

A INVOCAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

*Raquel Cavalcanti Ramos Machado**

1 Introdução. 2 Interesse público 2.1 Interesse público e interesse do Estado. 2.2 Interesse público e Estado Social. 3 Princípio da prevalência do interesse público sobre o particular. 3.1 Princípios, regras jurídicas, interesse público e a técnica do sopesamento. 3.2 Princípio da prevalência do interesse público e sopesamento de princípios. 4 Conclusão.

RESUMO

A autora analisa de forma sucinta a impossibilidade de se invocar genericamente o interesse público como fundamento para o desrespeito de direitos fundamentais do contribuinte.

PALAVRAS-CHAVE

Interesse público. Princípios. Sopesamento. Tributação.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se nos últimos tempos uma crescente invocação do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, ou mesmo só do interesse público, na solução de problemas de Direito Tributário, tanto materiais, como processuais.

Com efeito, medidas processuais em favor da Fazenda Pública são aceitas ao fundamento de que a prevalência do interesse público as autoriza:

TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. INSTÂNCIA ESPECIAL. RECURSO HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1 . O recurso hierárquico em benefício da Fazenda Pública, desde que previsto em lei, não viola a Constituição Federal, notadamente os princípios da isonomia e do devido processo legal. 2 . A lei processual criada em favor da Fazenda não rompe o equilíbrio entre as partes, face a prevalência da supremacia do interesse público ao privado, instituída na Lei Maior. 3 . Recurso ordinário a que se nega provimento.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

* Advogada em Fortaleza-CE. Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE.

1. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 5% (cinco por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.
2. O patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas.

Do mesmo modo, por vezes convalidam-se inválidas exigências tributárias também mediante a invocação do interesse público. Como exemplo, tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, que para a perplexidade da maioria da comunidade jurídica, negou o direito do contribuinte à restituição da diferença do ICMS recolhido por substituição tributária “para frente”, nas hipóteses em que o preço final é inferior ao previsto na antecipação:

[...] O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo à restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação...

Essa invocação do interesse público, demasiadamente ampla, longe de coadunar-se com o ordenamento jurídico, implica insegurança e muitas vezes autoriza atitudes arbitrárias do Estado. Em consequência, acarreta a diminuição do âmbito de eficácia dos direitos individuais, conquistados a tão duras penas ao longo da História, trazendo ainda grandes prejuízos para a Ciência do Direito Tributário.

Na verdade, somente uma noção distorcida sobre o conceito de interesse público e sobre o significado do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular justifica essa invocação.

É na tentativa de demonstrar essa distorção – e afastá-la – que se desenvolve o presente estudo.

2 INTERESSE PÚBLICO

O maior equívoco em relação ao interesse público está em confundilo com o interesse do Estado, sendo certo que tal equívoco vem agravando-se em face da idéia do Estado Social, que, pelo menos no plano teórico, age sempre em nome do povo e baseia-se na solidariedade. Assim, afirma-se

que, por conta do interesse público, os cidadãos em geral teriam de “abdicar” de alguns direitos individuais para o bem da coletividade.

Esse raciocínio, por exemplo, é invocado por aqueles que defendem a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário diretamente pela Receita Federal, independentemente de autorização judicial, e por aqueles que invocam o princípio da capacidade contributiva como justificativa para a tributação de fatos não previstos em lei (interpretação distorcida da chamada norma anti-elisão).

Essa noção sobre o interesse público contém dois equívocos. Um é o elementar de confundir interesse do povo com interesse do Estado. O outro é o de imaginar que, no Estado Social, deve-se abrir mão de direitos individuais – conquistados ao longo do processo de democratização da sociedade – como se a mera imposição de deveres positivos ao Poder Público o impedisse de realizar as arbitrariedades que justificaram a proteção constitucional dos direitos individuais.

2.1 Interesse público e interesse do Estado

As pessoas que confundem interesse público e interesse do Estado ignoram, ou por inocência ou por malícia, o fenômeno da deturpação do poder.

É certo que, no plano do “dever ser”, o Estado, por meio do seu governante, deve sempre agir de acordo com a vontade do povo consubstanciada na Constituição. Ocorre que também é certo que, no plano do “ser”, muitas vezes, os governantes, apesar de agirem em nome do Estado, ignoram a Norma Suprema. A propósito, bastante pertinente é a observação de Gilmar Mendes, que afirma:

A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica. É por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrário de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos.

