Caberá, a partir de uma ponderação, analisar qual deles é mais necessário naquele momento, qual “pesa mais” na situação específica. Eis a dificuldade do direito. Diferentemente de uma área exata, nas Ciências Sociais não existe uma resposta padrão.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pag. 59.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2007, pag. 28.

¹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. Revista da Esmesc, UFSC, 2013.

A tarefa do administrador é árdua, aliás, ele é o titular dos bens do povo. Precisa buscar equilíbrio e harmonia na aplicação dos direitos fundamentais individuais e do princípio do interesse público. Portanto, é necessário, acima de tudo, que o administrador tenha boa-fé, que queira realmente fazer o melhor por aqueles que lhe elegeram, e, como já ressaltado, isso só é possível em um Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Os conceitos indeterminados foram pensados de forma a facilitar a benéfica aplicação da lei ao caso concreto. Infelizmente, administradores usam dessa possibilidade para beneficiar a si mesmos, através de escolhas arbitrárias.

Entre eles, o Interesse Público, que na verdade se refere ao interesse do povo, àquilo que irá satisfazer a maioria, atender as necessidades da população pela qual se administra, sendo ela a de um município, de um estado ou de um país.

Não há dúvidas que entender qual é esse interesse não é uma tarefa fácil. Para isso se faz necessário inserir-se em meio aos cidadãos, ouvir suas vozes, conhecer suas realidades. Necessário abster-se de suas próprias opiniões, estudar as situações e jamais abandonar os Princípios Fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, respeitar os interesses privados, lembrando que esses não são mais ou menos importantes do que os públicos, que nenhum deles é absoluto.

Ainda preocupa a ideia de que o que há para a população fazer é torcer para que o administrador haja de boa-fé quando se deparar com a possibilidade de aplicar o Princípio do Interesse Público. Muito há o que se progredir e pesquisar, para encontrarmos outras maneiras de agir perante tamanha liberdade conferida ao administrador.

Enquanto isso, questionar os administradores e atuar individualmente, mesmo que somente nos bairros e municípios, já é uma forma de buscar a efetiva aplicação do princípio estudado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. Jus, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processoesupostopoderdiscricionariodomagistrado#:~:text=O%20conceito%20jur%C3%ADdico%20indeterminado%20%C3%A9,lei%20%C3%A9%20interpretada%20e%20aplicada>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. Revista da Esmesc, UFSC, 2013.

DOURADO, Romilson. Prefeito e secretários são presos por usar máquina da prefeitura. Disponível em <https://www.rdnews.com.br/blog-do-romilson/conteudo/prefeito-e-secretario-sao-presos-por-usar-maquinas-da-prefeitura/41666>. Acesso em: 06 de março de 2020.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, Abril, 1992.

FERREIRA, Zana. Prefeito de cidade mineira usa veículo oficial para buscar filho em festa e carro cai em ribanceira. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2019/12/16/prefeito-de-cidade-mineira-usa-veiculo-oficial-para-buscar-filho-em-festa-e-carro-cai-em-ribanceira.ghtml>. Acesso em: 06 de março de 2020.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15^a ed, São Paulo, Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e Controle da Discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

MORENO, Fernando Sainz. Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madri, Editorial Civitas S.A., 1976.

PAVANELI, Aline. Justiça manda a júri popular ex-prefeito acusado de desviar cilindro de oxigênio para bombear chope. Disponível em <https://g1.globo.com/pr/norteenoroeste/noticia/2019/03/19/justica-manda-a-juri-popular-ex-prefeito-acusado-de-desviar-cilindro-de-oxigenio-para-bombear-chope.ghtml>. Acesso em: 06 de março 2020.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

SOARES, Denise. Vereador é preso ao usar máquina da prefeitura para fazer tanque de peixe. Disponível em <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/10/vereador-e-preso-ao-usar-maquina-da-prefeitura-para-fazer-tanque-de-peixe.html>. Acesso em 06 de abril de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministrancy-andrighi>>. Acesso em: 09 de junho 2020.