

RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO

ANÁLISE CRÍTICA DA INVOCAÇÃO DO
INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO PARA
RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS DO
CONTRIBUINTE

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito, sob orientação da
Professora Doutora **DENISE LUCENA
CAVALCANTE**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FORTALEZA – AGOSTO DE 2006

A Lara, Hugo e Paulo, pelos quais sonho com a construção de um país menos corrupto, mais justo e seguro. E para os quais me preocupo em transmitir responsabilidade social, através da idéia de que um mundo bom para o próximo é também um mundo bom para si, de que a felicidade de cada indivíduo repercute no bem-estar social. É por eles, sobretudo, que me preocupo com a construção de um mundo no qual demagogias políticas não esmaguem a liberdade responsável dos indivíduos de boa-fé.

Ao Hugo Segundo, pela integridade, pela grandeza de espírito e por acreditar incondicionalmente nos meus sonhos, dando-me amor e força para realizá-los. É impossível não amá-lo.

AGRADECIMENTOS

Creio sinceramente que nossos atos e o que somos é, em grande parte, reflexo do mundo que nos cerca. Tudo seria, realmente, mais complicado não fosse a rede de ajuda que a vida, através dos amigos e familiares, oferece-nos.

Ao longo das aulas e pesquisas do Mestrado, pude contar com a companhia agradável e solícita dos colegas. Eles não apenas tornaram o estudo mais divertido, e, portanto, mais prazeroso, como estimularam muitas idéias com a indicação de leituras e a colocação de questionamentos instigantes. Também na Faculdade, pude ainda contar com a valorosa ajuda do Frank e da Marilene, secretários do Mestrado, que, com muita dedicação, lembravam-me constantemente de cada compromisso e, com organização e simpatia, cuidavam para que não nos faltasse nada em sala.

Agradeço à professora Denise Lucena, pela paciente e dedicada orientação. Quando a observamos trabalhar, temos a impressão de que é possível abranger muito mais da vida. É estimulante. Além disso, não obstante nossas discordâncias ideológicas, ela não tentou me impor seu ponto de vista, e indicou-me material, o mais variado, tendo me sugerido, inclusive, que afirmasse expressamente minhas discordâncias. Foi uma oportunidade prática de vivenciar a elevação de Voltaire quando, ao defender conhecido com o qual discordava ideologicamente, afirmou: "Não concordo com uma só palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-la."

Por fim, agradeço ao Hugo Segundo, pela paciência com que acompanhou e estimulou meus estudos, suprindo em casa e no trabalho eventuais ausências minhas que se fizeram necessárias por conta dos compromissos no Mestrado. Agradeço, ainda, a meus pais, porque talvez não fosse o valor que eles atribuem ao estudo e à independência ideológica, eu sequer teria despertado interesse por continuar estudando.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	8
PARTE I – O DIREITO POR PRINCÍPIOS E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS 13	
1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1. Pertinência do tema.....	14
1.2. As diversas gerações de direitos fundamentais	15
1.3. Garantias fundamentais	26
2. RELATIVIZAÇÃO DAS NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	34
2.1. Direitos fundamentais e princípios.....	34
2.1.1. <i>Regras e Princípios</i>	34
2.1.2. <i>Dispositivo, norma e direitos fundamentais</i>	38
2.2. Sopesamento constitucional de valores e direitos fundamentais.....	43
2.2.1. <i>O sopesamento das normas principiológicas e os limites às restrições de direitos e garantias fundamentais</i>	45
3. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE, O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS E OS CUSTOS DO ESTADO SOCIAL.....	57
3.1. Os valores e princípios constitucionais envolvidos na relação tributária.....	57
3.2. Cidadania multidimensional e dever fundamental de pagar tributos	60
3.3. O dever fundamental de pagar tributos e a realização dos direitos sociais.....	65

PARTE II. O INTERESSE PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR NA RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS	83
1. INTERESSE PÚBLICO E PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE INTERESSES PRIVADOS. CONCEITO E PERTINÊNCIA	84
1.1. Noções iniciais.....	84
1.2. O termo “interesse público”.....	86
1.2.1. <i>A invocação demasiada</i>	86
1.2.2. <i>A indeterminação do conceito de interesse público e sua invocação genérica</i>	89
1.2.3. <i>O termo interesse público no sopesamento de direitos e garantias fundamentais</i>	93
1.2.4. <i>O termo interesse público nas relações tributárias</i>	102
1.3. A supremacia do interesse público sobre o particular	116
1.3.1. <i>Preliminarmente</i>	116
1.3.2. <i>Interesse Público x Interesse Privado: conceitos mutantes</i>	116
1.3.3. <i>A supremacia do interesse público sobre o particular visto à luz da nova hermenêutica constitucional: questão formal</i>	119
1.3.4. <i>A supremacia do interesse público sobre o particular: interpretação possível</i>	125
2. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SUA RELAÇÃO COM A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR	136
CONCLUSÕES.....	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apontar limites à invocação tanto do *interesse público*, como da *supremacia do interesse público sobre o particular* na relação tributária, notadamente quando utilizados como fundamento para relativização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte.

Examina-se a evolução dos direitos e garantias fundamentais, bem como a estrutura das normas que os veiculam, para demonstrar a existência de pressupostos inerentes a qualquer limitação que se lhes pretenda fazer. Considerando a natureza da relação tributária, enfatiza-se a análise dos direitos fundamentais do contribuinte nas dimensões individual e social, fazendo-se breves anotações sobre a realidade do Estado Social no Brasil, dado que não pode ser esquecido quando se pretendam impor gravames ao cidadão-contribuinte sob a justificativa de incrementar a efetividade dos direitos sociais.

Considerando a nova hermenêutica constitucional, e à luz da realidade do Estado brasileiro, demonstra-se que a dimensão social dos direitos fundamentais não é devidamente implementada, na verdade, por uma série de fatores, especialmente decorrentes da ineficiência da Administração na gestão dos recursos arrecadados, e não pela existência de limitações ao poder de tributar, as quais, por isso mesmo, não podem ser “relativizadas” sob o fundamento de que, com isso, direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão serão mais prestigiados.

Finalmente, analisa-se separadamente o termo interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular, e qual a função que os mesmos desempenham no plano constitucional, para se demonstrar que, por terem natureza distinta da dos direitos e garantias fundamentais, não podem ser invocados diretamente perante estes, como fundamento para os relativizar.

Palavras-chave: interesse público; supremacia do interesse público sobre o particular, direitos fundamentais; garantias fundamentais; Poder Público; cidadão; contribuinte; ponderação; relativização.

ABSTRACT

This paper seeks to indicate limitations for invocation of both *public interest* and *the supremacy of public interest over private interest* in tax relations, notably when used as a foundation for rationalization of rights and fundamental guarantees of taxpaying citizens.

The evolution of fundamental rights and guarantees is examined, as well as the structure of norms that support them, so as to demonstrate the existence of inherent assumptions in any limitation that is intended to be made. Considering the nature of tax relations, analysis of fundamental rights of taxpayers is emphasized from an individual and social standpoint, with brief comment upon the reality of the Social State in Brazil, a fact that may not be forgotten when one intends to impose considerable onus upon taxpaying citizens under the justification of increasing effectiveness of social rights.

Considering the new constitutional hermeneutic, and in view of the reality of the Brazilian nation, it is shown that the social dimension of fundamental rights is not duly implemented, in fact, as a result of a series of factors, especially those resulting from inefficient management of funds collected, and not due to the existence of limitations to the power to tax, which, alone, may not be "rationalized" on the basis that, in this way, fundamental rights of the second and third dimension will be favored.

Finally, a separate analysis is made of the term *public interest* and *supremacy of public interest over private interest*, and the role these play in the constitution, in order to demonstrate that, as they have different natures from that of rights and fundamental guarantees, they cannot be directly invoked before these, as a basis for rationalization.

Key words: public interest; supremacy of public interest over private interest; fundamental rights; fundamental guarantees; Executive Branch; citizen; taxpayer; pondering; rationalization.

INTRODUÇÃO

O ideal de desenvolver um Estado Social, aliado à ascensão da chamada teoria dos princípios, desenvolvida pela nova hermenêutica constitucional, vem sendo constantemente apontado como motivo para, no Direito Tributário, justificar a invocação do interesse público ou da supremacia do interesse público sobre o particular¹. E essa invocação é feita geralmente com o propósito de restringir direitos dos contribuintes consagrados na Constituição Federal.²

Observa-se referida invocação genérica como suposto fundamento, por exemplo, para: *a) afirmar a impossibilidade de se conceder medidas liminares contra o Poder Público; b) convalidar cobrança de tributos mesmo em desconformidade com a Constituição ou com as leis; c) aumentar abusivamente os poderes da fiscalização.*

Entendemos, porém, que raciocínios dessa natureza estão sendo desenvolvidos em demasia e de forma acrítica e não fundamentada,

¹ Tanto o termo “interesse público”, quanto o princípio da “prevalência do interesse público sobre o particular”. Apesar de óbvia a distinção entre ambos, até em face da diferença na escrita, o certo é que muitos os confundem, invocando-os indistintamente quando, na verdade, pretendem referir-se apenas a um ou a outro. Como será mais detalhadamente examinado a seguir, “interesse público” é conceito jurídico indeterminado, enquanto o “princípio do interesse público sobre o particular” é norma basilar do Direito Administrativo e, numa consideração mais ampla, é postulado do Estado, e do Direito.

² Como exemplo da invocação do interesse público para restringir direitos dos contribuintes, tem-se a decisão do STF que declarou a possibilidade de o Estado-membro não restituir o ICMS recolhido a maior, nos casos de substituição tributária para frente, quando o fato gerador ocorrer com valor menor do que o considerado no momento do recolhimento do tributo (STF, Pleno, ADI 1.851/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, m.v., *DJ* de 22/11/2001, p. 55). A ementa respectiva não faz referência direta ao termo interesse público, mas, de forma ainda mais grave, invoca diretamente os interesses arrecadatórios do Fisco. Outro exemplo claro de invocação do interesse público como fundamento para restringir direitos fundamentais dos contribuintes é a seguinte decisão do STJ que declarou a validade do recurso hierárquico: “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.” (Ac. un. da 2.^a T do STJ - rel. Min. Paulo Medina - ROMS 13592 - DJ DATA:02/12/2002, p. 266)

geralmente por motivos políticos³, enfraquecendo os direitos e garantias fundamentais e empobrecendo o debate jurídico. Com efeito, nesse contexto, a invocação, seja do interesse público simplesmente, seja da supremacia do interesse público sobre o particular, demanda maiores reflexões sobre os limites para a restrição de direitos do contribuinte, bem como sobre o papel do Estado Social no Brasil e ainda sobre o posicionamento e a classificação tanto do interesse público, como da supremacia do interesse público sobre o particular diante da teoria dos princípios.

Assim, e considerando a estrita relação do tema⁴ com a área de concentração do Mestrado em Direito da UFC, qual seja, Ordem Jurídica Constitucional, resolvemos desenvolver o projeto de pesquisa apresentado à banca de seleção⁵, e cujo objetivo é o de procurar demonstrar os limites da invocação generalizada em questão, bem como alertar para os perigos e para os prejuízos de se utilizar o termo interesse público e o chamado “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular como panacéia hábil a validar todo tipo de ilegalidade praticada pelo Poder Público, notadamente quando estejam envolvidos direitos e garantias fundamentais.

³ Com relação à decisão referida na nota anterior, bastante pertinente é a observação de FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA segundo a qual “a posição tomada pelo STF nas turbulências políticas tem sido, predominantemente, de ‘aquietamento’ às deliberações governamentais. E arrasta consigo a magistratura, que lhe tem seguido as orientações políticas.” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise institucional Brasileira (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 167).

⁴ Esse tema, aliás, desde há muito intriga-nos, já tendo elaborado esboços de algumas idéias aqui desenvolvidas. Confira-se a propósito: MACHADO. Raquel Cavalcanti Ramos. “O interesse público como fundamento para a relativização de direitos do Contribuinte” em *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pp. 75-88.

⁵ Em referido projeto, formulamos os seguintes questionamentos para serem objeto de pesquisa na dissertação final: a) Qual o conceito de interesse público? Como relacioná-lo com as atividades e poderes da Administração? b) Pode o interesse público ser invocado para relativizar direitos individuais dos contribuintes? c) Qual o modo mais correto de conciliar os direitos individuais dos contribuintes com os direitos fundamentais de segunda geração que exigem do Estado uma prestação e que, para tanto, precisa de recursos financeiros? d) Todas as normas constitucionais que regulamentam a relação Fisco-contribuinte são normas com estrutura de princípio? Podem ser todas, portanto, sopesadas?

Em nosso estudo, não nos valemos de um método científico de pesquisa definido⁶. Utilizamo-nos, sobretudo, da dedução e da indução. Servimo-nos da dedução para, por exemplo, com base em noções da Teoria do Direito, bem como do Direito Constitucional e do Direito Tributário, tais as relacionadas a regra, princípio, direitos e garantias fundamentais, procurarmos encontrar classificação para o interesse público e para a supremacia do interesse público sobre o particular. Valemo-nos da indução, por sua vez, para, partindo de exemplos de invocação do interesse público, avaliar se essa invocação geralmente se verifica de forma a justificar medidas autoritárias.

Mas, na verdade, nossa preocupação maior foi fazer um estudo científico no sentido aceito por BACHELARD, POPPER e KUHN⁷, ou seja, partimos de problemas com o propósito de chegar a respostas que, eventualmente, admitem contestação, mas que no nosso entendimento são as que, pelo menos até agora, melhor solucionam a questão.

No caso, o problema surgiu com a constatação de que, na prática, muitas exigências fiscais e decisões, tanto administrativas como judiciais, invocam o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular muito mais pela falta de fundamentos aceitáveis, e pela comodidade de não ter de desenvolver um raciocínio claro, do que realmente para realizar o propósito do aparente discurso que fundamenta sua invocação, qual seja, o de efetivar o Estado Social e aplicar corretamente os princípios constitucionais, preservando proporcionalmente os direitos fundamentais envolvidos no

⁶ Como observa ARNOLDO PARENTE LEITE BARBOSA, o método “é um extraordinário instrumento de trabalho mas não substitui, por si só, o talento do pesquisador em qualquer investigação científica. Existe uma circularidade na utilização dos métodos, isto é, não há a obrigatoriedade de se fazer uso de todos em relação a um problema, nem uma ordem em sua aplicação.” (BARBOSA, Arnaldo Parente Leite. *Metodologia da Pesquisa Científica*, Fortaleza: UECE, 2001, p. 167)

⁷ Como resumem ANCHIETA BARRETO e RUI VERLAINE, apesar de algumas diferenças no entendimento sobre o que seja ciência, “quanto ao princípio do conhecimento científico e da verdade, BACHELARD, POPPER e KUHN propõem filosofias que se fundamentam no princípio do conhecimento científico que jamais atinge uma verdade real absoluta..” (BARRETO, Anchieta; VERLAINE, Rui. *Imaginando erros*. Fortaleza: Programa Editorial Casa José de Alencar, 1997, p. 161) Em seguida, concluem afirmando que “todos eles defendem epistemologias críticas, racionalistas, integradas à ciência, renovadoras, desprovidas de qualquer ortodoxia.” (Ob. cit. p. 165).

problema. Procuramos, então, identificar a falácia⁸ presente nesse tipo de situação, por meio da qual os mais variados (e inválidos) atos do Poder Público recebem “verniz” que lhes dá aparência de validade jurídica.

Nossas bases de dados de pesquisa foram a bibliográfica e a jurisprudencial, através da leitura e fichamento de doutrina relacionada ao tema, da coleta de exemplos de invocação do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular em matéria tributária.

Na primeira parte do estudo, examinamos a evolução dos direitos fundamentais, considerando a crescente idéia de possibilidade de relativização desses direitos em sua dimensão individual e analisando ainda de qual forma essa relativização pode acontecer. Nessa parte também, fazemos breve abordagem sobre a estrutura do texto normativo, a fim de diferenciar dispositivo e norma, para, então, demonstrar que em alguns casos, por serem veiculados em regras, certos direitos do contribuinte não podem ser sopesados como se princípios fossem.

Na segunda parte, partindo das noções traçadas na anterior e diante de análise do termo interesse público, bem como da supremacia do interesse público sobre o particular, examinamos a validade ou não da invocação de ambos como fundamento direto para a relativização de direitos do contribuinte.

Evidentemente, ante a complexidade do tema, nosso objetivo não é enfrentá-lo por completo. Além disso, estamos cientes de que outras contribuições valiosas já existem sobre o assunto⁹. Na certeza, porém, de que o debate científico se enriquece com os mais diversos discursos e

⁸ Como observa IRVING M. COPI, reserva-se o termo falácia “àqueles raciocínios que, embora incorretos, podem ser psicologicamente persuasivos.” (COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral, 2.ed., São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 73)

⁹ Especificamente sobre o tema, entendemos que a melhor obra publicada até o momento é a coordenada por DANIEL SARMENTO: SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses Públcos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005.

manifestações, ainda que sejam considerados simples ou equivocados¹⁰⁻¹¹, bem como preocupados com o possível abandono de conquistas já alcançadas no plano dos direitos e garantias fundamentais, não poderíamos nos furtar a uma manifestação própria. Foi isso o que nos motivou a escrever o presente texto.

¹⁰ Como observa CARL SAGAN, “a ciência prospera com seus erros, eliminando-os um a um. Conclusões falsas são tiradas todo o tempo, mas elas constituem tentativas. As hipóteses são formuladas de modo a poderem ser refutadas. (...) A ciência tateia e cambaleia em busca de melhor compreensão” (SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios – a ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução de Rosaura Eichemberg, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 36).

¹¹ Além disso, como afirma ainda DENISE LUCENA CAVALCANTE “quando o sujeito busca reagirativamente no mundo que o circunda, desvendando seus objetos, acabará produzindo suas idéias, e este produto sempre será algo novo. (...) O importante é a busca do sentido adequado, e para isto é preciso desvencilhar-se das certezas intelectuais impregnadas no mundo jurídico.” (CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito Tributário: a Função do Cidadão-Contribuinte na Relação Tributária*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 15)

PARTE I – O DIREITO POR PRINCÍPIOS E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS

1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Pertinência do tema

Não é recente a invocação do termo “interesse público” para justificar a prática de atos por parte dos Poder Público. Entretanto, essa invocação, feita assim sem maiores preocupações doutrinárias, conta com algum desgaste. Já não convence tanto. Afinal, é fácil perceber que, se o ato encontra amparo na lei, é válido e prescinde do interesse público para se justificar. Se não encontra, é inválido, e não é do interesse público violar a lei.

Como se sabe, porém, na segunda metade do Século XX, ganhou corpo na Teoria do Direito o estudo e o debate a respeito dos direitos fundamentais, e do chamado “Direito por princípios”. No Brasil, tais idéias passaram a exercer perceptível influência no estudo do Direito Constitucional na década de 1990, disseminando-se em seguida entre os estudiosos dos demais ramos do Direito.

A invocação do termo interesse público e da supremacia do interesse público em matéria tributária, então, ganhou ares de aparente novidade, renovando-se através de uma distorção nesse debate, especialmente no que diz respeito à evolução dos direitos e garantias fundamentais, à estrutura das normas que os consagram e à maneira de conciliá-las e aplicá-las.