Foi levando em consideração essa possibilidade de deturpação do poder que a melhor doutrina administrativista, ao conceituar o interesse público, dividiu-o em duas categorias, quais sejam, o interesse público primário e o interesse público secundário.

Interesse público primário é aquele relacionado de modo imediato com as necessidades do povo, como educação, saúde, moradia, etc. Interesse público secundário diz respeito ao uso dos meios necessários à realização

desses anseios do povo, tais como a arrecadação de tributos. E esses meios somente podem ser considerados como “interesse público” quando efetivamente utilizados para o alcance do interesse público primário, e ainda assim quando forem validamente instituídos.

Nesse ponto, é de se observar que, na discussão sobre a validade de uma exigência tributária qualquer – com exceção das relacionadas com contribuições – não se perquire sobre o destino da arrecadação tributária. Assim, como não se pode verificar a efetiva destinação da arrecadação para a realização do interesse público primário, a invocação do interesse público é indevida.

Além disso, mesmo em relação às exigências tributárias em que importa analisar o destino da arrecadação, como, por exemplo, quando se discute a validade de contribuições, não se pode invocar o interesse público. Isso porque, ainda que determinada contribuição tenha sido validamente criada, a mera previsão legal de que o valor arrecadado com essa contribuição será destinado para a realização de alguma finalidade que seja do interesse público primário não garante que assim o seja na prática; logo, não garante que a cobrança da contribuição discutida realize efetivamente o interesse público.

De todo modo, nesse ponto, é de ser feita outra observação. Ainda que no exame da validade de um tributo seja examinado e comprovado que o tributo questionado é efetivamente destinado à realização do interesse público primário, não se poderá afirmar que esse tributo realiza o interesse público se sua criação não tiver respeitado as exigências formais e materiais contidas na Constituição e nas leis com ela compatíveis. Isso porque, em um Estado de Direito, os fins não justificam os meios. Aliás, é o próprio interesse público primário (liberdade do cidadão) que autoriza o controle da legalidade dos atos do Estado, atos que englobam a elaboração de leis e a realização de lançamentos tributários. Bastante pertinente é a conclusão de James Marins sobre o assunto:

[...] não é lícito ao Estado pretender impingir derrotas ao direito subjetivo individual do cidadão contribuinte sob o pálio da defesa do interesse público ou do bem comum. Concretamente podemos afirmar que certas garantias que assistem o contribuinte alcançam relevo tal que não podem ser sobrepujadas pelo sofisma consistente em afirmar-se o caráter de interesse público da arrecadação tributária.

Por conta disso é que Hugo de Brito Machado assevera:

Alguns afirmam prontamente que pagar tributo é um dever de solidariedade social, e que a finalidade do Direito Tributário é viabilizar para o Estado os recursos financeiros dos quais necessita para alcançar seus objetivos. Confundem, como se vê, uma relação meramente social com uma relação jurídica, e confundem

a finalidade do tributo com a finalidade do Direito Tributário – o que nos leva a concluir que essas duas questões fundamentais ainda estão a merecer nossa reflexão e nosso esforço no sentido de espancar um desastroso equívoco.

É certo que temos de admitir o tributo como instrumento da solidariedade social, até porque esta deve ser o fundamento da própria instituição do Estado. Isto, porém, não quer dizer que a relação tributária seja simplesmente uma relação social, e o dever de pagar o tributo seja um dever de solidariedade. Uma vez estruturado o Estado, instituída a ordem jurídica e com esta delimitado o dever de tributar, o dever de pagar tributo já não será simplesmente um dever de solidariedade social. Sua existência passa a depender da lei e sua dimensão há de ser nesta definida. Elaborada a lei, com a delimitação da relação tributária, o dever de pagar tributo passa a ser um dever jurídico, cujo adimplemento independe do sentimento de solidariedade do sujeito passivo daquela relação.

Dessa última observação decorrem importantes implicações práticas, quanto à invalidade da invocação do interesse público em matéria tributária.