Note-se que o citado debate, relativo à evolução dos direitos fundamentais, à análise das normas que os consagram e à metodologia de sua aplicação, é mais do que desejável. Espera-se que os direitos e garantias fundamentais evoluam – juntamente com a humanidade – ao longo da História, assistindo a um número maior de pessoas e lhes propiciando existência mais digna. Entretanto, a realização de todos esses nobres objetivos não depende da diminuição de alguns direitos fundamentais em face de suposto interesse público.

Seja como for, antes de utilizar a relatividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte e sopesá-los genericamente com o interesse público, restringindo, assim, a eficácia dos primeiros, importa analisar até que ponto e, sobretudo, como se pode dar uma relativização de direitos fundamentais.

Para tanto, e, sobretudo, para estabelecer premissas que nos serão importantes em tópicos posteriores deste texto, é relevante fazer algumas análises prévias – ainda que breves – referentes aos direitos e garantias fundamentais.¹² A primeira delas, da qual cuidamos a seguir, refere-se à sua evolução histórica.

1.2. As diversas gerações de direitos fundamentais

Sabe-se que os direitos fundamentais¹³ foram consagrados, em um primeiro momento histórico, em decorrência da necessidade de proteger o indivíduo dos abusos do Estado absolutista, tendo sido tais direitos também denominados “direitos de liberdade”. Eram direitos, enfim, que exigiam do

¹² Os direitos e garantias fundamentais podem ser examinados sob muitos aspectos (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27). No presente estudo, porém, examinaremos apenas alguns deles, mais relacionados com a possibilidade de relativizá-los. Dados, por exemplo, como a classificação dos diversos tipos de garantias fundamentais, serão colocados apenas em nota de rodapé, de forma resumida.

¹³ Cumpre não confundir direitos fundamentais com direitos humanos. Apesar de muitas de suas normas coincidirem, pode-se afirmar que direitos humanos são aqueles consagrados no plano internacional independentemente de vigência em dado ordenamento jurídico nacional. Já os direitos fundamentais são aqueles que, a depender de cada época e sociedade, consideram-se indispensáveis à vida digna do ser humano e são objetivados (explícita ou implicitamente) na Carta Política de cada Estado. Os direitos fundamentais têm, portanto, características formais (estar na Carta Política e, assim, gozar de maior proteção, já que estão no topo do Ordenamento), e materiais (ser considerados indispensável à vida digna do ser humano em cada época e sociedade). Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 393. Sobre a questão de saber se um ordenamento jurídico pode simplesmente não conter normas de direitos fundamentais, sem descharacterizar-se como tal, confira-se: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 78 e ss, que afirma que um ordenamento sem a consagração de tais direitos, pelo menos no plano abstrato, não pode ser considerado como tal, por faltar-lhe a indispensável pretensão de correção.

Estado, sobretudo, a abstenção quanto à prática de atos limitadores da liberdade do indivíduo, que se entendia como plena.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a propósito, lembra que desde a Declaração do Estado da Virgínia, votada em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – nas quais “há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo”¹⁴ – o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais, não sendo “ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição.”¹⁵

A positivação de normas que consagram direitos dessa natureza coincidiu, aliás, com a prevalência da doutrina econômica do liberalismo, compreendendo-se que o Estado não deveria interferir no funcionamento da sociedade, limitando-se a garantir a propriedade, a liberdade e o cumprimento dos contratos.¹⁶

Sua aplicação ao longo dos tempos, porém, não se mostrou apta a promover a igualdade efetiva. Com efeito, diante da natural diferença entre os seres humanos, e da maior habilidade de uns para fazer prevalecer a própria vontade, constatou-se que assegurar igualmente a todos a mesma liberdade equivalia a deixar alguns sem liberdade.

Conforme observa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,

Ao mesmo tempo que a produção crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos aos donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmos para ter o pão de que viver. As máquinas, por fazerem o serviço anterior de muitas pessoas, aumentavam os braços disponíveis para um mercado de trabalho que crescia menos rapidamente que o das

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 31.ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 286.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 288.

disponibilidades. A concorrência pelo emprego forçava o desempregado a aceitar salários ínfimos para tempo de serviço longo. Forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria também acrescida, e muito, da maioria.¹⁷

Foi então que se desenvolveu a idéia de que o Estado deveria não apenas abster-se de atos limitadores da liberdade dos indivíduos, mas também deveria prestar assistência e intervir na sociedade a fim de garantir que mesmo os mais fracos tivessem igual oportunidade de desenvolvimento e uma vida digna. A doutrina passou então a anunciar a concepção dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, direitos de igualdade ou direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, dentre os quais é possível enumerar, por exemplo, os direitos a uma assistência educacional e de saúde.

Há doutrinadores¹⁸, é certo, que não consideram correto classificar os direitos sociais como direitos fundamentais. Isso porque uma das características dos direitos fundamentais seria sua auto-aplicabilidade, ou a independência de regulamentação normativa ou de uma prestação do Estado para se tornarem efetivos. Como os direitos sociais dependem dessa regulamentação e/ou prestação, não poderiam mesmo ser considerados direitos fundamentais. A propósito, GREGÓRIO ROBLES afirma que, considerada a Constituição Espanhola, as normas que consagram direitos sociais e econômicos não seriam normas de direitos fundamentais, pois não confeririam direitos subjetivos, nem gozariam de proteção processual perante o Tribunal

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 289.

¹⁸ RICARDO LOBO TORRES, por exemplo, afirma: “A mesma coisa acontece com os chamados *direitos fundamentais sociais*, conceito utilizado principalmente pelos juristas alemães. Deles só cuidaremos incidentalmente para estremá-los dos direitos fundamentais. É bem de ver que há alguns autores que incluem os direitos sociais entre os direitos humanos de 2^a geração, mas reconhecem que tais direitos, dependentes de prestação positivas do Estado, têm a sua eficácia subordinada à concessão do legislador, com o que desaparece o traço fundamental dos direitos humanos, que é o de valer independentemente da lei ordinária.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar. 1995, p. 12.)

Constitucional.¹⁹ Não nos parece, contudo, que essa maneira de classificar os direitos fundamentais tenha alguma utilidade, ou mesmo pertinência.

Note-se, inicialmente, que os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou vistos em sua primeira dimensão, como é o direito à vida, ao patrimônio e à liberdade, são freqüentemente violados, dependem de regulamentação, e sua eficácia exige uma série de prestações positivas por parte do Estado, conforme será explicado mais adiante. Assim, a prevalecer a primeira tese referida acima, também esses não seriam fundamentais, o que implicaria afirmar que, a rigor, não existem direitos fundamentais. Além disso, o ordenamento brasileiro disponibiliza sim medidas processuais para que se exija a regulamentação de normas relativas a um direito social, como é o caso do mandado de injunção,²⁰ sendo certo, ainda, que muitos desses direitos sociais prescindem de regulamentação.

Na verdade, a afirmação de que direitos sociais não são fundamentais parte de nítida e desnecessária confusão entre a existência de uma norma (e a importância de seu conteúdo) com a sua eficácia. Ora, quando se faz referência a “direitos fundamentais”, está-se a cuidar daqueles indispensáveis à dignidade da pessoa humana, e não se pode ignorar que direito à educação, à saúde, enfim, os chamados direitos sociais, são essenciais a essa dignidade, cujo conceito se amplia ao longo da História. Tanto é assim que mesmo a doutrina que não considera “fundamentais” os direitos sociais admite que alguns desses direitos formam o chamado mínimo existencial²¹, e que esse

¹⁹ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*, Madrid: Civitas, 1995, pp. 22-23.

²⁰ É certo que o Judiciário retirou parte da autonomia dos cidadãos perante o Estado, na medida em que limitou sobremaneira o uso de referida garantia. Isso não significa, porém, que direitos sociais não sejam fundamentais, até porque a limitação ao uso do mandado de injunção, da forma como declarada pelo STF, é equivocada e deve ser alterada. E, de qualquer forma, existem outras garantias processuais, diversas do mandado de injunção, como é o caso da ação popular, e da ação civil pública, através das quais se tutelam direitos não meramente individuais.

²¹ Sobre o mínimo existencial, confiram-se: BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, *passim*; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, *passim*.

mínimo estaria, em verdade, ligado aos direitos de liberdade.²² Trata-se, claramente, de manobra terminológica que implica a admissão de que são, sim, os direitos sociais também fundamentais.²³

De qualquer forma, como, para fazer valer os direitos sociais, o Estado precisa exercer maior interferência na liberdade de alguns indivíduos, desenvolveu-se, com mais intensidade, a idéia de que os direitos fundamentais vistos em sua dimensão individual, ou direitos de liberdade, não poderiam ser exercidos de maneira absoluta, devendo ser relativizados, a fim de promover a igualdade. Passou-se a admitir, por exemplo, que a liberdade contratual não é absoluta, devendo sofrer alguns limites para garantir a igualdade entre os contratantes. É o caso, por exemplo, do Direito do Trabalho, em relação ao qual a liberdade de contratar das partes passou a sofrer restrições importantes para assegurar: *i*) a igualdade entre partes naturalmente desiguais; *ii*) o equilíbrio da relação, prejudicado pela natural desigualdade das partes contratantes; *iii*) a preservação da criança como pessoa em desenvolvimento, e de seus direitos; *iv*) a preservação da família, etc., com vistas a corrigir as distorções verificadas no Século XIX.

É interessante insistir, porém, em que essas restrições não são gratuitas, ou aleatórias. Prestam-se para fazer com que os direitos fundamentais sejam usufruídos por um número maior de pessoas. Voltando ao exemplo do parágrafo anterior, a intervenção do Estado na liberdade contratual, no âmbito do Direito do Trabalho, presta-se a assegurar *também* ao trabalhador a liberdade de contratar (ou não) e de negociar os termos do

²² Cf. v.g., RICARDO LOBO TORRES, *Ob. cit.*, p. 127. Para referido autor, o mínimo existencial teria *status positivus libertatis* e seria de prestação obrigatória por parte do Estado. Já os direitos sociais teriam *status positivus socialis* e não seriam de prestação obrigatória, estando vinculado ao que se chama “reserva do possível”. (*Ob. cit.* pp. 151-157)

²³ Até porque antes da figura do Estado do Bem-Estar e do reconhecimento dos direitos sociais, a doutrina não havia desenvolvido com intensidade a idéia sobre a obrigatoriedade do Estado de fornecer as condições para o mínimo existencial. Além disso, mesmo em relação aos direitos de liberdade, quando se os considera fundamentais, sua intensidade não é absoluta, podendo mesmo, a depender do caso concreto, ceder a um mínimo. Assim, não é o fato de ser considerado apenas em porção mínima como essencial que retira dos direitos sociais seu caráter de direitos fundamentais.

contrato, o direito à família e à propriedade, os quais, num regime exclusivamente liberal, eram formalmente assegurados a todos, mas, de fato, usufruídos apenas por um pequeno número de pessoas.

Após, e diante da constatação de que a evolução desenfreada da sociedade contemporânea – com problemas que lhe são próprios, tais como a poluição do meio-ambiente, as guerras, a submissão de países pobres a países ricos – poderia prejudicar o desenvolvimento pleno e digno das pessoas, percebeu-se a necessidade de se desenvolver os chamados direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade²⁴, dentre os quais, como afirma PAULO BONAVIDES, referindo-se à teoria de KAREL VASAK, já se podem apontar claramente cinco, quais sejam: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente,²⁵ direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação. A propósito, importa observar, que, como ressalta PAULO BONAVIDES, tal enumeração é apenas indicativa,²⁶ abrangendo direitos que a rigor assistem à humanidade, e não a sujeitos especificamente considerados.

Mais recentemente, e considerando o aumento na conscientização sobre os direitos fundamentais, bem como a crescente quebra nas barreiras de comunicação, observa-se o que PAULO BONAVIDES denomina de “globalização política dos direitos fundamentais” que, por sua vez, proporcionou o surgimento dos direitos fundamentais²⁷ de quarta geração, dentre os quais se podem enumerar o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

²⁴ Apesar de não terem sido desenvolvidas desde logo, percebe-se que as consecutivas gerações de direitos fundamentais desenvolvem plenamente o ideal da Revolução Francesa, cujo lema era liberdade, igualdade e fraternidade. Em um primeiro momento, pensou-se que a simples enumeração de direitos individuais fosse suficiente para garantir não só a liberdade, mas também a liberdade e a igualdade. Somente com o passar do tempo, como se afirmou no texto, percebeu-se a necessidade de se aumentar o rol de direitos fundamentais, a fim de garantir o efetivo alcance da igualdade e da fraternidade/solidariedade.

²⁵ Que inclui o direito a uma cidade organizada, bem planejada, etc. Confira-se, a propósito, BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 216.

²⁶ *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed, 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 571

Chega-se, com isso, ao ápice do processo de aperfeiçoamento do Direito, pois, além de se (tentar) assegurar a dignidade da pessoa humana nas dimensões individual, social e coletiva, protege-se também a sua dimensão político-participativa. E, o que é mais notável, estabelece-se um mecanismo que visa a superar a dicotomia *jusnaturalismo* e *positivismo*, na medida em que procura garantir a *Justiça* do Direito Positivo, de forma nitidamente pós-moderna. Com efeito, a quarta dimensão dos direitos fundamentais viabiliza que o conteúdo das normas seja determinado democraticamente (e o direito à informação visa a fazer efetiva a participação popular), sem descuidar da proteção às minorias (o que é feito assegurando-se o pluralismo). Chega-se ao conceito de justo não como sendo algo objetivo, determinado por Deus (quem é seu intérprete?), por uma razão humana universal (quem é competente para deduzir seu conteúdo?), ou pelo Estado (ditatorial?), mas sim de forma *intersubjetiva* e consensual, pela sociedade (emancipada), que por essas normas será disciplinada.

Por fim, apesar de não se tratar da consagração de uma nova dimensão, mas do reconhecimento de que possuem eficácia horizontal, vem-se procurando aplicar os direitos fundamentais não mais apenas às relações públicas, mas também às relações privadas. Essa doutrina é bastante importante para o contínuo processo de efetivação dos direitos fundamentais, a partir de uma análise real da sociedade, diante da constatação de que “a opressão e a violência provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família...”²⁸ A notabilidade dessa doutrina, a nosso ver, está, principalmente em dois pontos: a) afastar definitivamente o artificialismo jurídico da aplicação dos direitos fundamentais, considerando dado social inegável que, já há algum tempo, impedia sua efetivação; e b) deixar claro que o Estado, mesmo após a

²⁸ SARMENTO, Daniel. “A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil” em *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Org. Luís Roberto Barroso. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 194.

implantação do Estado Social, não é titular de direitos fundamentais. Tão apenas o cidadão os possui. Tanto que mesmo com o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Estado é chamado apenas para fazer valê-los perante todos os cidadãos.

Ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA reconhece:

[é] impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são.²⁹

DANIEL SARMENTO, no mesmo sentido, afirma:

Na verdade, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo de direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos interesses privados.³⁰

Esses dados já demonstram desde logo a imprecisão em que incorrem alguns quando, no debate sobre relações tributárias, e a pretexto de realizar o Estado Social, invocam direitos da Fazenda como fundamento para relativizar direitos do contribuinte, quando, na verdade, o que o Fisco possui são poderes limitados pela Constituição, ou seja, competências constitucionalmente delineadas.

Além disso, deve-se deixar claro que a finalidade da consagração desses direitos é a de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, sendo este o seu núcleo³¹. Ou seja, cada nova geração de direito fundamental

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005.p. 18.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 194.

³¹ Referindo-se à lição de KONRAD HESSE, PAULO BONAVIDES afirma que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam” (BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 560). GLAUCO BARREIRA MAGALHÃES, no mesmo sentido, afirma que “os direitos fundamentais são dimensões da

deve surgir mantendo este mesmo núcleo irredutível. Essa idéia, apesar de parecer óbvia, é de grande importância porque, na prática, muitas vezes, observa-se que, a pretexto de realizar direitos de segunda, terceira e quarta geração, que estariam à frente dos direitos de primeira geração, direitos individuais são desprezados por completo.

Talvez, por esse motivo, como afirma mais uma vez com precisão PAULO BONAVIDES, o termo mais adequado para cada novo círculo de direitos fundamentais seja dimensão, no lugar de geração. Dimensão, certamente, transmite mais a idéia de algo que se sedimenta sobre o que já estava construído, já existia, e não que o supera, como pode ocorrer com o termo geração. Em suas palavras, deve-se dirimir

... eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, forma a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado seu primeiro largo passo.³²

No mesmo sentido, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO afirma

... que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento de novas. Mas é importante que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais

dignidade da pessoa humana, a qual é, por isso mesmo, o suporte de todos eles. O que significa que se um direito fundamental for atingido no seu núcleo, o suporte em que se apóia restará enfraquecido, o que gerará, depois de um certo tempo, prejuízo para todos os demais direitos, porquanto todos têm o mesmo ponto ético de apoio, no caso, o valor da pessoa humana.” (MAGALHÃES, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p. 230)

³² *Ob. cit*, pp. 571, 572.

adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los.³³

Ainda assim, é de se ressaltar que não existe hierarquia entre essas dimensões, que nem são, a rigor, divisões estanques nas quais os mais variados direitos são separados. Dá-se apenas que um mesmo direito pode ser compreendido sob várias dimensões distintas: a individual, a social, a de solidariedade e a democrática. É o que aponta GEORGE MARMELSTEIN LIMA, para quem

a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão. O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais³⁴

Para se expressar com maior precisão técnica, portanto, o mais correto é anunciar que com a evolução histórica a que nos reportamos anteriormente, surgiram não novos tipos de direitos fundamentais, mas a sua consagração em dimensões distintas. O direito de propriedade, por exemplo, ao qual faz referência GEORGE MARMELSTEIN LIMA, deixou de possuir dimensão apenas individual, passando a ser visto também sob os prismas social (ensejando, v.g., desapropriação de terras improdutivas) e solidário (v.g. restrição ao uso da propriedade ligada à proteção ao meio ambiente).

³³ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2003, p. 39

³⁴ “Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”, em *revista Opinião Jurídica*, Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 03, ano 02, 2004.1, p. 178.

Há ainda outro dado que também demonstra, pelo menos no plano teórico³⁵, a igual importância dos direitos fundamentais considerados em suas várias dimensões e a consequente impossibilidade de uma dessas sobrepor-se a outra. Trata-se do fato de que os direitos fundamentais existem não apenas na dimensão subjetiva de cada indivíduo, vale dizer, como normas que conferem direitos subjetivos, mas também de forma objetiva, como normas que positivam valores importantes à sociedade, consagrados pelo ordenamento jurídico na Constituição. Valores estes que, por sua vez, têm a função de influenciar a elaboração e a interpretação das demais normas jurídicas do sistema e que não podem ser afastados de modo absoluto.

Em outros termos, ao mesmo tempo, por exemplo, em que a norma que assegura o direito à intimidade, ainda que considerada apenas em sua dimensão individual, insere-se no plano dos indivíduos e concede a esses o direito de reclamar a não violação de sua intimidade nos casos expressamente previstos na Constituição, serve também de pauta ideológica para a organização e elaboração de outras normas, pauta esta que não pode ser desprezada pelo elaborador e intérprete da norma, sob pena de violação à Constituição, que deve ser considerada como sistema.

Assim, fica ainda mais claro que a proteção à dignidade da pessoa humana permanece sendo o centro dos direitos fundamentais consagrados em qualquer dimensão que seja. A consagração – ou o reconhecimento – de outras dimensões de direitos fundamentais serve, portanto, para prestigiar de forma mais completa a dignidade da pessoa humana, e não para finalidades outras, o que não pode ser esquecido pelo intérprete e pelo aplicador de normas que veiculam esses direitos.

Nem podia ser mesmo diferente já que a medida do Direito é o homem, e não a sociedade, ou o Estado, por exemplo. Tanto um como outro, aliás,

³⁵ No exame do caso concreto, pode alguma das dimensões mostrar-se mais relevante do que as outras, sendo que tal relevância será constatável e demonstrável através do teste da proporcionalidade.

também tem seu núcleo no indivíduo, ao qual se objetiva assegurar existência digna. A propósito, bastante elucidativa é citação de DANTE ALIGHIERE, que ora reproduzimos, feita por GLAUCO BARREIRA MAGALHÃES FILHO, ao tratar dos “Fundamentos da unidade axiológica da Constituição”: “O direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem, que quando é mantida por estes, mantém a sociedade, e quando se corrompe, corrompe-a.”³⁶

1.3. Garantias fundamentais

Bem, mas tendo constatado que, até mesmo diante da evolução histórica, os direitos fundamentais em sua dimensão individual podem, de fato, ser relativizados, antes de avançarmos rumo ao exame do limite dessa relativização, importa examinar se as garantias fundamentais recebem o mesmo tratamento normativo que os direitos e se assim como estes são também passíveis de relativização. Sim, porque até o presente momento, apesar de termos nos referido a “direitos e garantias fundamentais”, não os distinguimos propriamente, sendo este um ponto relevante apontado pela doutrina constitucional.

De início, importa observar que, historicamente, da mesma forma que a simples enumeração de direitos fundamentais não foi suficiente para garantir a igualdade de sua fruição entre os diversos cidadãos, também não o foi para garantir que, mesmo diante daqueles cidadãos que podiam praticamente reclamar por seus direitos, o Estado, notadamente a Administração, respeitasse-os de forma plena.

Assim, percebeu-se a necessidade de se criar garantias³⁷ destinadas a tornar efetivos os direitos fundamentais, dentre as quais se podem enumerar o

³⁶ ALIGHIERI, Dante. Da monarquia. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d], Livro II, v. V, *apud* MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição, Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p. 227.

³⁷ O próprio termo garantia constitucional (ou garantia fundamental) pode designar realidades distintas e comporta subdivisões, quais sejam: a) garantias materiais e garantias processuais; b) garantias da própria Constituição e garantias de direito subjetivo; c) garantias institucionais e

mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas data*, o *habeas corpus*³⁸, etc.

Há quem se refira indistintamente a direitos e garantias fundamentais, e preferindo utilizar apenas o termo direito fundamental. As garantias, porém, apenas podem ser consideradas direitos fundamentais se estes forem entendidos em sentido amplo. Considerados em sentido estrito, direitos não se confundem com garantias fundamentais. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, apesar de não conceituar um e outro, utiliza os dois termos ao mesmo tempo em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), sendo já este um sinal da distinção entre ambos. É certo que não traz grandes prejuízos práticos designar as garantias fundamentais por direitos, mas, para grande parte da doutrina constitucionalista³⁹, a confusão de termos não é aceitável, pois revela imprecisão terminológica, razão pela qual não podemos nos furtar de traçar a diferença entre um e outro termo.

Como se pode constatar dos três primeiros parágrafos desse item, os direitos diferem das garantias, pela própria finalidade com que estas foram

garantias individuais e d) garantias simples e qualificadas. No presente estudo, porém, como já afirmado acima, o exame de cada uma dessas subdivisões não se faz necessário para a condução de nosso raciocínio. Foge um pouco a esta regra apenas a subdivisão entre garantias individuais e institucionais, porque tem maior relação com as distinções entre garantias e direitos fundamentais, razão pela qual a ela faremos menção no corpo do texto. Na verdade, releva apenas alertar para a diferença entre direitos e garantias fundamentais por questão de precisão terminológica, sendo o mais importante mesmo examinar se as normas consagradoras de garantias, assim como as normas consagradoras de direitos fundamentais podem ser relativizadas.

³⁸ Como se sabe, a História não é linear. O fato de estarmos a referir uma seqüência na qual os direitos e as garantias fundamentais foram precipuamente consagrados não significa que todos os direitos de primeira dimensão tenham sido previstos para só depois se passar a cogitar das demais dimensões, nem que todos os direitos tenham sido previstos para então se iniciar a positivação das garantias. O *habeas corpus*, por exemplo, é garantia naturalmente posterior à consagração do direito à liberdade física, por ela protegido, mas é historicamente anterior à consagração da dimensão individual de muitos outros direitos fundamentais. A respeito do surgimento dessa garantia, confira-se: MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*, Campinas, Bookseller, 1999, v.1, p. 43.

³⁹ Por exemplo, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 525-559; MARQUES, Francisco Géson. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. Malheiros: São Paulo. 2002, p. 34; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 88/89.

instituídas, qual seja “fazer eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e estampada nas célebres e solenes declarações de direitos”⁴⁰. Em outras palavras, “garantias são instrumentos assecuratórios do direito”⁴¹.

Alguns doutrinadores, a exemplo de JUAN CARLOS RÉBORA, como informa PAULO BONAVIDES, entendem ainda que “as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito.”⁴²

Não concordamos, porém, com essa lição. É certo que ela se aplica quando se trata de ações para proteção de direitos fundamentais, tais como as acima enumeradas: mandado de segurança, ação popular, *habeas data*, *habeas corpus*, etc. Ocorre que as garantias constitucionais, enquanto instrumentos assecuratórios de direitos, não se limitam aos chamados remédios processuais, mas abrangem também normas sobre procedimento e processo, como, por exemplo, a norma que assegura o devido processo legal. Ora, sendo assim, a garantia do devido processo legal, considerada em seu sentido amplo, deve ser aplicada na atividade estatal não apenas no processo judicial ou administrativo, quando há violação de direito, mas sempre que se fizer qualquer exigência do cidadão⁴³, como seria o caso, por exemplo, de aplicá-la no procedimento⁴⁴ que antecede a para lavratura de um auto de

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 526.

⁴¹ MARQUES, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. Malheiros: São Paulo. 2002, p. 34.

⁴² RÉBORA, Juan Carlos. *El Estadio de Sítio y la Ley Histórica Del Desdorbe Institucional*, La Plata, 1935, § 11, pp. 68/69 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, P. 527.

⁴³ Como afirma WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO “O movimento histórico de positivação do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior de implementação da ordem jurídica. Tanto a legislação, como a administração da *res publica* e da justiça, necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 29)

⁴⁴ Em relação ao processo tributário, a doutrina tem usado a expressão *mero procedimento* para designar o conjunto de atos que não visa a um resultado final que tenha de ser legitimado pela atuação dos interessados, e que por isso mesmo não necessariamente faculta essa participação. É o caso, por exemplo, do procedimento de fiscalização que antecede a prática de um auto de infração. A expressão *processo propriamente dito*, por sua vez, designa aquela

infração⁴⁵. Vejam: se a garantia fundamental ao devido processo legal for observada, como deve ser, não haverá nem ameaça, nem muito menos violação a direito. Sendo assim, nem sempre a garantia constitucional funcionará, como entende JUAN CARLOS RÉBORA, na obra já citada, apenas *em caso de desconhecimento ou violação do direito*.

Talvez a melhor distinção entre garantias e direitos seja a ofertada por JORGE MIRANDA, opinião esta, aliás, também compartilhada, dentre outros, por PAULO BONAVIDES⁴⁶ e FRANCISCO GÉRSON MARQUES⁴⁷.

Segundo JORGE MIRANDA,

mesma série encadeada de atos, quando o seu resultado final, para legitimar-se, reclamar a participação dos nele interessados e/ou por ele implicados, podendo ser citado como exemplo o processo de controle de legalidade que eventualmente sucede o auto de infração. A palavra *lançamento*, nesse contexto, embora a rigor sirva para designar apenas o ato administrativo que sucede o mero procedimento e antecede eventual processo administrativo de controle de sua legalidade, pode, se empregada em um sentido amplo, designar toda essa realidade. É o que faz, por exemplo, o Decreto 70.235/72, que alude ao mero procedimento como “fase oficiosa do lançamento”, concluída pela lavratura do auto de infração, e se refere ao processo administrativo de controle de legalidade do lançamento como “fase contenciosa do lançamento” (Cf., v.g., FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*, 4.ed., Padova: Cedam, 1986, *passim*; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 20; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 25; MARINS, James, *Direito Processual Tributário – Administrativo e Judicial*, São Paulo: Dialética, 2001, p.69).

E, como é sabido, o devido processo legal, enquanto garantia fundamental, aplica-se não apenas aos processos propriamente ditos, judiciais ou administrativos, mas é pertinente também aos meros procedimentos, assim entendida aquela série encadeada de atos que não visa à produção de um resultado final que tenha de ser legitimado pela participação dos interessados (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 44). Daí afirmarmos que as garantias não apenas são invocáveis diante de violações a direitos fundamentais, servindo para preservá-los de forma mais ampla, inclusive preventivamente.

⁴⁵ Sobre o devido processo legal no procedimento de lançamento tributário, recomendamos a leitura do texto de JURACI MOURÃO LOPES FILHO, intitulado “A processualidade administrativo-tributária como garantia fundamental dos contribuintes diante da atividade da Receita Federal” publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 84, p. 75. De referido trabalho, por entendemos ser a idéia central, destacamos desde logo o entendimento segundo o qual “o procedimento administrativo-tributário, por ser consectário desta garantia fundamental de processualidade do poder estatal, e ter como elementos constitutivos dentre outros, os deveres de cientificação da instauração da fiscalização ao particular e o direito de acesso aos autos, deve também ser entendido como um direito fundamental dos contribuintes.” (p. 87)

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 528.

⁴⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 35.

os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁴⁸

Após, o constitucionalista português afirma ainda de forma mais precisa que:

- As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa;
- As liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado.⁴⁹

Essa distinção, na qual se elucida a natureza da garantia, realmente é mais precisa, pois, ao contrário da formulada por JUAN CARLOS RÉBORA, aplica-se não apenas aos remédios constitucionais, mas abrange também as garantias quanto ao procedimento que o Estado deve observar, em sua “organização ou atuação”, tal como a do devido processo legal.

Atualmente, de fato, uma vez ampliada a noção da processualidade do Poder Estatal,⁵⁰ não há mesmo como aceitar que as garantias fundamentais são aplicáveis e invocáveis apenas diante de um conflito, no âmbito de um processo. Tais garantias são aplicáveis sempre que se fizer necessária qualquer interferência unilateral na esfera do indivíduo, de forma a evitar uma intervenção arbitrária, além da necessária, autorizada pela Constituição.

Ressaltamos que assim como os direitos fundamentais, as garantias fundamentais avançaram para abranger não apenas a proteção do indivíduo,

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 88/89.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.*, p. 89.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, a propósito, já falava da natureza “essencialmente processualista” do Estado moderno, inclusive no que pertine à Administração. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5.^a ed, atualizada por Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. I, p. 36.)

mas também a de instituições consideradas importantes para a sociedade, tais como a família, a imprensa, o funcionalismo público. Têm-se, portanto, atualmente, as garantias individuais e as garantias institucionais.⁵¹

As garantias institucionais são (ou decorrem de) um conjunto de normas constitucionais que visam a proteger referidas instituições, impedindo a elaboração de normas infraconstitucionais que as enfraqueçam. Para melhor compreender a natureza de uma garantia institucional, consideremos a instituição “imprensa livre”. Como garantias dessa instituição, poderiam ser citadas a liberdade de expressão e o sigilo da fonte.

Ao contrário, porém, do que ocorre com as garantias individuais, a distinção entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais não é muito clara, principalmente diante da feição social que muitos direitos fundamentais tomaram em sua evolução histórica⁵². Como exemplo, podem-se considerar exatamente as garantias institucionais protetoras da “imprensa livre” e o direito fundamental à liberdade de expressão⁵³.

Traçadas essas breves linhas sobre as garantias fundamentais, importa proceder à análise que mais interessa à continuidade de nosso raciocínio, qual seja, examinar se a norma que enumera uma garantia fundamental, assim

⁵¹ PAULO BONAVIDES, no capítulo de seu *Curso de Direito Constitucional* em que examina as garantias constitucionais afirma que “faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional, a fim de que se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado”. Após, conclui que “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.” (*Ob. cit.*, p. 537)

⁵² Mais uma vez, segundo PAULO BONAVIDES, “O Estado social produziu porém vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante a renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pode desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais, sem embargos de todo o empenho havido sem separar direitos e garantias.” (*Ob. cit.*, p. 543)

⁵³ J.J. GOMES CANOTILHO, apesar de afirmar a distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais, termina por concordar que, em alguns casos, ambos se confundem, como seria exatamente o caso do direito fundamental à liberdade de imprensa e a proteção da instituição da imprensa. (*Direito Constitucional*, Coimbra , p. 439)

como a que enumera direito fundamental, pode possuir estrutura de princípio e ser, portanto, sopesada.

Embora a doutrina constitucionalista, como acima apontado, seja rigorosa ao diferenciar direitos e garantias, e ácida com aqueles que confundem esses conceitos (razão pela qual não nos abstivemos de distingui-los detalhadamente), geralmente não há prejuízos práticos em considerar-se que ambos podem ser entendidos como direitos fundamentais em um sentido bastante amplo⁵⁴.

Com efeito, tanto os direitos fundamentais em sentido estrito, como as garantias fundamentais, formadores do conjunto acima designado como “direitos fundamentais em sentido amplo”, podem estar contidos em (ou decorrer de) normas que determinam a promoção de um determinado valor, ou meta, na maior intensidade possível. Ou seja, a norma que enumera uma garantia fundamental pode sim ser sopesada, caso tenha estrutura de princípio.

E para constatar isso, basta considerar o modo de aplicação de algumas normas consagradoras de garantias fundamentais, tais como as que asseguram a ampla defesa e a efetividade da tutela jurisdicional. A aplicação absoluta de cada uma delas isoladamente pode levar à completa anulação da outra. Realmente, permitir, por exemplo, que, a pretexto de realizar a ampla defesa, uma das partes produza o tanto de provas que entenda necessárias sem delimitar um tempo para tanto, implica tornar o processo longo a ponto de tornar sem efetividade a decisão a final proferida. Do mesmo modo, não é absoluta a norma segundo a qual “nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do poder judiciário”. Essa norma deve se harmonizar, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica, que tem como decorrência

⁵⁴ No mesmo sentido, FABRICIO GRIESBACH afirma que “os direitos fundamentais *lato sensu* englobam os direitos fundamentais *stricto sensu* bem como as garantias fundamentais, terminologia esta empregada pela atual Constituição no Título II.” (“O Processo Administrativo Tributário como Garantia Fundamental: Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 45.)

o estabelecimento de prazos para o exercício de direitos, ou para a propositura das ações que os protegem. Assim, mesmo diante da inafastabilidade da prestação jurisdicional, não será examinada a suposta lesão a um direito que tenha sido extinto pela decadência, ou cuja pretensão tenha sido alcançada pela prescrição.

Mesmo assim, a diferenciação pode eventualmente ter importância prática, e por isso insistimos em traçá-la, na medida em que o peso a ser atribuído a uma garantia, em cada caso concreto, é determinado, em larga medida, pelo direito que com ela se visa a proteger. Em outras palavras, diferentemente da norma que veicula um direito fundamental, a norma que estabelece uma garantia não tem um peso intrínseco, mas dependente do peso do direito fundamental a ela subjacente. Exemplificando, a efetividade da prestação jurisdicional, assegurada a um doente que busca a proteção de seu direito ao fornecimento de remédios pelo Poder Público, terá certamente um peso maior, quando cotejada com as garantias da ampla defesa e do contraditório, do que o direito à tutela efetiva de quem busca eximir-se de uma exigência para participar de uma licitação. Embora a garantia seja a mesma, o fato de se estar protegendo o direito à vida, no primeiro caso, dará a ela um peso muito maior, que influenciará (junto com muitos outros fatores) no sopesamento a ser feito quando da decisão que deferir, ou indeferir, uma medida liminar ao autor da demanda.

De qualquer modo, tratando especificamente do tema central de nosso trabalho, o relevante é concluir que, assim como os direitos, também as garantias do contribuinte podem ser relativizadas, sendo de se observar, porém, que tal relativização tem limites estritos, sendo o núcleo das garantias também a dignidade da pessoa humana, e devendo ser considerado, no seu sopesamento, o direito fundamental que através delas se busca realizar, proteger ou efetivar.

2. RELATIVIZAÇÃO DAS NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1. Direitos fundamentais e princípios

Afirmamos acima que, como se percebe e decorre da própria evolução histórica, direitos e garantias fundamentais podem ser relativizados. Afirmamos ainda que essa possibilidade de relativização deve-se também ao tipo de norma que os consagra, qual seja norma consagradora de um valor que deve ser otimizado na máxima medida possível (princípio). Nesse ponto, porém, temos de fazer mais uns adendos em nossa análise.

Sim, porque se por um lado é certo que direitos e garantias fundamentais são consagrados em princípios, é de se perguntar: será que todos realmente o são?⁵⁵ Não poderia conter essa frase apenas uma meia verdade? Examinemos, brevemente, a distinção entre regras e princípios, e após, a distinção entre dispositivo e norma, para que então tentemos definir a natureza das normas que consagram direitos e garantias fundamentais.

2.1.1. Regras e Princípios

A chamada nova hermenêutica constitucional, que apesar de nova já data de mais de meio século⁵⁶, coincide com o que se também pode chamar de

⁵⁵ Parte considerável da doutrina afirma que normas que veiculam direitos fundamentais têm estrutura apenas de princípio. MARCELO LIMA GUERRA já entendeu que: “os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 86). No mesmo sentido, para RICARDO LOBO TORRES, “característica importante dos direitos fundamentais é a de se expressarem por princípios...” (TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar. 1995, p. 13)

⁵⁶ Como relata MANUEL ATIENZA, “o que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes ... são a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin.” (As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 59)

pós-modernismo jurídico,⁵⁷ e teve por mérito trazer os valores e os princípios⁵⁸ para o plano positivo da discussão jurídica. E os trouxe para o topo do Ordenamento Jurídico⁵⁹.

Desde então, afirma-se que as normas jurídicas são de duas espécies: regras e princípios, que se diferenciam, sobretudo, pela estrutura⁶⁰, pela forma de solução de conflitos e pelo modo de aplicação (logo, de interpretação).