Como o interesse público maior em um Estado de Direito é a sujeição do Estado às normas constitucionais e às demais normas com ela compatíveis, se o Poder Público quiser demonstrar que o ato por ele realizado é do interesse público deve, em verdade, invocar diretamente as normas válidas do ordenamento aplicáveis ao caso. Por conta disso, a invocação genérica do “interesse público” ou será inútil – nos casos em que a simples invocação da Constituição e das demais normas já autorize a prática do ato realizado pelo Poder Público – ou será inválida, e estará sendo utilizada como artifício de retórica para encobrir a violação ao ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, em uma ação judicial na qual se requer a tutela antecipada para suspender a exigibilidade de um tributo, não se pode invocar o interesse público para indeferir-la; importa, sim, e tão somente, examinar a presença dos requisitos legais necessários à sua concessão. O mesmo deve ocorrer em relação ao exame de validade de qualquer outra faceta da relação tributária, momento no qual não cabe a invocação do interesse público.

2.2 Interesse público e Estado Social

Quanto à idéia de que o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, autoriza a diminuição ou a relativização de alguns direitos e garantias do cidadão, a mesma, como dito, também é equivocada. E essa errada noção deve-se, em regra, ao uso não refletido/adequado da afirmação segundo a qual, no Estado Social, em face do princípio da igualdade e da solidariedade, tais direitos não podem ser entendidos de modo absoluto. Assim,

por exemplo, considerando o direito ao sigilo de dados, como o mesmo não é absoluto, independentemente de autorização judicial, a Fazenda Pública teria direito de quebrá-lo para investigar a idoneidade das declarações do contribuinte (LC n. 105/01).

Esse raciocínio, em verdade, é um sofisma.

Realmente, os direitos individuais não são absolutos e podem ser relativizados. Tal fato, porém, não autoriza a flexibilização desses direitos frente ao Poder Executivo. Isso porque a igualdade e a solidariedade implicam tão somente a flexibilização de direitos individuais de um cidadão frente a outro, como meio de garantir que todos os cidadãos gozem efetivamente dos direitos individuais assegurados desde os primeiros modelos de constituição do estado moderno. Por outro lado, representando o Estado Social um meio para assegurar a eficácia dos direitos individuais a todos os cidadãos, não poderia amesquinhá-los, notadamente no que diz respeito às garantias negativas frente ao Estado, razão maior da positivação dos direitos individuais.⁷

Em relação ao sigilo bancário, por exemplo, por mais que se autorizem as quebras, nos casos em que existem fortes indícios de sonegação, com fundamento no princípio da isonomia (que não permite que dois contribuintes com a mesma capacidade contributiva e regulamentados pela mesma lei previsora do fato gerador sejam tratados de modo diverso), não se pode aceitar que a Fazenda invoque o interesse público “interpretado à luz do Estado Social” para realizar ela própria a quebra, sem submeter a questão ao Poder Judiciário. Isso porque a única diferença que existe entre a quebra do sigilo submetido à apreciação do Poder Judiciário e a quebra feita diretamente pela Fazenda Pública é o aumento de poder que, neste último caso, estaria sendo dado ao Poder Executivo. Esse aumento de poder, quando o mesmo resultado pode ser obtido com o controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos, não guarda qualquer relação com a efetividade do Estado Social; implica, em verdade, e tão somente, em retrocesso histórico.

O mesmo ocorre em relação à norma anti-elisão. Há quem afirme que o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, autoriza a desconsideração, pelo Fisco, da forma de alguns fatos jurídicos para permitir a tributação dos mesmos, uma vez que o que se deve levar em consideração é a relevância econômica desse fato. Ora, nesse caso, como na situação relativa à quebra do sigilo bancário antes referida, a autorização ao Fisco para desconsiderar a forma de alguns fatos jurídicos visa a uma finalidade (tributar todos os fatos que revelem capacidade econômica) que pode ser alcançada por outros meios que não desprezam o direito do cidadão de somente ser obrigado a recolher tributo mediante previsão legal. Com efeito, é do Estado o poder de criar leis. Assim, se o Poder Público vislumbra que alguma situação economicamente relevante não está sendo tributada, pode criar lei que a tribute, e é o que tem feito constantemente – o que aumenta-

rá a arrecadação (possível interesse público secundário) sem desprezo à segurança jurídica do cidadão (interesse público primário). A autorização, portanto, para se desconsiderar a forma de negócios jurídicos não guarda relação com o Estado Social e, em verdade, implica tão somente aumento do poder do Estado, com possível desprezo pela segurança jurídica e pela regra da legalidade⁸.

O interesse público, portanto, somente pode ser invocado em matéria tributária, no máximo, para autorizar a criação de tributos e permitir a exigência do crédito tributário nos exatos e estritos termos da lei e da Constituição, com respeito a todas as garantias processuais que os cidadãos gozam em qualquer processo.

3 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Há ainda aqueles que, percebendo o evidente equívoco dos argumentos refutados ao longo de todo o item 2, acima, afirmam que o que legitima a invocação do interesse público em matéria tributária não é o interesse público propriamente, mas o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular.

Com suposto fundamento na nova hermenêutica constitucional – que tem no sopesamento de princípios um modo de conciliar os valores aparentemente antagônicos contidos nas Constituições dos Estados Democráticos pós-modernos e de reconhecer a positividade dos princípios –, há quem afirme que os princípios que asseguram direitos e garantias ao cidadão devem ser sopesados com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular.

Não obstante o respeito que se tem pelos que assim raciocinam, há em seu argumento apenas uma tentativa de sofisticar uma idéia antiga e autoritária, que permanece equivocada.

3.1 Princípios, regras jurídicas, interesse público e a técnica do sopesamento

Antes de se verificar a correção do “sopesamento” de algumas normas constitucionais com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, importa analisar os fundamentos e a história da técnica do sopesamento.

Essa técnica foi introduzida pela atual Hermenêutica Jurídica como meio de garantir eficácia concreta aos enunciados que consagram valores/finalidades a serem alcançados pelo ordenamento jurídico, mas que não trazem em seu corpo uma sanção para o caso desses valores não serem observados (nem como os valores seriam atingidos).

A mesma tornou-se conhecida notadamente através da obra de Robert Alexy que, utilizando-se da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, classifica como princípios somente essas normas que enumeram valores/finalidades a serem alcançados pelo ordenamento. Daí o nome “técnica do sopesamento de princípios”.

Ocorre que, como observa com bastante precisão Virgílio Afonso da Silva⁹, parte da doutrina, notadamente a doutrina brasileira, não conceitua os princípios da mesma forma que Robert Alexy, pois entende que este tipo de norma se caracteriza não em face da sua estrutura, mas em face da sua importância/fundamentalidade para o ordenamento jurídico.

Para se entender essa distinção na classificação dos princípios, basta considerar duas normas da Constituição Federal de 1988:

Art. 145.

§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

a) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Segundo a classificação de Robert Alexy, somente é princípio a norma veiculada no art. 145, § 1.º, pois a mesma enumera um valor a ser alcançado pelo ordenamento, sem contudo afirmar o meio de alcançar a concretização desse valor. Essa norma, portanto, não é de aplicação absoluta. A norma do art. 150, por sua vez, não é um princípio, mas sim uma regra, pois prescreve imediatamente um modelo de conduta e estabelece uma sanção para o caso dessa conduta não ser observada, ou seja, a própria norma prevê o meio de sua concretização para o caso de a conduta prescrita não ser observada. Não existe tributo “mais ou menos” previsto em lei.

Segundo a doutrina prevalente no Brasil, porém, ambas as normas são princípios, pois são fundamentais para o ordenamento brasileiro. Assim é que comumente se faz referência ao princípio da capacidade contributiva e ao princípio da legalidade.

Por conta dessa última classificação, muitos que não atentam para a história e os fundamentos da técnica do sopesamento de princípios pretendem sopesar normas tais como a do art. 150, III, ‘a’ da CF/88 com outras normas da Constituição. Esse sopesamento, porém, não é possível.

As regras aplicam-se ou não se aplicam. Em outros termos, não podem ter seu conteúdo reduzido quando forem aplicadas. O princípio da legalidade tributária, por exemplo, ou é observado e o tributo exigido com base em

lei poderá ser válido, ou não é observado, e o tributo exigido com base em norma infralegal certamente não será válido. Com efeito, não existem casos, fora os expressamente enumerados pela Constituição Federal, em que a legalidade tributária ceda em face de um princípio constitucional (por exemplo, o princípio da isonomia), para diminuir sua atuação.