Na estrutura, distinguem-se porque enquanto a regra determina a realização, a abstenção ou a tolerância de certa conduta e aponta uma consequência para o caso de ocorrer o oposto ao determinado, a norma

⁵⁷ Segundo PHILIPPE VAN DEN BOSCH, “a distinção entre moderno e pós-moderno foi operada por um intelectual contemporâneo, Jean-François Lyotard, em sua obra *La condition postmoderne* (Éditions de Minuit, 1979). Moderno não é sinônimo de contemporâneo, mas opõe-se a tradicional. É moderno quem pensa que a verdade, o bem e a sabedoria não residem nas tradições, nas idéias e nos costumes de nossos antepassados, mas no que nossa mente pode descobrir. Portanto, o moderno rejeita as tradições em nome da razão, da inovação e do progresso. Desde o Renascimento, nossa civilização é resolutamente moderna. Mas nossa época, que duvida do progresso e até da capacidade de encontrar o verdadeiro e o bem, é daí em diante pós-moderna.” (BOSCH, Philippe van den. *A Filosofia e a Felicidade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18)

⁵⁸ É importante não confundir valor com princípio. Conforme esclarece ROBERT ALEXY (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 139), referindo-se à teoria de VON WRIGHT, há três tipos de conceitos práticos: os deontológicos ou de dever ser, os axiológicos ou de valor e os antropológicos ou psicológicos. Os princípios são conceitos deontológicos, pois são normas que estabelecem o que deve ser, enquanto os valores são axiológicos, pois qualificam realidades, seres e coisas. Sobre o assunto conferir também o trabalho de FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA, intitulado *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser moralmente melhor”*. Fortaleza, ABC Editora, 2001, pp. 95-103.

⁵⁹ Como já afirmamos em outro texto elaborado em co-autoria com HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “com as Constituições pós-modernas das últimas décadas do século XX, inaugura-se a fase do chamado pós-positivismo. Nelas, há a positivação de uma série de princípios, e a jurisprudência das Cortes Internacionais de Justiça, seguida posteriormente pela doutrina, passa a reconhecer a força normativa desses princípios por mais abstratos e genéricos que pareçam ser os enunciados em que são formulados. Os princípios passaram de uma posição subsidiária à lei para o centro das Constituições. A partir de então, o dever de elaborar e interpretar as demais normas do ordenamento de acordo com os princípios deixa de ser uma recomendação, e passa a ser um dever jurídico, mesmo para os que não aceitam o Direito Natural. Daí por que alguns autores chamam essa fase da Teoria do Direito de pós-positivismo: seria a superação dialética da divergência entre positivismo jurídico e jusnaturalismo.” (“O Razoável e o Proporcional em Matéria Tributária”, em *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2004, 8º volume, p. 177.)

⁶⁰ Estrutura esta que é diferente não por conterem dispositivos diferentes, mas, porque, ao momento de aplicá-la, o intérprete/aplicador estrutura-a de forma diferente, assunto este que será melhor examinado mais a frente.

principiológica determina a melhor realização possível de um valor, sem especificar através de quais condutas este poderá ser promovido.⁶¹

Considerando isso e partindo da premissa de que o aplicador do Direito deve torná-lo um todo coerente e harmônico⁶², entende-se como inaceitável que duas condutas distintas sejam ordenadas ao mesmo tempo. Assim, diante de duas regras contrárias que, portanto, ordenam a realização de condutas incompatíveis, apenas uma haverá de prevalecer e ser considerada válida, o que RONALD DWORAKIN denominou de “tudo ou nada” das regras. Em suas palavras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁶³

Com os princípios, porém, já não se dá o mesmo tipo de incompatibilidade. Isso, porque, muitas vezes, é possível procurar a conciliação de valores conflitantes⁶⁴, aparentemente incompatíveis, o que, aliás, se concilia com a própria idéia de Estado Democrático, no qual devem conviver harmonicamente os diversos valores da sociedade pluralista. Além disso, apenas em cada caso, pode-se perceber a relevância de determinado valor em

⁶¹ No dizer de ROBERT ALEXY, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (...) En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.” (*Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 86 e 87).

⁶² As regras que formam o ordenamento, na verdade, são desordenadas. É o aplicador do Direito que as organiza.

⁶³ DWORAKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁶⁴ Como se demonstrará adiante, há quem afirme que, em alguns casos, um dos direitos fundamentais conflitantes pode ser inteiramente sacrificado, se isso for inevitável para a proteção de outro, igualmente fundamental, que naquela situação deva prevalecer, por razões axiológicas.

detrimento de outro, razão pela qual a prevalência de um princípio em um conflito não implicará igual solução em conflitos futuros.

É o que explica, com inteira propriedade, ROBERT ALEXY:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁶⁵

Essas diferenças implicam ainda distinção no modo de aplicação de cada espécie de norma. Com efeito, como as regras ou são aplicadas integralmente ou são consideradas inválidas, sua interpretação dá-se através de método precipuamente subsuntivo, que é lógico-formal.⁶⁶ Já os princípios, como podem e muitas vezes devem ser aplicados conjuntamente, ainda que consagrem valores aparentemente incompatíveis, são interpretados pelo método do sopesamento. Os princípios, portanto, podem ter o seu alcance “relativizado” em cada caso concreto, enquanto as normas não.⁶⁷

Considerando essa distinção entre regras e princípios, para enquadrarmos as normas que consagram direitos e garantias fundamentais, a

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

⁶⁶ Um método não subsuntivo, mas argumentativo, ou dialético, certamente é importante na aplicação de regras, mas em momento anterior, para determinar-lhes o significado. Como explica Chaïm Perelman, no raciocínio jurídico, a lógica formal liga conclusões a premissas. A lógica jurídica torna essas últimas aceitáveis (Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 242).

⁶⁷ Para HUMBERTO ÁVILA, as regras também poderiam ser – excepcionalmente, diga-se – objeto de ponderação e relativização, sobretudo em face do princípio da razoabilidade. Mas, para tanto, seriam necessárias razões muitíssimo mais fortes que aquelas que autorizam a relativização de princípios, e uma justificativa muito mais detalhada (Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, *passim*). Com todo o respeito, não nos parece que lhe assista razão, sendo sua afirmação uma decorrência, talvez, de confusão entre *norma* e *dispositivo*. Para uma fundada crítica a respeito, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Myths and Equivocados about a Distinction”, em *Revista Latino Americano de Estudos Constitucionais* n.º 1, coord Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, pp. 608-630.

pergunta a fazer é: todas estas apenas consagram valores ou há algumas que estabelecem uma conduta a ser seguida, ou proibida? Será que se pode equiparar a norma que assegura o direito de propriedade (art. 5º, *caput*, e XXIII, da CF/88), com a norma que afirma que, em caso de desapropriação, o proprietário será previa e justamente indenizado em dinheiro (art. 5º, XXIV CF/88)?

Antes de apresentarmos nosso entendimento, examinaremos ainda a distinção entre dispositivo, norma e direito fundamental, para investigar se não pode um mesmo dispositivo conter, a um só tempo, uma regra e um princípio.

2.1.2. *Dispositivo, norma e direitos fundamentais*

Não se pode confundir a norma, que, como afirma KELSEN, é “o sentido de um querer, de um ato de vontade”⁶⁸, com o dispositivo, que é seu suporte lingüístico de palavras. Essa distinção implica que: a) pode haver norma sem dispositivo ou em mais de um dispositivo, e b) um mesmo dispositivo pode conter mais de uma norma. Essa primeira implicação já é mais aceita pelos operadores do Direito. A segunda, porém, ainda não foi devidamente assimilada, apesar de sua grande relevância para a interpretação das normas jurídicas em geral, notadamente das normas constitucionais.

O fato de regra e princípio distinguirem-se pela estrutura (a regra determina a realização de certa conduta, o princípio determina a realização de um valor) não significa que essa diferença seja sempre constatável diante de simples análise do dispositivo, ou da forma como o texto normativo está escrito. Realmente, a distinção, em alguns casos, dependerá do modo como o intérprete, no momento de aplicação do Direito, estrutura a norma⁶⁹, sendo

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1986, p. 3.

⁶⁹ HUMBERTO ÁVILA, a propósito, afirma que “a transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 16)

conveniente lembrar, com ALEXY, que “aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente carácter de principios – algo que, como se mostrará, no es así – existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios como otras que son reglas.”⁷⁰ Por isso, convém que se verifique se a norma determina que: a) realize o valor “v” na maior medida possível, ou b) realize a conduta “c”, sob pena de se submeter à sanção “s”.

Para compreender melhor, podemos considerar o dispositivo constitucional referente à legalidade tributária, que, como demonstra com clareza HUMBERTO ÁVILA, pode representar a regra, o princípio ou o postulado⁷¹ da legalidade, a depender do modo como o intérprete o entende e aplica.

Segundo ÁVILA, a legalidade representaria um postulado “porque vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento”⁷² (vedação de analogia). Representaria um princípio “porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e segurança jurídica, sem prescrever comportamentos específicos que provoquem efeitos que contribuam para a realização desse ideal”⁷³⁻⁷⁴. E,

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 98.

⁷¹ Para Humberto Ávila, as normas jurídicas se dividem não apenas em *regras* e *princípios*, tal como preconiza ALEXY (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81 e ss.), havendo ainda uma terceira espécie: os *postulados*. É o caso do dever de proporcionalidade, que não é determinado por nenhuma regra ou princípio, mas de uma exigência do ordenamento, intrínseca à sua estrutura, e que decorre do próprio reconhecimento da positividade das normas dotadas da estrutura de mandamentos de otimização. Uma “metanorma”, ou norma de sobredireito, que ele prefere denominar de “postulado”, e que se diferencia tanto das regras quanto dos princípios (ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva. 2004. pp. 41 a 43), pelo menos se dermos a estes últimos o significado que lhes atribui ALEXY.

⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. “Legalidade Tributária Multidimensional” em FERRAZ, Roberto (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 282.

⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Ob. cit.*, p. 282.

⁷⁴ Exemplo de aplicação da legalidade-princípio diz respeito à necessidade de não apenas os tributos serem exigidos nos exatos termos da lei, mas de que ditas leis sejam editadas com periodicidade razoável, sua aprovação represente a vontade popular manifestada pelo parlamento, e sejam redigidas da forma mais clara e objetiva possível, a fim de permitir a organização das atividades tributáveis. Em outras palavras, através dele se prescreve a

por fim, implicaria uma regra “porque condiciona a validade de criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica – a lei.”⁷⁵

Assim como ocorre em relação ao que consagra legalidade, pode ocorrer em relação a vários outros dispositivos. O que se deve é observar como o intérprete/aplicador considera o comando contido no dispositivo, e não a sua topologia na Constituição ou muito menos a sua redação. Em outras palavras, a depender do caso concreto ao qual será aplicado, um mesmo dispositivo pode servir de matriz para que o intérprete extraia uma norma, um princípio ou um postulado.

De forma um tanto diferente (porque, a nosso ver, confunde *norma* com *dispositivo*), mas chegando ao mesmo resultado prático de que de um mesmo dispositivo jusfundamental se podem extrair tanto regras como princípios, ANA PAULA DE BARCELLOS doutrina que estes

podem ter sua estrutura descrita, quanto aos efeitos que pretendem produzir, como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá a um núcleo mínimo de sentido do princípio que, por decorrer do consenso geral, acaba por se tornar determinado e, consequentemente, adquirir natureza de regra. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) seria o espaço reservado à deliberação democrática; esta é que definiria o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo.

(...)

A estrutura que se acaba de descrever revela um dado da maior importância: os princípios em questão operam na realidade de duas formas distintas, porque, relativamente ao seu núcleo, funcionam como regras, e apenas em relação a sua área não nuclear, funcionam como princípios propriamente ditos.⁷⁶

promoção – na máxima intensidade possível – de metas como a previsibilidade, a calculabilidade, a representatividade, a mensurabilidade etc, do tributo.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Ob. cit.*, p. 282.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de, “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, em *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, coord. Luis Roberto Barroso, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74 e 75.

Por tudo isso, é preciso ter cautela para não incorrer no equívoco de, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, ou a pretexto de que de um dispositivo se pode extrair um princípio, desprezar regras que protegem explicitamente direitos dos cidadãos, e que estão igualmente consagradas na Constituição, talvez naquele mesmo dispositivo. Agir de forma diversa, com suposto fundamento na nova hermenêutica constitucional, pode em verdade implicar desprezo à Constituição Federal. Como observa MISABEL ABREU MACHADO DERZI:

A vontade da Constituição, de que nos fala Hesse, tem sido cada vez mais fragilizada pela substituição, na era pós-moderna, dos paradigmas existentes por um outro paradigma, o da informalidade, o da deslegalização e da descrença na forma normativa do Direito.⁷⁷

Por exemplo, em relação ao princípio da legalidade, não há como aceitar que sua relativização implique necessariamente autorização para a tributação por analogia, ou, examinando caso afastado do Direito Tributário, e de absurdo mais facilmente constatável, não há como aceitar que sua relativização admita a tipificação penal por decreto, ou por um ato administrativo qualquer, por mais relevante que seja o princípio supostamente protegido pela norma infralegal na qual o novo tipo venha a ser previsto.

Essa reflexão possui importantes implicações práticas em matéria tributária. Exemplificando, mesmo que se admita que certos princípios constitucionais da tributação (v.g., isonomia e capacidade contributiva) *impõem* ao Poder Público que tribute e fiscalize o máximo possível, aspecto que examinaremos em capítulo posterior deste trabalho, não será possível invocar esses princípios para realizar a tributação e a fiscalização por analogia, em detrimento da lei.

⁷⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. “A Praticidade, a Substituição Tributária e o Direito Fundamental à Justiça Individual” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 261.

Pertinentes, a propósito dessa relação entre o princípio da capacidade contributiva e a legalidade, são as palavras de SOUTO BORGES:

... direitos fundamentais e tributos mantêm entre si relações sintáticas, no interior do sistema jurídico: a pretensão fiscal não deve assim exceder os limites da razoabilidade. Mas o confisco tributário está igualmente preexcluído pelo subprincípio da graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte (CF, art. 145, 1º), especificação do protoprincípio da legalidade isônomia (CF, art. 5º, *caput* e itens I e II).⁷⁸

Até porque, como observa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, atualmente, o Estado deve não apenas se submeter à lei, mas *também* aos valores consagrados na Constituição. O princípio da legalidade, portanto, assim como vários outros princípios constitucionais, mesmo com a possibilidade de sopesamento, longe de dar poder ao Estado para agir com maior discricionariedade, vincula ainda mais sua atividade. Em suas palavras, ZANELLA afirma que:

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito.

Duas idéias são inerentes a esse tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a idéia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.⁷⁹

Seja como for, levando em conta não só a questão lingüística e de Teoria do Direito (relativa à maneira como a *prescrição normativa* se expressa), mas também considerando o fim pelo qual as Constituições são consagradas, e ainda a evolução dos direitos fundamentais, é forçoso concluir que o dispositivo no qual se cogita da legalidade, assim como vários outros

⁷⁸ BORGES, José Souto Maior. “Relação entre Tributos e Direitos Fundamentais” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fisher. São Paulo: Dialética. 2004. p. 217.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Inovações no Direito Administrativo Brasileiro”, em *Revista Opinião Jurídica, Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus* – n. 05, ano 03, 2005.1., p. 211.

dispositivos, não podem, realmente, ser visto como consagradores apenas de princípios, mas também de regras.

HUMBERTO ÁVILA, nesse ponto, observa que a *doutrina muitas vezes prefere atribuir o qualificativo de princípio a uma verdadeira regra com a pretensão de reformar sua eficácia, quando termina por enfraquecê-la*.⁸⁰ Tratando especificamente da legalidade, MARCO AURÉLIO GRECO observa que

... dizer que a ‘legalidade’ em matéria tributária é um ‘princípio’, ao invés de dar mais força cogente à respectiva exigência, traz em si a aceitação de uma subjetividade acentuada, quando não me parece que esta seja a intenção e a própria visão da Constituição.⁸¹

Nem poderia mesmo ser diferente, pois, como se disse, a evolução dos direitos e garantias fundamentais tem por fim assegurá-los a um maior número possível de pessoas, e não retirar de cada uma delas direitos indispensáveis à saudável convivência dos cidadãos com o Poder, em uma democracia. Abrir mão de regras, como a da legalidade, a pretexto de realizar o Estado Social, levaria certamente a um Estado *arbitrário*, e não a um Estado que, conquanto *Democrático*, não deve deixar de ser também *de Direito*.

2.2. Sopesamento constitucional de valores e direitos fundamentais

Ultrapassada a análise feita anteriormente, pela qual já se pode concluir que há direitos fundamentais, como o direito à legalidade, que são veiculados em normas que possuem – ou podem possuir – estrutura de regras, outra observação pode ser feita para reforçar essa constatação. Relaciona-se com as perguntas formuladas ao final do item 2.1.1, pertinentes à comparação entre o direito de propriedade e o direito à indenização no caso de desapropriação.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 53.

⁸¹ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética. 2000. p. 158

Ora, enquanto na norma que assegura a todos o direito de propriedade apenas há o reconhecimento da proteção à propriedade privada em nossa sociedade capitalista, na norma que trata da indenização em caso de desapropriação, observa-se que já houve um sopesamento feito pela própria Constituição.

Por exemplo, em caso de desapropriação para a criação de uma reserva ecológica, foi sopesado o direito de propriedade daquele que foi desapropriado e, por isso, deve receber uma indenização prévia, justa e em dinheiro, com o direito das demais pessoas a um meio ambiente saudável (art. 225 da CF/88). Do mesmo modo, no caso de desapropriação para o fim de se construir uma estrada, já foi sopesado o direito de propriedade individual com o direito dos demais habitantes ao bem-estar (art. 182 da CF/88).

Diante dessas normas, é de ser feita reflexão a partir do seguinte questionamento: mesmo após esse sopesamento já realizado pela Constituição, será que o legislador, o administrador ou o julgador poderiam fazer um *novo* (e diferente) sopesamento das mesmas, sob pretexto de que se trataria de direito fundamental, que necessariamente seria consagrado por norma principiológica?

Parece-nos que não. Diante de sopesamento já realizado pela Constituição, direitos fundamentais adquirem a estrutura de regra, tanto que, no dispositivo em questão, fica clara a necessidade de se realizar uma conduta, qual seja “indenizar” o desapropriado, e não apenas de preservar, na medida do possível, a propriedade, ou realizar, também na medida do possível, os demais valores constitucionais que sejam “de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social.” Entendimento contrário implicaria claro desprezo ao sopesamento já realizado pela Constituição Federal, o que não se admite, até em face de sua supremacia. Como observa HUMBERTO ÁVILA

... as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente

fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (*defeasibility* os *rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade. A expressão 'trincheira' bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra do mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra, e não o princípio dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito como norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios.⁸²

Seja como for, além de termos concluído que alguns direitos fundamentais são consagrados em normas com estrutura de regras, devemos ainda examinar quais os limites às restrições de direitos fundamentais consagrados em normas com estrutura de princípios, como se procede a seguir.

2.2.1. *O sopesamento das normas principiológicas e os limites às restrições de direitos e garantias fundamentais*

Como o modo de aplicação e de solução de conflitos entre regras já vinha sendo estudado pela doutrina jurídica há alguns séculos, o delineamento e o simples comentário da mesma matéria, no que diz respeito aos princípios, talvez até por ser mais desafiador, despertou maior entusiasmo na doutrina nos últimos tempos. Pode-se afirmar que atualmente, comenta-se, muitas vezes até com alguma irresponsabilidade, que os princípios podem ser relativizados e são aplicados através de sopesamento. A afirmação tornou-se lugar comum.