Já os princípios têm seu conteúdo definido apenas no momento de sua aplicação. Não se trata de aplicá-lo ou não, pois pode o mesmo ser aplicado em parte, conciliando-se seu conteúdo com outros. O princípio da capacidade contributiva, por exemplo, induz que todos aqueles com capacidade econômica para contribuir devem pagar impostos, que devem ser graduados conforme essa capacidade. Assim é que uma pessoa jurídica que obtém renda tem de recolher o imposto de renda proporcional a essa renda. Pode ocorrer, porém, que este princípio seja sopesado com o princípio da redução das desigualdades sociais, e uma pessoa jurídica que obtenha renda em região pobre do país seja dispensada do pagamento do imposto de renda. A intensidade com que o princípio da capacidade contributiva é prestigiado também pode mudar conforme a natureza pessoal ou real do imposto correspondente.

Feito esse esclarecimento quanto à correta aplicação da técnica do sopesamento, cabe examinar o sopesamento que alguns pretendem fazer entre o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular e algumas normas da Constituição Federal.

É comum, com efeito, invocar-se o princípio da prevalência do interesse público para relativizar normas de tributação que, em verdade, são regras. Exemplo dessa invocação ocorreu no julgado do STF que declarou ser constitucional a não-devolução do ICMS pago antecipadamente a título de substituição tributária, e cuja base de cálculo, na prática, foi menor do que a efetivamente tributada. Com efeito, esse julgado invocou como fundamento o interesse público secundário correspondente à necessidade de “maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação”.¹⁰

No caso, estava em jogo a regra do § 7.º do art. 150 da CF/88 e, supostamente, o princípio da prevalência do interesse público. Normas que, por sua natureza, não poderiam ser sopesadas.

Conclui-se, portanto, que o princípio da prevalência do interesse público, ainda que fosse um princípio constitucional de nosso ordenamento, não poderia, como qualquer outro princípio não pode, ser invocado para relativizar regras constitucionais que imponham deveres à Administração e/ou reconheçam direitos ao contribuinte.

Resta agora examinar a correção do sopesamento do princípio da prevalência do interesse público com princípios constitucionais que consagram valores protetores do cidadão.

3.2 Princípio da prevalência do interesse público e sopesamento de princípios

O princípio da prevalência do interesse público, amplamente considerado, norteia todo o ordenamento jurídico, na medida que autoriza a própria limitação de liberdade, com a criação de direitos e deveres. Sobre o assunto, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

E, nesse sentido amplo, não é princípio constitucional que possa ser sopesado com outros princípios. Com efeito, estando presente em todo o ordenamento, logicamente, não pode ser colocado como princípio específico, antagônico a outros contidos no mesmo sistema. E quando se fala em sopesamento de princípios não se pode perder de vista essa idéia de antagonismo, já que tal técnica de interpretação visa exatamente a conciliar valores aparentemente distintos consagrados pelo ordenamento, nas Constituições democráticas.

Para se compreender essa impossibilidade de sopesamento do interesse público com outros princípios constitucionais, basta considerar dois princípios constitucionais que alguns pensam ser antagônicos ao princípio da prevalência do interesse público sobre o particular. Trata-se dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

É inegável que a livre iniciativa e a livre concorrência são do interesse do povo, até porque, consubstanciam, no campo profissional, a liberdade essencial ao bem estar humano, sob a ótica capitalista adotada por nossa Constituição. Por outro lado, é certo que, no caminhar histórico da sociedade, a livre iniciativa, aceita sem qualquer limitação, não se mostrou mais interesse do povo, pois trouxe, como conseqüência, grave crise social. Essa realidade fez com que, em face do interesse do povo, fossem inseridos no ordenamento jurídico valores/princípios que implicam limitações à livre iniciativa, tais como valorização do trabalho humano, proteção ao meio ambiente, defesa do consumidor, busca do pleno emprego etc (art. 170 da CF/88).

Assim, o que o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular faz é autorizar a inserção (positivação), no ordenamento jurídico, de princípios consagradores de valores aparentemente antagônicos entre si e o conseqüente sopesamento desses valores.

Não poderia ser diferente, até porque o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, em face da vaguidade de seus termos, tem de encontrar na Constituição, e somente nela, seu conteúdo, sob pena de ensejar as mais arbitrárias condutas.

Basta imaginar o confronto de qualquer princípio constitucional com o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, para verificar que não haveria princípio que resistisse a esse último; seria o mesmo que, em outros termos, inutilizar todos os demais valores consagrados na Constituição.