Na prática, observa-se bastante a aplicação incorreta dos princípios. Realmente, sob o pretexto de que as normas principiológicas são relativas, sacrificam-se alguns princípios além do necessário. É preciso, portanto, considerar a doutrina do sopesamento dos princípios de forma mais crítica. E,

⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52

assim como afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em relação ao princípio da instrumentalidade processual, “é preciso agora traduzir tudo isso em resultados práticos”⁸³, evidentemente em resultados positivos para a evolução do Direito.

Como adverte o professor PAULO BONAVIDES, ao tratar da teoria do poder constituinte, não se deve confundir a teoria, a doutrina desenvolvida sobre certa realidade, com a realidade em si. Em suas palavras:

Cumpre todavia não confundir o poder constituinte com sua teoria. Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra de sua reflexão iluminista...⁸⁴.

Do mesmo modo, a relatividade dos direitos fundamentais acompanha sua existência. Realmente, os direitos fundamentais, mesmo vistos sob o prisma apenas individual-liberal, não eram absolutos, porque deveriam ceder para que cada um de seus titulares os usufruísse utilmente. Um bom exemplo disso é o direito de propriedade. O dono de determinado terreno não podia usá-lo e nele realizar obras a ponto de impedir que o vizinho utilizasse o próprio terreno de forma plena. A liberdade de ir e vir, do mesmo modo, não poderia ser exercitada de forma a ensejar a violação do domicílio de terceiros, como observa PONTES DE MIRANDA:

(...) diante de nós estarão as *limitações* à liberdade de ir, ficar e vir, limitações necessárias, para impedir, por exemplo, que a invocação do *direito de ir* permitisse que a pessoa fosse até o interior da casa de outrem, que tem a seu favor outro direito, igualmente respeitável, o de inviolabilidade do domicílio. Haveria violação do princípio de *inviolabilidade do domicílio* se alguém, que foi admitido a entrar na casa de outrem, terminado o tempo para a permanência, persistisse em ficar. Igual infração do princípio comete quem vem até onde estamos a tratar de assunto particular, ou até o terreno que nos pertence, e se recusa a deixar de vir (sic).⁸⁵

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 13.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed, 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 141.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Campinas: Bookseller. 1999. v.1., p. 36.

Ocorre que, até a consagração da segunda dimensão dos direitos fundamentais, tal relativização resolia-se, geralmente, com a aplicação de normas infraconstitucionais, ou de forma não muito nítida. Apenas com o advento do chamado pós-positivismo, e em face da necessidade de se desenvolver a igualdade material, com a implementação de direitos sociais, elaborou-se uma *teoria* referente ao sopesamento de direitos, notadamente no plano constitucional.

A relativização implica, em síntese, que, como afirmado no item anterior, as normas principiológicas não sejam aplicadas de forma absoluta. Após a teorização, a relativização das normas teve seus limites apontados pela doutrina, com a aplicação de métodos de interpretação próprios, ou postulados,⁸⁶ tais como, por exemplo, a ponderação, a concordância prática, a proibição do excesso, a razoabilidade e a proporcionalidade. HUMBERTO ÁVILA fornece valiosa síntese a respeito desses postulados, a seguir exposta para indicar, em linhas gerais, no que consistem.

Por ponderação entende-se o

(...) método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses.⁸⁷⁻⁸⁸

⁸⁶ Para uma explicação – não relevante para os propósitos desta dissertação – entre a natureza de “postulado” de tais critérios de aplicação de princípios, confirmam-se: ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 41 a 43. Em sentido contrário, defendendo ter natureza de *regra*, por exemplo, a proporcionalidade: DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. “O proporcional e o razoável”, em *A Expansão do Direito - Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*, coord. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 87; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “O Razoável e o Proporcional em Matéria Tributária”, em *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. 2004. 8º volume, pp. 174-204.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 94.

⁸⁸ Não se pode negar que dentre os inúmeros valores e princípios constitucionais, alguns possuem mais peso, ou seja, são mais relevantes do que outros. Como exemplo, pode-se citar o direito à vida e o direito à propriedade, sendo aquele mais relevante que este. Pois a

Entretanto, como registra HUMBERTO ÁVILA,

... a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.⁸⁹

Já a concordância prática consiste no “dever de realização máxima dos valores que se imbricam”⁹⁰, surgindo “da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo.”⁹¹

Mesmo esse segundo postulado, ou método utilizável na aplicação de princípios, é insuficiente se considerado de forma isolada, pois, como aponta mais uma vez HUMBERTO ÁVILA, não indica “os critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser feita a promoção das finalidades entrelaçadas. Consistam estruturas exclusivamente formais e despidas de critérios.”⁹²

Proibição do excesso, por sua vez, é o postulado que determina que

a realização de uma regra ou de um princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire

ponderação seria justamente a técnica de interpretação utilizada para atribuir peso diferente aos diversos valores, princípios, interesses e bens consagrados na Constituição e apresentar soluções harmonizadoras na aplicação respectiva; postulado este que alguns também denominam *balancing*. HUMBERTO ÁVILA, por exemplo. Trata da “ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*)” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 44) e afirma que “no caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.” (*Ob. cit.*, 96). É de se ressaltar, porém, que segundo ÁVILA, a ponderação não é postulado aplicável somente aos princípios, mas também às regras (*Ob. cit.*, p. 44). Recomendamos sobre o tema a leitura de GARCÍA, Alonso. *La interpretacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, *passim*.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 94.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 96.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 96.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 96 e 97.

um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa.⁹³

Proporcionalidade, o critério por excelência de conciliação e aplicação de princípios, que, em nossa compreensão, reúne e conjuga os demais, é, como já escrevemos em co-autoria com HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO,⁹⁴ o postulado segundo o qual o intérprete verifica se um determinado ato (normativo ou não), apontado como *meio* para a promoção de determinado princípio constitucional, é realmente *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito* para promovê-lo. Esse exame, feito à luz do caso concreto, permite que se verifique: *i)* se o meio apontado realmente atinge a finalidade que supostamente o justifica; *ii)* se não há outro meio que também a atinja, mas que seja menos gravoso a outros direitos fundamentais que com o princípio promovido estejam em tensão; *iii)* se, ultrapassados os dois questionamentos anteriores, o meio em comento traz mais vantagens que desvantagens, ou se promove o princípio apontado em intensidade maior do que a relativização que causa no outro.⁹⁵

Finalmente, razoabilidade, conquanto tenha núcleo comum com a proporcionalidade, e seja inclusive com ela confundida por alguns autores, está mais ligada à convergência entre o ato cuja validade se examina e o *senso comum*. Para ser *razoável*, o ato deve ser, além de adequado e necessário (mesmas subdivisões da proporcionalidade), compatível com o senso comum, o que conduz a uma idéia de consenso, de legitimidade, de compatibilidade

⁹³ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 97.

⁹⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “O Razoável e o Proporcional em Matéria Tributária”, em *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética. 2004. 8º volume, p. 177 e ss.

⁹⁵ Registre-se, aqui, que o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, assim como o exame das três sub-divisões do princípio da razoabilidade, é feito de modo subsidiário. Se o ato examinado é inadequado, nem se precisa perquirir a respeito de sua necessidade. Se é adequado, mas não é necessário, não é preciso se indagar sobre sua proporcionalidade em sentido estrito. Confira-se, a respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, em *A Expansão do Direito - Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito*, em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho, coord. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 98.

com os valores prevalentes naquela comunidade na qual o princípio será aplicado⁹⁶. Há como que uma válvula de escape jusnaturalista para viabilizar uma contenção de arbitrariedades contidas no Direito positivo, quando estas não sejam inválidas à luz de critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico. A rigor, um ato, normativo ou não, que seja adequado e necessário, mas seja irrazoável em sentido estrito, na verdade é um ato *injusto*. Daí porque se fala em “pós-positivismo”, pois há uma janela (a irrazoabilidade) para afastar a aplicação de uma norma formalmente válida, mas contrária aos padrões de boa-fé, justiça e prudência.

A razoabilidade, nesse sentido, seria uma decorrência direta da racionalidade humana. O racional, com efeito, é aquilo que pode ser compreendido e aceito pelos demais. Uma seqüência de sons é uma música, e não uma série desordenada de sons, quando os seus ouvintes nela reconhecem harmonia, melodia e ritmo. Uma ordem jurídica, do mesmo modo, para ser reconhecida como tal, há de possuir um mínimo de razoabilidade, sob pena de não ser aceita pela sociedade à qual se dirige, e perecer por ineficácia. A coação, sozinha, não lhe garante a efetividade⁹⁷: quando muito retarda um pouco uma revolução⁹⁸. Por conta disso, “la dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente”⁹⁹. Sempre está presente a idéia de consenso, de aceitação.

Esses são, insista-se, os critérios que podem ser validamente utilizados na aplicação (e, por conseguinte, na conciliação) de princípios. Na prática, porém, percebe-se que depois de referida teorização, os direitos fundamentais

⁹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdiccional da Administração Pública*. 2.ed. São Paulo: Dialética. 2004, pp. 130 e 131.

⁹⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força – Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, São Paulo: Dialética, 2001, *passim*.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. 2000, v.3, p. 116.

⁹⁹ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable – un tratado sobre la justificación jurídica*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991, p. 286.

são relativizados de forma não explicada. E isso ocorre não apenas como forma de possibilitar a efetiva fruição desses direitos por um maior número de pessoas, mas também genericamente, frente a invocações abstratas, levando, em alguns casos, ao esvaziamento, também genérico, de tais direitos. Isso se dá, porque há uma confusão (ou mesmo ignorância) em relação aos métodos que tornam possível a relativização (ou o seu controle), com graves implicações práticas. Faz-se importante, então, distingui-los e aplicá-los com cuidado.

Por outro lado, a doutrina não discorda quanto à idéia de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é limite que não pode ser ultrapassado no sopesamento. Ocorre que discorda quanto à elasticidade desse núcleo e aponta dois tipos de relativização dos direitos fundamentais, ditados por diferentes teorias: a absoluta (seguida, por exemplo, por J. J. GOMES CANOTILHO e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE) e a relativa (adotada por ROBERT ALEXY e PETER HABERLE)¹⁰⁰.

Segundo a “teoria absoluta” a relativização *somente pode ocorrer abstratamente*, não podendo o conteúdo essencial de cada direito fundamental ser violado em hipótese alguma, nem mesmo diante de outro direito de igual hierarquia. Já segundo a “teoria relativa”, *somente em cada caso concreto* pode-se avaliar a flexibilidade do núcleo de cada direito fundamental, e, a depender da situação, um dos direitos fundamentais poderia mesmo ter sua aplicação afastada por inteiro.

DANIEL SARMENTO, a propósito, observa que

certas questões concretas podem afetar ao mesmo tempo o cerne de dois direitos fundamentais contrapostos, levando o juiz

¹⁰⁰ cf. SARMENTO, Daniel. “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens” em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, organizador Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35. Ver também: FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 75-80.

ao dilema de ter de optar por um deles em detrimento do outro. Para casos desta espécie, a teoria absoluta cria uma situação insustentável para o julgador, que se não a flexibilizar, é forçado a proferir o odioso *non liquet*. Formulemos um exemplo: um jornal descobre que certo político importante é homossexual e planeja publicar reportagem sensacionalista a tal respeito. O político toma conhecimento deste plano, e, antes da publicação, propõe medida judicial postulando a proibição da reportagem, ao argumento de que se for publicada ocasionará dano moral impassível de recomposição por via patrimonial. O jornal defende-se com base no princípio que assegura a liberdade de imprensa. Ao juiz do caso, então, restarão duas alternativas: vedar a reportagem, prestigiando o direito à privacidade em desfavor da liberdade de imprensa, ou permitir a publicação, consagrando a liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade. *Tertium non datur*.¹⁰¹

Esse dualismo de teorias é apontado por ARTHUR KAUFMANN, que observa:

Há uma teoria que se refere ao “núcleo substancial” de cada direito fundamental. Este núcleo substancial teria que “subsistir” sempre que haja uma restrição a direitos fundamentais. Argumenta-se aqui manifestamente ao modo da ontologia substancialista. Um exemplo: o que “subsistirá” dos direitos de liberdade para um condenado a prisão perpétua? Certamente não é o “núcleo” da liberdade.

Outra teoria diz que não importa saber o que subsiste, decisivo será sim o critério da proporcionalidade: não pode haver “excesso” na restrição do direito fundamental. Com isto é, todavia, posta de parte a idéia de “garantia do conteúdo essencial”.¹⁰²

Para KAUFMANN, nenhuma dessas teorias seria satisfatória, pois pode “variar amplamente, de caso a caso, o ‘resíduo’ que subsiste após a restrição de um direito fundamental. Não se pode universalizar esse resíduo.”¹⁰³ Assim, conclui ele, “também os direitos humanos não valem de forma rigorosamente absoluta, não se podendo, por seu intermédio, superar totalmente o relativismo. Eles são precisamente direitos de homens e para homens. Ora nada de humano é absoluto.”¹⁰⁴

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 61.

¹⁰² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 270.

¹⁰³ KAUFMANN, Arthur. *Ob. cit.*, p. 272.

¹⁰⁴ KAUFMANN, Arthur. *Ob. cit.*, p. 272.

Entretanto, conforme explicaremos em seguida, parte da lição das duas doutrinas pode ser conciliada, para uma melhor aplicação do valor consagrado nas normas com estrutura de princípio. A crítica de KAUFMANN, aliás, é procedente apenas se consideradas cada uma dessas teorias isoladamente, mas não o é, em nossa compreensão, caso se faça a conciliação que adiante será sugerida.

Na prática, porém, há quem extraia o pior de cada uma delas e viole, mesmo abstratamente, o núcleo essencial de direitos fundamentais. De fato, mesmo diante de um conflito abstrato, editam-se normas que ignoram completamente o núcleo essencial de determinado direito fundamental, a pretexto de realizar outro. É o que se dá, por exemplo, quando da autorização para quebra de sigilo de dados de pessoas que movimentam valores acima de determinado valor com cartão de crédito.¹⁰⁵ Ora, nesse caso, percebe-se que o direito ao sigilo de dados das pessoas que ultrapassam a faixa fixada pela norma não existe de modo algum, nem mesmo no plano abstrato, o que não se admite. É certo que o direito fundamental ao sigilo pode ser colocado em segundo plano, caso se entenda que o núcleo de referido direito na situação concreta é insignificante ante a relevância dos outros direitos em conflito, mas, repita-se, essa redução demasiada do núcleo somente é possível no plano concreto, jamais no abstrato.¹⁰⁶

¹⁰⁵ IN SRF nº 341 de 15/07/2003.

¹⁰⁶ Percebe-se o aumento abusivo da fiscalização pelo fato de que, a pretexto de investigar fraudes tributárias, o Fisco, por vezes, viola genericamente, e de uma só vez, o direito de muitos cidadãos, como se dá, a exemplo da Instrução Normativa mencionada na nota anterior, no caso da possibilidade de quebra do sigilo de dados dos cartões de crédito de todos que fizerem compras acima de determinado valor. E isso se dá mesmo com pessoas que não são especificamente suspeitas de fraude, apenas sob a presunção invertida de que aqueles que gastam acima de determinado valor podem estar sonegando. E caso se oponham por qualquer meio à quebra, por não desejarem ver dados particulares expostos, a defesa é vista quase como uma confissão indireta de fraude, pois para alguns do Fisco se o contribuinte nada deve, não há porque temer investigações, nem a elas deve se opor, como se a intimidade fosse apenas uma proteção para esconder a prática de fraudes e não uma necessidade humana. É de se ressaltar que, geralmente, a quebra dá-se ainda sem qualquer oportunidade para que o contribuinte a ela se oponha previamente, mas tão somente depois que ocorreu. Tratando da investigação e fiscalização realizada pelos Estados Unidos sobre pessoas suspeitas de terrorismo, tema diverso do presente, mas a ele comparável, pois relacionado ao abuso de poder na fiscalização e à perda da intimidade, GERSON MÁRQUES adverte que “é preciso

Nosso entendimento é o de que o núcleo dos direitos fundamentais pode ser ponderado, tanto de forma absoluta, quanto relativa. Como afirma ANA PAULA DE BARCELLOS,

[é] possível falar de uma ponderação em abstrato e de uma ponderação em concreto. A ponderação em abstrato é desenvolvida pela dogmática jurídica considerando a metodologia própria do direito e os conflitos já identificados pela experiência. A ponderação em abstrato procura formular modelos de solução pré-fabricados (parâmetros gerais e particulares) que deverão ser empregados pelo aplicados nos casos que se mostrem semelhantes. Caso os modelos propostos pela ponderação em abstrato não sejam inteiramente adequados às particularidades do caso concreto, o intérprete deverá proceder a uma nova ponderação – a ponderação em concreto -, agora tendo em conta os elementos específicos da situação real. A utilidade da distinção consiste especialmente em fomentar, na doutrina, o estudo e a formulação de parâmetros que possam servir de norte ao aplicador, reduzindo a subjetividade do processo ponderativo.¹⁰⁷

A ponderação submeter-se-á aos ditames da “teoria absoluta” sempre que realizada no plano abstrato, dando origem a uma nova norma.¹⁰⁸ Não pode, realmente, uma norma hipotética relativizar direitos, reduzindo sobremaneira o núcleo de um em detrimento do de outro, até porque, em tese, os direitos envolvidos devem conviver harmonicamente no ordenamento. Não existe uma prevalência abstrata entre eles. É de ser respeitado,

construir uma teoria geral dos procedimentos investigatórios, aproximando-os todos entre si, de forma a assegurar um mínimo de resguardo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Por uma visão internacional antropocêntrica dos direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnológicas*. www.Jusnavigandi.com.br, acessado em 15.07.2003) Após, a propósito da observância ao devido processo legal na investigação, afirma ainda que o “próprio Estado não pode negá-lo, por qualquer de seus poderes e funções, seja na aplicação prática das regras, seja na elaboração destas. Nessa dimensão, inserida no patrimônio jurídico do cidadão, a cláusula o acompanha onde quer que vá, amparando-o em qualquer situação acusatória.”(ob. cit).

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de, “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, em *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, coord. Luis Roberto Barroso, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

¹⁰⁸ Como observa ROBERT ALEXY, “Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : ($P_1 \rightarrow P_2$) C , y si de P_1 , bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ ”. (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Enesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 94)

necessariamente, um conteúdo “intangível”¹⁰⁹ para cada um dos direitos envolvidos. E, uma vez realizada essa ponderação no plano abstrato, o aplicador do Direito deve obedecê-la, não ultrapassando os limites já então traçados¹¹⁰, a não ser que declare expressamente ser inconstitucional (ou inaplicável, pela falta de identidade de suporte fático) a norma decorrente da referida ponderação abstrata.

Será relativa a ponderação sempre que realizada no plano concreto. Nesse caso, não só o direito fundamental é ponderável, como seu próprio núcleo é flexível. Observe-se: é flexível, mas não inexistente, porque o fato de, em alguns casos, tal núcleo ser encolhido, não significa que, em outro, não possa ser aumentado. E, realmente, como adverte DANIEL SARMENTO, essa ponderação confunde-se com a própria proporcionalidade cujo resultado somente pode ser anunciado caso a caso.¹¹¹

É de se ressalvar, porém, que alguns direitos fundamentais, pela própria natureza, não podem ser ponderáveis apenas abstratamente, mas, exigem ponderação, sobretudo, no caso concreto, como seria, por exemplo, a ponderação entre o direito de liberdade de expressão e o direito à intimidade. Assim, se uma norma sobre o assunto deixasse o aplicador sem margem para qualquer outra ponderação no julgamento de casos concretos, já seria por esse só motivo, desde logo, inconstitucional, pois impediria a plena e adequada conciliação dos direitos fundamentais.

Como se vê, esse delineamento dos tipos de relativização é de grande importância prática, pois aponta os “limites à limitação”¹¹² dos direitos e

¹⁰⁹ Termo utilizado por ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 233.

¹¹⁰ É o caso, por exemplo, da ponderação – entre segurança e isonomia – já realizada pelo legislador quando da previsão e do disciplinamento da *ação rescisória*, de prazos de prescrição e decadência etc.

¹¹¹ Quando realizada no plano abstrato, também deve realizar a proporcionalidade, mas não apenas, devendo também respeitar um percentual “intangível” do núcleo.

¹¹² A doutrina refere-se a “limites dos limites” (termo usado, por exemplo, por J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*. 5ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 622). Apontam-se três

garantias fundamentais. E ditos limites não podem resumir-se a uma resposta vagamente fundada na “dignidade da pessoa humana” ou em um “núcleo dos direitos e garantias fundamentais”, devendo-se buscar compreender e justificar o que seja essa *dignidade* e esse *núcleo*, em cada momento.

Seja como for, não é possível ignorar que por mais variável que seja o significado do termo “dignidade da pessoa humana”¹¹³, não se pode admitir que a “dignidade da pessoa humana” comporte raciocínio que admite a sobreposição do Estado sobre o indivíduo. A esse respeito, com inteira propriedade, ALEXANDRE DE MORAES observa que a dignidade da pessoa humana “afasta a idéia de prodomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.”¹¹⁴

Por fim, apesar de ser dado aplicável não apenas à limitação dos direitos e garantias fundamentais, mas à limitação de qualquer direito e garantia, é de se considerar, como adverte GILMAR FERREIRA MENDES, que a restrição deve ser delineada com bastante clareza pela norma. Nas palavras do citado constitucionalista, os limites dos limites

balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.¹¹⁵

Essa observação é de grande importância, pois é comum a restrição a direitos fundamentais não estar claramente autorizada, mas mesmo assim o

possíveis tipos de restrições: “a) as estabelecidas diretamente pela própria Constituição; b) as estabelecidas por lei autorizada pela Constituição (reserva de lei) e c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas).” (FARIAS, Edilson Pereira. *Ob. cit.*, p. 75)

¹¹³ Face a essa variação quanto ao significado da “dignidade da pessoa humana” alguns se mostram descrentes da utilidade de se impor tal limite à restrição de direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, de ARTUR KAUFMANN (Cf. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 270 e ss.)

¹¹⁴ *Direito Constitucional*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

¹¹⁵ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38

aplicador do direito realizá-la, violando, muitas vezes, não só o núcleo de direitos e garantias fundamentais, mas ainda o princípio da boa-fé¹¹⁶.

3. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE, O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS E OS CUSTOS DO ESTADO SOCIAL.

3.1. Os valores e princípios constitucionais envolvidos na relação tributária

Feitas essas considerações sobre os direitos e garantias fundamentais em geral, agora, a fim de compreendermos melhor os limites à restrição de direitos e garantias dos contribuintes, analisaremos mais especificamente os direitos e garantias fundamentais compreendidos nas dimensões individual e social¹¹⁷, já que são estas as mais pertinentes à relação tributária¹¹⁸. Nesta

¹¹⁶ É o caso, por exemplo, da norma que, a pretexto de que o ingresso no REFIS era facultativo, é interpretada pela Receita Federal como uma autorização – embora não seja clara a respeito – para que contribuintes sejam excluídos do citado programa de forma unilateral e sumária. Confira-se, a esse respeito: MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “Refis: adesão voluntária, eficiência da Administração e exclusão sumária e unilateral”, em *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 92, p. 47 e ss.

¹¹⁷ Esse tipo de confronto de direitos fundamentais de primeira dimensão com direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como o confronto dos direitos fundamentais de primeira dimensão com os de terceira e quarta dimensão, é também denominada pela doutrina de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Diz-se que colisão de direitos fundamentais pode ser de dois modos a) em sentido estrito e b) em sentido amplo. Em sentido estrito é a colisão que se verifica entre direitos fundamentais individuais de titulares distintos. Em sentido amplo é a colisão que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, envolve “direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v. g. à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado.” (Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 1/18145, 1ª quinzena de março de 2003, p. 178-185). Do mesmo modo, Edílson Pereira de Farias afirma que “sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros.” (Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 95). Em relação à colisão em sentido amplo, entendemos que há certa imprecisão da doutrina quando se refere à colisão de direitos fundamentais com outros valores constitucionais relevantes, já que esses ‘outros valores constitucionais’ estão abrangidos pelas normas enumeradoras de direitos fundamentais de outras dimensões. O mais correto, assim, seria tratar de colisão entre direitos individuais e direitos sociais, ou direitos individuais e de direitos fundamentais terceira dimensão (p.ex. direito a um meio ambiente saudável) etc. É certo que os direitos fundamentais genuínos são

tem-se, de modo mais imediato, de um lado, o contribuinte, com seus direitos de liberdade e com o dever de contribuir para o custeio dos gastos públicos, e, de outro lado, o Estado, que tem o poder de arrecadar para, em tese, prestar os serviços sociais que, por sua vez, são necessários para a efetivação (entre outros) de direitos sociais da generalidade de cidadãos, devendo realizar tal arrecadação nos limites traçados pela Constituição Federal.

O Estado Social traz consigo a idéia não só de que o Poder Público deve prestar assistência ao cidadão, mas de que os custos assistenciais devem ser arcados por toda a sociedade. Tanto que, atualmente, quando se menciona o termo cidadania, entende-se que esta deve ser considerada de forma multidimensional, de modo a englobar direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual e social, para, assim, tentar superar as “contradições e perplexidades que cercam a temática da liberdade e da justiça social... nesta ‘era dos direitos’ que vai caracterizando a transição do século XX para o XXI.”¹¹⁹ Seria como se na idéia de cidadania estivesse incluído o dever fundamental de pagar tributos, meio através do qual o Estado realizaria os direitos fundamentais considerados em sua dimensão social. No Estado Social, portanto, à palavra cidadão deve-se associar não apenas um conjunto de direitos e garantias, mas também de deveres, sobretudo o dever de ser solidário e pagar tributos.

os direitos individuais, em face dos quais, aliás, surgiu as outras dimensões de direitos fundamentais, para torná-los mais efetivos, aumentando a dignidade da pessoa humana, mas como se viu no item I.I do presente trabalho, os direitos fundamentais abrangem sim essas outras dimensões, tendo em vista “a profusão, o alargamento e multifuncionalidade dos direitos fundamentais colocados numa dimensão de nova objetividade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29)

¹¹⁸ Podem, é certo, ser realizados outros tipos de sopesamento, como por exemplo, com os direitos fundamentais considerados em sua terceira geração (direito fundamental ao meio ambiente saudável), o que poderia culminar com a criação de uma CIDE (contribuição de intervenção no domínio econômico). Essa hipótese, porém, é mais rara, e não foi face à mesma que se desenvolveu a genérica relativização de direitos ora combatida, razão pela qual prefere-se analisar apenas os direitos fundamentais, considerados nessas duas dimensões. Precisamente sobre a relação do Direito Tributário com o direito fundamental ao meio ambiente saudável, recomendamos a leitura dos livros *Direito Ambiental Tributário*, de Celso A. Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira. São Paulo: Saraiva. 2005; e *Direito Tributário Ambiental*, de vários autores, organizado por Héleno Taveira Tôrres. São Paulo: Malheiros. 2005.

¹¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 247.

Direitos sociais são direitos de “alto custo”, eis que a prestação de serviços públicos por parte do Estado demanda grande disponibilidade de “receita pública”. Receita esta que, por sua vez, é obtida principalmente através da cobrança de tributos. Assim, para realizar, por exemplo, os direitos sociais de educação, saúde e assistência social, o Estado poderia interferir, com mais intensidade, na disponibilidade econômica das pessoas, tributando-as para a arrecadação de maior receita. Além disso, como a relação tributária também envolve uma série de atos necessários à efetiva cobrança do tributo, tais como a fiscalização e a prestação espontânea de informações pelos contribuintes, afirma-se que a fim de permitir a realização dos direitos fundamentais de segunda geração, com a maior arrecadação de receita, o Estado também estaria autorizado a relativizar inúmeros direitos individuais de liberdade, relacionados à cobrança, tais como o direito ao sigilo, e vários decorrentes do devido processo legal, e até mesmo poderia realizar inúmeras presunções legais. Invoca-se, então, o princípio da praticidade.

Essas idéias, porém, precisam ser mais bem refletidas. Até porque o equívoco de algumas pode ser percebido logo no início do raciocínio. Partem de uma falsa compreensão sobre a multifuncionalidade da cidadania e sobre a necessidade de aumento de receita no Estado Social. Isso leva a que muitos direitos e garantias fundamentais do contribuinte tenham sua dimensão individual esmagada em prol de uma prevalência iníqua dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão social e de uma invocação abstrata do dever fundamental de pagar tributo.

Analisemos primeiramente, a situação do contribuinte, do cidadão, com sua cidadania multidimensional e depois a do Estado, enquanto realizador dos direitos sociais.

3.2. Cidadania multidimensional e dever fundamental de pagar tributos

É certo que em face do conceito de cidadania multidimensional, o cidadão não pode considerar sua relação com o Estado e com a sociedade de forma apenas passiva, vislumbrando somente seus direitos, como se pudesse reclamar bens e serviços do Estado, sem considerar seu dever de contribuir de uma maneira geral para o incremento da sociedade, inclusive com o pagamento de tributos. Como observa FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA, aceitar o contrário provoca

a unilateralidade do conhecimento na medida em que enfoca os diversos problemas que afligem as relações sociais de modo incompleto, deficiente e cria um reprovável e cômodo paternalismo do cidadão pelo Estado¹²⁰.

JOSÉ CASSALTA NABAIS entende, a propósito, que, nos últimos tempos, a doutrina constitucional tributária tem se mostrado mais preocupada com o estudo dos direitos fundamentais, tendo deixado um pouco de lado a teorização sobre o dever fundamental de pagar tributo¹²¹.

Realmente, os direitos fundamentais não podem ser considerados isoladamente, em desprezo ao dever de contribuir, até porque a realização desse dever pode apresentar resultados benéficos ao cidadão. De fato, é de seu interesse viver em uma sociedade na qual bens e serviços públicos funcionem, na qual a educação seja o mais universal possível e, assim, a mão-de-obra seja qualificada, haja progresso nas ciências etc.

Na verdade, o fato de a doutrina não haver desenvolvido teoria organizada sobre o dever de pagar tributo, com esses exatos termos, porém, talvez tenha trazido prejuízos não ao Estado, ante o desprezo a esse dever,

¹²⁰ LIMA, Francisco Gérsom Marques de. "Os deveres constitucionais: o cidadão responsável." Em *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérsom Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 184.

¹²¹ Segundo CASSALTA NABAIS, "o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente considerado dos mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea." (NABAIS, José Cassalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 1998, p. 15).

mas ao cidadão-contribuinte, porque, na prática, a grande massa de contribuintes cumpre com seu dever de qualquer forma, seja por receio de sanção, seja pela efetiva aplicação desta, através da coação. Até porque, de fato, o Estado não depende do Direito para cobrar tributos. O cidadão, este sim, é que depende do Direito para que a tributação ocorra dentro de limites pré-estabelecidos. As palavras de BALEIRO, a esse respeito, são bastante expressivas:

O tributo é a vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antigüidade até hoje, excluem qualquer dúvida.¹²²

Além disso, observa-se que são atualmente desenvolvidas muitas teorias que alargam os deveres do contribuinte, face à invocada necessidade de realização dos direitos sociais, tal como a teoria que entende possível a criação de contribuições sociais gerais, bem como a que entende válida a norma geral anti-elisão. Essas teorias assistemáticas acarretaram, na prática, um dever de pagar tributo ilimitado e desorganizado.

Com efeito, cada teoria isolada amplia os deveres do contribuinte, ora com base no interesse público e na supremacia do interesse público sobre o particular¹²³, ora com fundamento no dever de solidariedade¹²⁴, sem lhe afirmar os limites gerais, o que não se pode admitir.

¹²² BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 1.

¹²³ Como se demonstrará mais adiante, atualmente, em muitos casos, os termos “interesse público” e “solidariedade” são utilizados em situações semelhantes, funcionando, por vezes, como sinônimo.

¹²⁴ MARCO AURÉLIO GRECO, por exemplo, em seu livro *Planejamento Tributário*, em carta dirigida ao leitor, considerando o que seria o atual debate sobre planejamento tributário e elisão afirma que, atualmente, está-se numa fase na qual “a elisão passaria a ser vista como figura eminentemente do ordenamento jurídico tributário onde encontra seu perfil e deflagra consequências, independentemente, da existência de patologias no negócio subjacente. Trata-se de tema que diz respeito ao relacionamento entre contribuinte e Estado à luz dos princípios e objetivos que a Constituição consagra. Neste momento, assumem particular relevância os princípios da solidariedade social e da capacidade contributiva e a preocupação com a máxima eficácia possível dos preceitos constitucionais.” (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*, São Paulo: Dialética. 2004, p. 8)

Uma teoria ordenada sobre o dever de pagar tributo deixaria os cidadãos mais conscientes de seu cumprimento, e estes, então, exigiriam com mais força a contraprestação estatal, exatamente porque saberiam que a exigência decorreria não do paternalismo estatal, mas como resposta do Estado ao cumprimento do dever de contribuir. Nesse ponto, é de se considerar a lição de FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA, segundo a qual os

deveres exigem posturas muito mais ativas e requerem disposição para lutar pelos direitos, pelo respeito ao ordenamento jurídico e requerem disposição para lutar pelos direitos, pelo respeito ao ordenamento jurídico e a outros valores sociais, morais e políticos.¹²⁵

Seja como for, o dever fundamental de pagar tributos não significa de modo algum que o Estado possa exigir o cumprimento do dever de contribuir, em desprezo a inúmeras conquistas tão duramente realizadas, ao longo da evolução do Estado de Direito, referentes aos direitos e garantias fundamentais. JOSÉ CASSALTA NABAIS concorda que os deveres fundamentais não se

apresentam numa posição de rigorosa eqüidistância face a cada um dos pólos constitucionais ... isto é, face aos direitos fundamentais e face aos poderes públicos. É que, os deveres fundamentais num estado de direito – em que, como é sabido, se verifica necessariamente o primado da pessoa humana (indivíduo) face à comunidade, que o mesmo é dizer do primado da liberdade face à autoridade – gravitam forçosamente em torno dos direitos fundamentais, constituindo assim um vetor muito importante do estatuto constitucional (ou da (sub)constituição do indivíduo, estatuto este erguido com base na posição fundamentalíssima da pessoa humana no seio da sociedade organizada em estado.¹²⁶

Mesmo quanto ao princípio da praticidade, MISABEL ABREU MACHADO DERZI faz observações equilibradas e que demonstram como, na verdade, a Administração aplica referido princípio não só em desprezo aos direitos

¹²⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Ob. cit.*, p. 185

¹²⁶ NABAIS, José Cassalta. *Ob.cit.*, pp. 36-37.

fundamentais, mas até de forma contraditória. Sim, porque o princípio da praticidade, símbolo do pós-modernismo, tem como mandamento de otimização afastar os excessos de amarras legais, para tornar a lei mais moldável a cada caso concreto. Mas, na prática, observa-se que a Administração busca transformar as normas que ela própria edita (sob o pretexto de tornar mais exequível a atividade de fiscalização) em gerais e abstratas, em desprezo às peculiaridades de cada contribuinte, como são exemplos típicos as pautas-fiscais. Em suas palavras, referida autora observa:

Para corrigir a complexidade do sistema (reflexo da complexidade socioeconômica) e evitar-se a fraude, criam-se fórmulas simplistas, mas universais, características das fórmulas modernas¹²⁷ (assim a CPMF, a CSGF dos franceses, as pautas e presunções *iuris et de iure*). Afinal, a *abstração*, o *universalismo*, a *unidade da razão*, a *axiomatização*, a *simplicidade* e a *segurança* não são características modernas? O que não se pode admitir é a *objetivação extrema*, que tais fórmulas abrigam, com desprezo pelo subjetivismo, pela capacidade individual e pessoal. Surgem assim, as presunções materiais absolutas e as tipificações (todos são equiparados a um contribuinte médio, freqüente ou ideal), com desprezo pelas diferenças relevantes, do ponto de vista legal. Sobretudo não se pode admitir a sobreposição da praticidade sobre a justiça, o abandono dos compromissos do Estado Democrático de Direito.¹²⁸

Pode-se afirmar, portanto, que no Estado Social, a liberdade, com todos os direitos que lhe são próprios, tem um preço, mas que, evidentemente, tal preço não há de consistir na própria supressão dessa liberdade. Deve ser justo, proporcional e razoável, como se espera em uma democracia consagrada pelas modernas constituições, nas quais os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são assegurados, explícita ou implicitamente, e devem orientar toda a atividade estatal, sob pena de, a pretexto de realizar um Estado Social, realizar-se, isto sim, um Estado de injustiças sociais.

¹²⁷ Aqui a autora utiliza o termo moderno em oposição a pós-moderno. Assim, moderno não significa o mais atual, mas sim o ultrapassado.

¹²⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. “A Praticidade, a Substituição Tributária e o Direito Fundamental à Justiça Individual” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 275.

Examinando a atuação de Estados sociais ditatoriais, PAULO BONAVIDES observa que os mesmos se caracterizam exatamente pelo desprezo aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual. Com suas palavras, afirma que

sua ordem econômica e social está toda encarcerada no arbítrio do Estado, de tal maneira que a Constituição é, quando muito, uma duvidosa e suspeita Declaração de Direitos Sociais, não havendo nela lugar para resguardar, manifestar e proteger os direitos humanos da participação democrática, ou seja os direitos políticos da liberdade, da mesma forma que as Cartas ou Constituições do Estado liberal, preocupadas apenas com a injustiça da sociedade feudal, mas indiferentes à injustiça social do sistema capitalista, omitiam e ignoravam as franquias do trabalho e do trabalhador em suas pomposas Declarações de Direitos. Quando se aparta da liberdade, o Estado social das ditaduras se converte em Estado anti-social.¹²⁹

Como observa RICARDO LOBO TORRES, se, por um lado, é inquestionável que, no Estado Social, o tributo é garantia de liberdade, por outro, não se pode ignorar que o tributo, *ao mesmo tempo, possui a extraordinária aptidão para destruí-la*.¹³⁰ Assim, ao contrário do que se pode imaginar, nessa forma de Estado, aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual há de ser reconhecida importância indiscutível. É por isso, aliás, que HELENILSON CUNHA PONTES, depois de reconhecer que, no Estado Social, a liberdade tem relação íntima com o tributo, e de fazer inclusive referência à observação de RICARDO LOBO TORRES transcrita anteriormente, observa:

Justamente pelo caráter ‘dramático’ da relação entre indivíduo e Estado, enquanto entre tributante, é que a aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídico-tributária assume indiscutível relevo. Com efeito, a crescente invasão do Estado sobre a esfera das liberdades individuais em busca de recursos tributários torna indispensável a construção de uma doutrina que reconheça nos direitos fundamentais a proteção necessária contra as agressões às liberdades individuais.¹³¹

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 297.