Por conta disso é que Celso Antonio Bandeira de Mello conclui:

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consoantes. Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito¹² posto e só por este ângulo é que pode ser considerado invocado.

Assim, amplamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular consiste no princípio que autoriza a própria criação do Estado e a criação de normas limitadoras da liberdade individual, criação esta que envolve a inserção de valores antagônicos no ordenamento para que seja realizado o sopesamento entre eles e se chegue à “norma de equilíbrio”, em cada caso concreto. Nesse sentido bastante amplo, portanto, o princípio da prevalência do interesse público impõe que a conduta de *todos* seja disciplinada por normas previamente estabelecidas, e impõe que tais normas sejam fielmente observadas ou, caso necessário, devidamente aplicadas. Isso mostra o quanto é absurdo invocar a prevalência do interesse público para justificar a prática de atos contrários ao Direito.

Diante disso, cabe-nos ainda analisar o sentido “estrito” do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, para que reste completamente demonstrada a impossibilidade de sopesá-lo com os demais princípios do ordenamento.

Estritamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular norteia os atos da Administração para que esta sempre aja levando em consideração o interesse da maioria e não o interesse de uns. Exemplo de aplicação desse princípio observa-se na decisão do Poder Público de construir uma estrada importante para o desenvolvimento local, sendo que nesse mesmo lugar onde se pretende realizar a construção já existem duas casas e seus donos não desejam a construção. Coloca-se, então, a

questão de saber se deve ser preservado o interesse dos donos das casas, ou de todas as demais pessoas da comunidade que anseiam por ver a estrada construída. É evidente que, nesse caso, deve prevalecer o interesse do povo (público) em detrimento do interesse particular.

Nesse ponto é de se observar mais um dado importante: o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, como o próprio nome está a indicar, cuida de interesses e não de direitos. Parece algo evidente e banal, mas assim não é na prática, pois muitas vezes sob a invocação desse princípio pretende-se, como demonstrado acima, que o interesse público prevaleça sobre *direitos* individuais. Interesse é vontade, e a conciliação de interesses enseja a criação de direito para a compartição de liberdades. O que o princípio em questão autoriza, portanto, é tão somente a prevalência do interesse público sobre o particular na criação das normas jurídicas, mas não a prevalência do interesse público sobre o *direito* do particular, até porque logicamente isso não é possível, pois, como dito, a consagração e a efetividade desses direitos individuais é do interesse público.

Assim é que no caso da construção da estrada, o Estado, apesar de ignorar o interesse particular dos donos das casas, não pode deixar de respeitar o direito patrimonial dos mesmos, indenizando-os pelo valor do imóvel desapropriado.

Esse princípio destina-se ainda a evitar que o administrador faça prevalecer seu próprio interesse na condução da coisa pública que deve, em verdade, ser usada e dirigida em benefício do povo; em outros termos, esse princípio é ainda o fundamento dos princípios da indisponibilidade e da impessoalidade.

De nenhum modo, como se vê, o princípio do interesse público pode ser invocado, seja para ser sopesado com princípios constitucionais protetores dos cidadãos, individualmente considerados, seja para desprezar direitos legalmente assegurados.

4 CONCLUSÃO

Do exposto ao longo do presente texto, podemos concluir o seguinte:

a) o interesse público, em matéria tributária, realiza-se e exaure-se com a limitação do direito de propriedade de cada contribuinte através da criação e da exigência válida de tributos;

b) como o interesse público maior em um Estado de Direito é a observância das leis pelo Poder Público, e como nem sempre o interesse do Estado, revelado por seus atos na prática, coincide com o interesse público, a invocação do interesse público em prol da Fazenda Nacional para justificar a cobrança de tributos não é admissível. E, em regra, representa apenas artifício para desprezar as normas constitucionais – e outras com elas compati-

veis. Com efeito, ou a invocação das normas jurídicas é suficiente para demonstrar a validade do tributo, ou este não será válido. A invocação genérica do interesse público, portanto, ou é inútil (nos casos em que a simples invocação das normas já é suficiente), ou é inválida;

c) o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, longe de conceder maior liberdade ao Estado para diminuir direitos e garantias individuais, implica, em verdade, uma limitação ainda maior ao Estado, na medida em que este terá atribuições não apenas negativas, mas também positivas. Em outros termos, o interesse público, interpretado à luz do Estado Social, somente autoriza a diminuição do núcleo dos direitos individuais de um cidadão frente ao outro cidadão, mas não frente ao Estado. Assim, como a relação tributária é sempre entre Estado e cidadão, não é possível a invocação do interesse público na tentativa de diminuir o núcleo dos direitos do contribuinte.