¹³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume III. Renovar: Rio de Janeiro. 1999. pp. 1-35.

¹³¹ PONTES, Helenilson Cunha. “O Direito ao Silêncio no Direito Tributário” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, p. 82.

3.3. O dever fundamental de pagar tributos e a realização dos direitos sociais

Além disso, não se pode ignorar que a relação contribuinte-Estado, desenvolvida com a finalidade de arrecadar valores para a realização de diversas finalidades, entre as quais estão aquelas relacionadas à efetivação de direitos sociais, não é estática. Com efeito, o contribuinte ao mesmo tempo em que tem o dever de contribuir com o pagamento de tributos, tem o direito de que tais tributos sejam utilizados para a boa prestação de serviços públicos.

BETINA TREIGER GRUPENMACHER, a propósito, observa que se por um lado

... o dever de pagar impostos é ínsito à cidadania, e decorre da idéia de solidariedade (...) Por outro turno, também eticamente deve se conduzir o Estado ao exercer o poder de imposição tributária, observando fielmente o Estatuto do Contribuinte e os direitos fundamentais nele assegurados. A expressão 'Estatuto do Contribuinte' foi criada por Juan Carlos Luqui em 1953 e se refere ao grupo de normas que assegura os direitos fundamentais do cidadão em matéria tributária¹³².

Da mesma forma, KLAUS TIPKE, logo na introdução de sua obra *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes* destaca, exatamente, que ante a reclamação de que a moralidade fiscal de muitos contribuintes é deficiente, a Federação dos Contribuintes da Alemanha costuma responder que “uma moral tributária deficiente é reflexo de uma deficiente moral fiscal do Estado, pois um fenômeno é conseqüência do outro.”¹³³ Em nota a essa sua afirmação, assinala que a “irresponsabilidade nos gastos públicos” é um notável exemplo ao desvio de moral fiscal por parte do Estado, realidade esta bastante comum no cenário brasileiro.

¹³² GRUPENMACHER, Betina Treiger. “Tributação e Direitos Fundamentais” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octávio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. pp. 12-13.

¹³³ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2002, p. 21. tradução livre.

Essa ressalva, apesar de ser óbvia, é importante porque, para alguns, os contribuintes são as pessoas mais abastadas que tem o dever de custear a sociedade, como se eles mesmos não estivessem inseridos na sociedade e não tivessem o direito, ainda que indiretamente, de beneficiar-se das atividades desenvolvidas com o valor que entregou à Administração Tributária. Além disso, mesmo sem considerar os serviços públicos em geral, mas apenas as atividades assistenciais do Estado, não se pode ignorar que muitos contribuintes carecem diretamente do assistencialismo estatal. Não existe, portanto, uma separação ou antagonismo entre contribuinte e sociedade. Assim, os direitos individuais do contribuinte somente podem ser relativizados na medida em que, entre outras coisas, a relação Fisco-contribuinte, como um todo, se tornar mais justa e equânime.

Por outro lado, é de se considerar ainda que apesar de os direitos sociais serem realmente “de alto custo”, os direitos individuais, ao contrário do que se afirma genericamente, também têm e sempre tiverem custos elevados¹³⁴. Não existe, portanto, um motivo que justifique o processo que vem ocorrendo nos últimos tempos de grande amesquinhamento dos direitos do contribuinte, a pretexto da necessidade de aumento de receita para realização dos direitos sociais.

Basta verificar os custos que o Estado tem para manter, por exemplo, a polícia, instituição essencial à preservação dos direitos fundamentais considerados apenas em sua primeira dimensão, no que diz respeito a impedir

¹³⁴ Na obra *O Custo dos Direitos* – tradução livre - obra esta invocada por muitos que afirmam ser necessário relativizar direitos no Estado Social, em face do alto custo dos direitos sociais, como se o preço dos direitos fosse algo inovador – Stephen Holmes e Cass R. Stein observam que os direitos, mesmo individuais, sempre tiveram um custo, um preço. Em suas próprias palavras afirmam que “A more adequate approach to rights has a disarmingly simple premise: private liberties have public costs. This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom to speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion, and indeed of full panoply of rights characteristic of the American tradition. From the perspective of public finance, all rights are licenses for individuals to pursue their joint and separate purposes by taking advantage of collective assets, which include a share of those private assets accumulated under the community’s protection.” (*The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company. 1999, p. 220)

o abuso de direito, de controlar e punir aqueles que tolhem indevidamente liberdade de outrem.

Mesmo antes da consagração dos direitos de segunda geração, ou, mais propriamente, do reconhecimento e da proteção de uma segunda dimensão dos direitos fundamentais, o Estado já arrecadava tributos com a finalidade de custear os gastos estatais como um todo.

Era de se esperar, porém, que com o avanço do anseio pela consolidação da Democracia, ao contrário do que está a ocorrer nos dias atuais, a consciência sobre a natureza não autoritária dessa relação também avançasse.

Em verdade, não se pode ignorar que os direitos fundamentais considerados em sua segunda dimensão constituem uma *limitação adicional* feita ao Estado, e não direitos de que dispõe o Estado contra o cidadão em face do dever de pagar tributo. Com efeito, ao se consagrarem direitos à prestação de determinados serviços públicos, apenas criam-se guias/limites para os gastos estatais. Esse ponto, aliás, é da maior relevância: a arrecadação já existia, sendo ínsita ao Estado. O que não havia, em momento anterior ao reconhecimento e a proteção à segunda dimensão dos direitos fundamentais, era o direito de exigir que o produto da arrecadação fosse empregado nesta ou naquela finalidade.

Assim, o crescimento dos gastos públicos para a realização de direitos de segunda geração pode até autorizar uma elevação na carga, mas desde que vinculada ao aumento de tais gastos e, ainda, como se disse, desde que não se viole direitos de liberdade conquistados a duras penas após anos de submissão ao poder absoluto do governante de cobrar tributos sempre que invocava alguma razão de Estado.

Há quem afirme que é irrelevante para a relação tributária o destino e o limite dos gastos públicos¹³⁵, mas esse raciocínio não se aplica, quando se trata da relativização de direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, notadamente porque o pretexto utilizado para relativizá-los é exatamente a necessidade de realizar os direitos fundamentais considerados em sua segunda dimensão. Ora, a partir do momento em que se constata que o suposto fundamento para a relativização não existe, é evidente que não se pode relativizar.

Pois bem, a realidade brasileira deixa claro que o aumento nos gastos sociais não vem ocorrendo na mesma proporção em que se observa o aumento da arrecadação tributária. Pelo contrário, o que se vê é a total falta de equilíbrio nessa relação entre gastos sociais e arrecadação. O Estado Social brasileiro foi “realidade utópica” (existiu apenas na Constituição) e não chegou a se concretizar, não tendo cumprido sua função perante o cidadão-contribuinte.

PAULO BONAVIDES, ao mesmo tempo em que observa a ineficiência do Estado Social no Brasil, aponta a necessidade de impor a observância dos princípios e valores do Estado Social, sobretudo, aos governantes e não apenas aos cidadãos. Em suas palavras,

... negada, diminuída ou conciliada a projeção social do Estado, cai a índice baixíssimo a fruição dos direitos fundamentais do *status positivus*. De tal sorte que, breve, perderá sentido falar em direitos da primeira, segunda, terceira e quarta gerações no Brasil.¹³⁶

Após, o citado constitucionalista afirma que

¹³⁵ Cf., v.g., BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3.ed., São Paulo: Lejus, 1998, p. 395/396.

¹³⁶ *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 39.

... sem princípios e valores, não se limita a autoridade dos governantes; e se isso acontece, não funciona a máquina do poder democrático e representativo, funciona, sim, a máquina de coação das autocracias.¹³⁷

Na verdade, mesmo no plano meramente teórico, considerando as inúmeras DRU's (desvinculação de receitas da União) que são constantemente elaboradas, e, por outro lado, considerando o aumento da previsão legal dos deveres dos contribuintes, observa-se que o cidadão-contribuinte cumpre muito melhor a sua função do que o Estado.

Aliás, a já referida Desvinculação de Receitas da União é a maior evidência de que a promoção de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões não é fundamento, nem abstratamente, para justificar os valores arrecadados pelo Poder Público. Com efeito, para assegurar a realização de tais direitos, a Constituição *vinculou* uma série de receitas da União a essa finalidade. Com fundamento nessa vinculação, muitos dos tributos que respondem por essas receitas vinculadas são majorados, e têm alterações em seu regime jurídico consideradas válidas pelo STF, pois prestam-se a propósitos ligados à solidariedade social. Em seguida, contudo, em uma manobra inacreditável, os recursos são simplesmente “desvinculados”, prestando-se ao atendimento de quaisquer outras finalidades diversas daquelas que justificaram sua obtenção.

A primeira emenda constitucional autorizando a desvinculação de receitas vinculadas pelo constituinte originário foi a Emenda de Revisão nº 1/94 que criou o Fundo Social de Emergência (FSE). Após, em 1996, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 10/96 que criou o Fundo de Estabilização Estatal (FEF). Com a EC nº 27 foi criada a figura denominada DRU (Desvinculação de Receitas da União). Enquanto nas primeiras, pelo menos teoricamente, existia o pretexto de se realizar algum fim social com a receita vinculada, com as DRU's até mesmo esse pretexto deixou de existir. Em minucioso estudo sobre

¹³⁷ *Ob. cit.*, p. 40.

o uso de DRU's e a violação, por parte do Estado, de seu dever de realizar direitos fundamentais sociais, FERNANDO FACURY SCAFF observa que

[In]o caso da DRU, sequer uma finalidade foi mencionada (...) Desta maneira, a finalidade da desvinculação toma apenas um sentido 'técnico, por assim dizer 'apolítico', pois não haveria a obrigação de sua utilização sequer nas finalidades sociais mencionadas, pelo menos na retórica, nas versões do FSE e do FEF.¹³⁸

Depois de análise minuciosa sobre o destino dado aos recursos desvinculados pela DRU, FERNANDO FACURY observa ainda que

o afastamento de recursos obrigatórios no âmbito da manutenção e desenvolvimento da educação, em razão da DRU, foi da ordem de R\$ 15 bilhões em 2001 e de R\$ 22 bilhões em 2002, consoante dados oficiais divulgados no balanço da União referente ao ano de 2002. Logo, os 18% decorrente da arrecadação de impostos federais que deveriam ser obrigatoriamente utilizados na manutenção e desenvolvimento da educação simplesmente deixaram de ser 18%, para ser um percentual inferior!

(...)

O procedimento adotado através destas emendas constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que, *in casu*, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos *direitos fundamentais sociais*) por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades.¹³⁹

Ainda sobre a DRU, e sua relação com a promoção de direitos sociais como fundamento para a cobrança de tributos, HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO escreveu:

¹³⁸ "A desvinculação de receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição" em SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética. 2005. p. 103.

¹³⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Ob. cit.*, p. 108 a 112.

o supra-sumo da desproporcionalidade, que de tão contundente pode ser chamado mesmo de *irrationalidade*, foi veiculado pela Emenda Constitucional de n.º 27/2000, e prorrogado pela EC 42/2003. Trata-se da chamada “desvinculação de receitas da união”, também conhecida como DRU, em face da qual se inseriu no ADCT dispositivo com a seguinte redação:

“Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União com impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais”.

Como se verifica, 20% das contribuições existentes, e *também das ainda a serem instituídas*, é desvinculado do órgão, fundo ou despesa que motiva a sua cobrança.

Note-se a evolução dos fatos. Primeiro, a União cria contribuições que não se submetem a algumas limitações constitucionais, em regra não têm âmbito constitucional de incidência definido nem são partilhadas com os demais entes federados. E o faz à saciedade. Tudo, porém, estaria justificado porque seriam atendidas “finalidades sociais e coletivas”, às quais não se poderiam opor princípios constitucionais fruto de um “liberalismo egoísta” e, por isso mesmo, “aplicável apenas aos impostos”. Depois, porém, diante do expressivo montante arrecadado, “desvincula-se” a receita correspondente, dando-lhe destino que poderia ser obtido com o produto dos impostos em geral. O nome “contribuição”, enfim, serve apenas de biombo, criando-se uma situação que nem MAQUIAVEL poderia imaginar: os fins, a rigor, passam a se justificar por si mesmos, numa inominável petição de princípios.

A fraude à lei – ou, no caso, a fraude à Constituição – é evidentíssima, e representa o reconhecimento da verdadeira natureza das “contribuições”. Com efeito, a desvinculação de receitas retira das contribuições, especialmente das mais expressivas (que são as de seguridade social), o dado que as diferencia dos impostos. O nome contribuição atua apenas quando do ingresso dos recursos, para não restringir a competência para cobrá-los, nem os partilhar com os demais entes. Depois da arrecadação, o nome “contribuição” passa a não ter mais sentido algum, e a receita com ela propiciada já não se diferencia em nada da receita obtida com impostos.¹⁴⁰

¹⁴⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e Federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 163.

A propósito, não se pode deixar de observar que, considerando a realidade social brasileira,¹⁴¹ a invocação generalizada do interesse público como fundamento para relativizar direitos fundamentais, em muitas discussões de Direito Tributário, transporta para o mundo jurídico um artificialismo constrangedor. De fato, num país de políticos corruptos, em que a receita pública escancaradamente não é revertida para a prestação de serviços públicos de qualidade¹⁴², é até uma afronta à razoabilidade dos cidadãos – principalmente no âmbito de demandas individuais – afirmar que o Fisco merece tratamento privilegiado, como meio de garantir que, com o valor discutido, realize o interesse público ou os fins do Estado Social.

¹⁴¹ Quanto à consideração, pelo intérprete/aplicador da norma, da realidade subjacente, CHAÏM PERELMAN adverte que “na concepção atual do direito, menos formalista, porque preocupada com a maneira pela qual o direito é aceito pelo meio regido por ele e que, por isso mesmo, se interessa pelo modo como uma legislação funciona na sociedade, é impossível identificar pura e simplesmente o direito positivo com o conjunto de leis e regulamentos votados e promulgados em conformidade com critérios que lhe garantem a validade formal.” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 186/187). Em seguida, adverte ainda que “quando, por razões de bom senso, de eqüidade ou de interesse geral, uma solução se apresente como a única admissível, ela é que tende a impor-se também em direito, ainda que se seja obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor” (Ob. cit., p 190). E conclui que “a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentos, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito. Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas ardorosamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática.” (Ob. cit., p. 191). EROS ROBERTO GRAU, referindo-se à doutrina de Ferdinand LASSALE, e tratando especificamente da Constituição, afirma que “a Constituição escrita é boa e duradoura enquanto corresponder à constituição real e encontrar suas raízes nos fatos reais do poder hegemônicos no país – onde a Constituição escrita não corresponder à constituição real instalar-se-á um conflito no qual a primeira sucumbirá.” (GRAU, Eros Robert. “Realismo e Utopia Constitucional”, em *Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coord. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 122)

¹⁴² Em 03/10/2005, por exemplo, a Folha de São Paulo, ao tratar do gasto de dinheiro público para compra de votos de parlamentares por parte do Governo Federal na eleição do presidente da Câmara dos Deputados, divulgou dados oficiais informando que, apesar de dispor de dinheiro para gastos na área de saúde, gastos que já haviam sido inclusive aprovados por lei orçamentária, o Governo Federal somente utilizou ínfima parte do total. “O Ministério da Saúde começou o ano com R\$ 2,6 bilhões para investir. Pouco mais de 20% do total passou pelas etapas que antecederam o gasto público propriamente dito. E só R\$ 146 milhões foram gastos até 30 de setembro”. (CONSTANTINO, Luciana; SALOMON, Marta. Gastos Públicos: Saúde investe menos do que previsto no ano. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Seção Folha Brasil. 03 de outubro de 2005))

Ou seja, a pretexto de realizar o Estado Social, cria-se um Estado artificial e autoritário, sem legitimidade para exigir o cumprimento de obrigações com base no sentimento popular de apoio às políticas públicas.

Tanto é assim que, caso se recorra ao “fundamento sociológico”¹⁴³ das relações jurídicas, ver-se-á que a relação tributária, no Brasil, ainda se funda, preponderantemente na força da lei, e na força do Poder Público para executar seus atos, vale dizer, de exigir coercitivamente o tributo. Não há como ignorar, por exemplo, que a maioria dos contribuintes que declara e recolhe o imposto de renda assim se conduz para não sofrer as sanções correspondentes, e não porque sinceramente acredite que o valor respectivo será utilizado em prol do interesse público.

Daí a crítica feita por PAULO BONAVIDES à implantação do Estado Social¹⁴⁴ no todo pertinente ao objeto do presente texto:

Sem instrumentos processuais de apoio, o Estado social se converteu em figura de retórica política. Medidas estatais excessivamente intervencionistas lhe enfraqueceram a legitimidade, fazendo-o de todo suspeito à conservação das liberdades do cidadão.¹⁴⁵

O julgador brasileiro que examina questões tributárias e ignora essa realidade, em verdade, longe de colaborar à concretização do Estado Social, dificulta sua realização. Pois se é certo que nessa forma de Estado, deve-se buscar ao máximo a implementação de direitos como o acesso à educação, saúde, etc, para os quais é indispensável a arrecadação tributária, com a

¹⁴³ Chamamos aqui de “fundamento sociológico” a razão pela qual, de fato, os contribuintes a recolherem os tributos, já que a sociologia estuda os fenômenos sobre um prisma causal (como é) e não normativo (como deve ser).

¹⁴⁴ Essa crítica também é feita por JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, que denuncia “o papel autoritário e reacionário do Estado e do direito periféricos, por trás da máscara do Estado social” (*Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 134). Conforme aponta o citado autor, os altos custos necessários à implantação de um Estado social apenas servem de justificativa à cobrança dos tributos a tanto necessários, mas não são satisfeitos porquanto utilizados no pagamento dos elevados serviços da dívida externa. (*Ob. cit.*, p. 137)

¹⁴⁵ *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

colaboração do contribuinte, também é certo que os julgados pautam-se pelo respeito à realidade material¹⁴⁶. A propósito do papel do julgador no Estado Social JURACI MOURÃO LOPES FILHO afirma:

O juiz do Estado social deve ser imparcial (manter uma eqüidistância das partes), mas jamais poderá ser neutro (indiferente ao fato de se, em sua decisão, estão ou não atuando as escolhas político-constitucionais, pois isso é um dado típico do processo voltado com exclusividade para a solução dos conflitos privados, o que não é o caso brasileiro). Ele deve ter, em verdade, um compromisso – tão determinado quando solucionar a controvérsia posta diante de si – em fazer que, naquele caso específico, haja um passo, ainda que pequeno, da coletividade rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional...¹⁴⁷

E essa realidade, no caso, não só aponta para o mau uso do dinheiro público por parte da Administração, como revela a prática de notórios abusos na cobrança e fiscalização dos tributos.