d) o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular também não autoriza a relativização dos direitos do contribuinte. Primeiro, porque muitos dos direitos dos contribuintes são consagrados por regras, normas estas que, pela sua própria estrutura, não podem ser relativizadas. Segundo, porque, amplamente considerado, o princípio da prevalência do interesse público é princípio inerente ao Direito como um todo; assim não é princípio constitucional que consagre valor que se oponha a nenhum outro do ordenamento; logo, também não pode ser sopesado. Por fim, o princípio da prevalência do interesse público, estritamente considerado, é guia para a Administração, enquanto executora da lei, e autoriza o sopesamento de *interesse público* e *interesse privado*, e não o de *interesse público* e *direitos* individuais, porquanto esses últimos *direitos* já decorrem da conciliação de interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americano de Estudos Constitucionais*, Del Rey, n. 1, p. 607 et ss, 2003.

- ¹ Ac. un. da 2.^a Turma do STJ. Rel. Min. Paulo Medina. ROMS 13592. DJU I, 02/12/2002, p. 266.
- ² Ac un da 1.^a T do STJ - Rel. Min. Luiz Fux - EDAGA 453704/RJ - j. em 16.12.2003 - DJ de 16.02.2004, p. 206 - RDDT 104/178.
- ³ Ac. do Pleno do STF – mv. Rel. Min. Ilmar Galvão. ADI 1851/AL. DJU I, 22/11/2001, p. 55.
- ⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, p. 32.
- ⁵ MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 348.
- ⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.
- ⁷ Sobre o fato de o Estado Social, consagrador dos direitos fundamentais sociais (dimensão objetivo-institucional), não implicar a supressão ou diminuição dos direitos fundamentais individuais (dimensão subjetiva-individual), Paulo Bonavides, citando a opinião de Peter Häberle, afirma: “A teoria institucional da segunda fase parece haver resolvido com Häberle outro problema deixado sem solução por Schmitt, a saber, o da antinomia entre a dimensão jurídico-individual e a dimensão jurídico-institucional dos direitos da liberdade. [...] Com um traço de originalidade, fez ele a nova teoria institucional se assentar sobre um pedestal de relações mútuas bastante fortes entre o lado subjetivo-individual e o lado objetivo-institucional. Da aproximação de ambos os lados e de sua equiparação valorativa promana a verdadeira essência do direito fundamental, segundo a nova corrente institucional. Conjugados, assim, esses dois aspectos supostamente heterogêneos, nem por isso deixou-se de proclamar a preponderância do elemento objetivo. Antes a preserva e defende, ao mesmo passo que fez nascer na sociedade mais direitos, estes derivam em grande parte do aumento de complexidade da organização social e se caracterizam sem sacrificar o aspecto subjetivo, sem coarctar no grupo a sua liberdade e no ser individual a sua personalidade. Não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu caráter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574-5.
- ⁸ Precisamente quanto a essa questão não se pode deixar de observar que, até por questão de lógica, nada justifica que o cidadão, que se utiliza validamente das formas jurídicas previstas em lei para realizar um negócio jurídico, tenha essas formas desconsideradas pelo Fisco, com o único fim de tributar a realidade econômica não prevista em lei como fato gerador. A questão deve resumir-se ao exame da validade do negócio jurídico e não à desconsideração de suas formas com o único fim de tributá-lo.
- ⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, 2003, n. 1, p. 607 *et seq.*
- ¹⁰ Ac. un. do Tribunal Pleno do STF Rel. Min. Ilmar Galvão. ADI 1851/AL. DJU I, 22/11/2002, p. 55.
- ¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.
- ¹² *Id. Ibidem*, p. 56.

ABSTRACT

The author concisely analyses the impossibility of evoking, in general terms, public interest as a foundation to disrespect fundamental rights of taxpayers.

KEYWORDS

Public interest. Principles. Balance. Taxation.