Seja como for, não se pode deixar de observar que atualmente o próprio Estado Social altera-se em sua organização. Não há como ignorar que este não tem mais a feição paternalista de outrora, tanto que, progressivamente, a Administração pretende diminuir direitos sociais antes tidos por inquestionáveis, tais como, por exemplo, a aposentadoria integral dos servidores públicos. Nessa nova organização, o próprio indivíduo e a sociedade assumem, cada vez mais, a responsabilidade pela solução de seus problemas, seja porque se precipitam em relação ao Estado, seja porque este se mantém mesmo inerte.

¹⁴⁶ Tratando da efetivação constitucional, Martônio Mont'Alverne Barreto Lima afirma que um dos grande desafios atuais é “concretizar as propostas inovadoras, sem abandonar a perspectiva do realismo, a fim de que não se remeta tudo a uma missão do sentimental e moralista idealismo.” (LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. “Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política”. Em *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 376)

¹⁴⁷ “A Administração da Justiça no Estado Social”, em *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros. 2006.p. 391.

A esse respeito, RICARDO LOBO TORRES observa:

Redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante, restando ao Estado agir subsidiariamente na sua função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem seus próprios problemas. De feito, o relacionamento entre Estado e Sociedade na fase do liberalismo social permite que se fale em uma sociedade de riscos, característica do Estado Subsidiário ou do Estado Democrático de Direito, que contrasta com a sociedade industrial, que dava sustentação ao Estado de Bem-estar Social ou Estado Providência.¹⁴⁸

Na prática, aliás, o Estado tem se esquivado mesmo do cumprimento de deveres que teoricamente não ousa afirmar que não seja seu, como a proteção da liberdade (direito fundamental de primeira dimensão). Tanto que os particulares têm buscado proteção através da contratação de segurança particular¹⁴⁹. Além disso, fazem-se planos de saúde também privada, constituem-se ONG (organizações não governamentais) para tentar realizar atos importantes à sociedade e cuja realização pelo Estado é omitida. Como observa BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS,

... na vertente conservadora, a idéia de retração de Estado traduziu-se, basicamente, na privatização das políticas sociais, criando assim novas possibilidades de valorização do capital. Mas traduziu-se também no apelo a ressurgimento da *Gemeinschaft*, das redes tradicionais de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo como forma de recuperar a autonomia coletiva que fora destruída ou considerada anacrônica quando, no período do capitalismo organizado, foi o Estado a prover às redes de segurança individual.

Na vertente progressista, a tônica recai na idéia de que o Estado-Providência, sendo embora a forma política mais benevolente do capitalismo, não pode assumir o monopólio do bem-estar social de que a sociedade necessita. Se algumas

¹⁴⁸ "A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar" em Revista eletrônica de Direito do Estado nº 4, p. 10. <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 19.01.2006.

¹⁴⁹ Alguns, na verdade, como noticiou a Folha de São Paulo, têm inclusive "contratado policiais militares para a proteção de seus bairros, em substituição aos tradicionais vigias de rua -que, por lei, são obrigados a trabalhar desarmados." (Folha de São Paulo. São Paulo, Classe média paga PMs para proteger bairro, quarta-feira, 26 de outubro de 2005. Seção Folha Cotidiano)

correntes empolam as deficiências do Estado-Providência – burocracias pesadíssimas, ineficácia devido à ausência de concorrência, corrupção crescente, novo autoritarismo e controlo (sic) social sobre os cidadãos dependentes, solidariedade duvidosa e, por vezes, injusta -, outras correntes acentuam o incompatível fardo financeiro do Estado-Providência, dado que, paradoxalmente, a actuação do Estado-Providência é mais solicitada em períodos (de elevado desemprego, por exemplo) em que a disponibilidade de recursos é menor (receitas fiscais mais baixas). Ambas as correntes, porém, coincidem quando reconhecem as limitações do Estado-Providência e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova sociedade-Providência. A idéia não é olhar para um passado que, provavelmente, nunca existiu, mas encarar a criação futura de um terceiro sector, situado entre o Estado e o mercado, que organize a produção e a reprodução (a segurança social) de forma socialmente útil através de movimentos sociais e organizações não governamentais (ONG's), em nome da nova solidariedade ditada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado pós-intervencionista oferecem garantia.¹⁵⁰

Nesse cenário, o discurso da necessidade de relativização de direitos dos contribuintes para fins de realização dos direitos sociais mostra-se claramente vazio, artificial e inválido.

Por outro lado, e essa idéia é central e da mais elevada importância, não há razão para, ao se pretender aumentar a carga tributária e aumentar a fiscalização sob o pretexto de viabilizar direitos sociais de segunda geração, criar ou elevar e cobrar tributos violando o núcleo dos direitos individuais do contribuinte, tais como a legalidade e o devido processo legal.

Isso porque se pode aumentar a carga, sem violar direitos dos contribuintes. Com efeito, é muito bem possível, por exemplo, aumentar a alíquota de tributos já existentes e cobrá-los mediante processo administrativo célere, processo este, aliás, cuja velocidade é dada notadamente pela Administração. Pode-se também elevar a carga através de normas coerentes e formalmente válidas, sem se utilizar de tantas medidas provisórias e, sem ficar

¹⁵⁰ *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciéncia, o direito e a política na transição paradigmática.* 2 ed. Porto: Edições Afrontamento. 2002. v. 1, pp. 145/146

a criar tributos novos, acarretando um sistema caótico, com leis complexas, que dificultam a defesa e a organização do contribuinte.

Na verdade, os que defendem o aumento descontrolado do poder fiscalizatório do Estado, bem como o aumento desmedido de seu poder de tributar, somente podem ser ou autoritários, pretendendo dar ares de legitimidade à arbitrariedade, ou bastante inocentes a ponto de ignorar que, como lembra GILMAR FERREIRA MENDES,

... 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.¹⁵¹

Exemplo desse abuso de poder tem-se com o uso indevido que o Governo Federal vem dando às contribuições, sociais e de intervenção no domínio econômico (CIDE). A jurisprudência realmente ainda não teve força para se unificar e limitar o poder do Estado nessa matéria, impondo o respeito a regras mais estritas, como, por exemplo, afirmando a necessidade de lei complementar para traçar normas gerais sobre as CIDEs, e *especialmente afirmando a necessidade de as contribuições de Seguridade Social integrarem orçamento autônomo e distinto do orçamento fiscal da União, nos termos do art. 165, § 5.º, III, da CF/88*. Alguns julgadores, especialmente quando se trata de CIDEs, parecem comovidos com a necessidade de criação de contribuições para que o Estado realize determinado fim de interesse social. Os fatos, porém, têm demonstrado que uma vez instituída e cobrada a contribuição, o valor respectivo muitas vezes é utilizado para outro fim distinto, continuando desassistida a realidade social que teria motivado a instituição do tributo.¹⁵²

Aliás, a realidade brasileira relativa às “contribuições” é mesmo muito ilustrativa do que estamos a dizer. E a responsabilidade da jurisprudência pela

¹⁵¹ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 32.

¹⁵² Confira-se, a propósito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Contribuições e Federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005, *passim*.

utilização exaustiva dessa espécie tributária pela União, e do seu desvio para finalidades outras que não aquelas que animaram sua criação, é denunciada, em termos bastante lúcidos, por FACURY SCAFF, que escreve:

Qual a consequência deste posicionamento do STF acerca da não-vinculação das contribuições? Pode-se elencar pelo menos duas muito importantes, e que se encontram interligadas:

a) A arrecadação tributária federal aumentou enormemente de 1988 para os dias atuais, centrada fundamentalmente na ampliação das incidências, das alíquotas e das bases de cálculo das contribuições, sejam sociais, de intervenção (CIDE) ou no interesse de categorias econômicas ou profissionais. E, curiosamente, o Brasil que tanto arrecada com base em argumentos de investimento no setor social, possui vários dos piores índices sociais do mundo. O jornal Folha de São Paulo (Manchete de 1.ª página de 19.10.2002) indica que nos últimos 08 anos o investimento nas atividades estatais de cunho social cresceu 20%, porém o incremento de arrecadação no mesmo período superou os 31%.

b) Ou seja, a argumentação de vinculação da arrecadação para utilização em atividades nas áreas sociais foi usada como mera retórica para impor uma arrecadação que, a pretexto de ser utilizada através de contribuições, foi, na realidade, efetuada através de *impostos travestidos de contribuições*. A razão fundamental para isso é a fuga que a União efetuou do Federalismo Participativo, que obriga a repartição das receitas arrecadadas de Imposto sobre a Renda e da Imposto sobre Produtos Industrializados com os Estados e Municípios. Desta forma a União teria o ônus político do aumento destes impostos, mas não receberia integralmente o bônus decorrente de sua arrecadação, que teria de ser compartilhada. Desta maneira, a *fuga* para um sistema de arrecadação através de contribuições, cuja vinculação aos motivos que ensejaram sua exação não lhe era cobrada, se constitui um subterfúgio seguro, pois alterações orçamentárias poderiam ser efetuadas com absoluta e plena liberdade pelos setores beneficiados pela modificação na destinação das receitas arrecadadas com estas contribuições.¹⁵³

Por outro lado, mesmo em países da Escandinávia, onde o Estado Social é modelo para os demais, e onde a população como um todo goza de excepcional qualidade de vida, a dimensão individual dos direitos fundamentais

¹⁵³ SCAFF, Fernando Facury. “Para Além dos Direitos Fundamentais do Contribuinte: o STF e a Vinculação das Contribuições”, em *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Alcides Jorge Costa*, coord. Luís Eduardo Schoueri, São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1141.

não é amesquinhada a pretexto de se realizar as demais. É o que relata PEDRO SISNANDO LEITE:

Na Escandinávia, ao contrário da nacionalização, há uma fé profunda na iniciativa privada. Na Suécia, 95% da indústria permanece sob o controle do setor privado e somente empresas herdadas de séculos ou décadas atrás, antes do governo trabalhista – como estradas de ferro – permanecem controladas pelo Estado. O mesmo ocorre com os negócios que estão inteiramente nas mãos da iniciativa privada. Segundo o sueco Myrdal, mais do que nos Estados Unidos da América do Norte, as garantias reais dos indivíduos são protegidas pelos direitos sociais, enquanto as organizações e instituições dos trabalhadores são parte do próprio Estado.

Enfim, o “socialismo” escandinavo é democrático, humano, voltado para o atendimento dos direitos individuais e do bem-estar econômico e social do seu povo.¹⁵⁴

Em síntese, conclui-se que realmente a necessidade de realização dos direitos sociais pode até autorizar o aumento da carga, bem como da fiscalização. Esse aumento, porém, deve e pode dar-se em respeito aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual¹⁵⁵ e ainda da forma menos gravosa possível, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Seja como for, no que diz respeito à relação dos direitos fundamentais dos contribuintes com a realização dos direitos fundamentais sociais, há ainda dado que não pode ser ignorado, quando se considera da realidade brasileira.

¹⁵⁴ Escandinávia: modelo de desenvolvimento, democracia e bem-estar. São Paulo: Hucitec. 1982, pp. 27-28.

¹⁵⁵ A propósito do tema, EDUARDO ARRUDA ALVIM conclui que “há, portanto, de existir uma convivência harmônica entre os procedimentos que outorgam competências tributárias às pessoas políticas e, por exemplo, aquêloutros consagrados no art. 5º do Texto Supremo. Dita harmonia, como enfatizado, decorre do regime de Estado de Direito em que vivemos, em que não apenas os administrados, mas o próprio Estado, submetem-se ao império da lei, sendo absolutamente inviável que as competências tributárias sejam exercidas de modo arbitrário, senão que as mesmas devem ser exercidas com estrito respeito aos limites rigidamente estabelecidos no Texto Constitucional, seja no que diz respeito, por exemplo, à escolha da base de cálculo de tributos, seja no que atina com o exercício da atividade tributária em respeito a outros princípios constitucionais.” (“Apontamentos sobre o Recurso Hierárquico no Procedimento Administrativo Tributário Federal” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octávio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 32)

Trata-se da minuciosidade com a qual a Constituição Federal delimitou as competências tributárias. Minuciosidade esta que torna a atividade da Administração tributária mais rígida. A propósito HUMBERTO ÁVILA observa que:

É preciso considerar, ainda, que os princípios constitucionais não têm o condão de criar poderes restritivos já regulados por outras normas. Eles têm em vez disso, a função de delimitar os contornos do exercício dos poderes previstos nas regras constitucionais de competência.

(...)

Tivesse sido outra a técnica normativa adotada pela Constituição Federal brasileira, até poderia haver espaço de ampla liberdade para o legislador infraconstitucional instituir tributos sobre quaisquer fatos. Contudo, não foi essa a escolha da Constituição brasileira. O intérprete pode até não gostar, mas não pode pura e simplesmente desconsiderá-la.¹⁵⁶

Podem alguns criticar esse detalhamento, afirmando que a Administração necessita de maior liberdade para se tornar mais eficiente. Que em alguns países, por exemplo, o poder de tributação e fiscalização é maior, sendo também mais amplo o acesso da Administração, de um modo geral, aos dados dos contribuintes. Ainda que assim o seja, é preciso cuidado ao se pretender importar modelos de tributação de países mais desenvolvidos para o Brasil.¹⁵⁷ Realmente, da mesma forma que ocorre com outros tipos de importações, também a importação de doutrinas e comportamentos deve ser feita de forma criteriosa, verificando-se sua adequação para a nova realidade

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 72

¹⁵⁷ OCTÁVIO CAMPOS FISCHER, na mesma linha de HUMBERTO ÁVILA, observa que: "A Constituição de 1988 encarregou-se, porém, de delinear até que ponto o Poder Público pode ir em busca de suas receitas. Trata-se de um arcabouço normativo bastante extenso e minucioso, que em muito dificulta a atividade daquele. Por isso, talvez, fala-se que a Constituição é 'ingovernável'. É perfeitamente compreensível, mas jamais justificável, o incômodo que uma Constituição, tão analítica e rigorosa, possa provocar naqueles que representam o Poder Público. Afinal, ela não deixa que se governe livremente. Mas, tal como estamos convictos de qualquer Constituição estrangeira não seria melhor par ao Brasil que a Constituição de 1988, também estamos certos de que esta não serviria em países desenvolvidos, onde já há uma maior consciência da importância da Constituição e dos direitos fundamentais como meios de realização do Estado Democrático de Direito." ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário" em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 280)

subjacente.¹⁵⁸ A não ser assim, corre-se o risco de se realizar importações não apenas inúteis, mas prejudiciais.

A Constituição italiana, por exemplo, é pouco detalhada, sendo que nela a consagração do princípio da capacidade contributiva, como informam RENATO ALESSI e GAETANO STAMMATI, presta-se, sobretudo, como fundamento para a tributação.¹⁵⁹ Já no Brasil, esse mesmo princípio, apesar de poder ser entendido como autorizador da tributação até o limite da capacidade econômica do contribuinte (é este, aliás, o termo empregado pela CF/88), tem por fim precípuo impedir que os tributos extrapolem essa capacidade econômica. É, portanto, mais uma limitação ao poder de tributar, do que uma determinação para tributar, não podendo ser invocado para legitimar uma “relativização” da legalidade e uma tributação por analogia, por exemplo. Aqui no Brasil, realmente, referido princípio “possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma graduação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento do imposto.”¹⁶⁰ O princípio da capacidade contributiva é realmente otimizado quando se tratar da progressividade nos tributos. Seu mandamento, portanto, não é **onde houver capacidade econômica tribute ainda que à margem da lei (por analogia)**, mas sim **quando for tributar, em observância às limitações constitucionalmente traçadas, gradue**.

¹⁵⁸ Sobre a necessidade de se ter esse cuidado no estudo do Direito Comparado, JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que “a recepção de normas, instituto e instituições do Direito Constitucional estrangeiro pelo Direito Constitucional interno há de fazer-se à sua integração e harmonia com a realidade do país receptor.” (“Direito Constitucional Comparado e processo de reforma do Estado” em *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros. 2006.p. 362)

¹⁵⁹ No original, afirmam: “Nel nostro ordinamento costituzionale la potestà tributaria considerata in astratto si fonda sostanzialmente sull’art. 53 della Costituzione, che sancisce il dovere dei cittadini di contribuire alle spese pubbliche in relazione allá loro capacità contributiva. (...) Appunto in quanto potestà da esercitarsi sul piano legislativo, la potestà tributaria, considerata sul piano astratto, presenta la caratteristica della più ampia discrezionalità, non conoscendo, sul piano giuridico, altri limiti se non quelli che derivano dall’ordinamento costituzionale” (ALESSI, Renato; STAMMATI, Gaetano. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET. 1965. p. 30)

¹⁶⁰ Notícia referente ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 423.768/SP, relatado pelo Min. Marco Aurélio, constante do *Informativo STF* n.º 433.

Além disso, sabe-se que quanto mais desenvolvida é uma sociedade, mais conhecimento seus integrantes têm dos limites do poder, sendo também maior a coragem para desafiar as autoridades que, no entender de alguns cidadãos, extrapolam o poder funcional. No Brasil, a recente ditadura associada ao baixo grau de instrução dos cidadãos sobre seus direitos, deixa os detentores de poder, com ainda mais poder, advindo não apenas do que o cargo legitimamente atribui, mas também do receio que a ignorância sobre os limites de sua função impõe. Nesse contexto, a atribuição genérica de poder à Administração tributária, em desprezo ao delineamento preciso traçado pela Constituição¹⁶¹, é armadilha perigosa, eis que viabiliza a instauração do arbítrio. Armadilha esta que ainda pode trazer caos para a economia, ante a imprevisibilidade sobre formas de tributação. Esse caos, por sua vez, afasta investimentos no Brasil a longo prazo (como, por exemplo, a instalação de indústrias que geram empregos) e propiciam investimentos voláteis (de cunho eminentemente especulativo), situação que inegavelmente contraria os anseios do Estado Social.

¹⁶¹ Ainda no que diz respeito à importação de doutrinas e considerando a minuciosidade da Constituição brasileira, é de se observar que o simples fato de haver mais normas regulamentando a relação tributária faz com que dispositivos com igual redação em outras constituições tenham significado distinto quando considerados no contexto brasileiro. Como doutrina JORGE MIRANDA “nenhuma fração de qualquer sistema jurídico vive por si, de sorte que pensar tão-somente nas normas que lhe correspondam, sem ao mesmo tempo pensar nas que com ela constituem um todo orgânico, é decompor a realidade, seccioná-la mais ou menos arbitrariamente.” (*Notas para uma Introdução ao Direito Constitucional Comparado*, Lisboa, 1970, p. 46)

PARTE II. O INTERESSE PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR NA RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS.

1. INTERESSE PÚBLICO E PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE INTERESSES PRIVADOS. CONCEITO E PERTINÊNCIA

1.1. Noções iniciais

Do exposto acima, vimos que a relativização de direitos e garantias dos contribuintes, nos últimos tempos, tem, por vezes, se dado de forma irresponsável e mais ampla do que o possível, em prejuízo do cidadão. Isso tanto porque nem todos os direitos dos contribuintes enumerados na Constituição têm estrutura de princípio e podem ser sopesados, como porque mesmo os que têm tal estrutura possuem limite irredutível (núcleo dos direitos fundamentais), muitas vezes ignorado, como especialmente porque a *forma* como esse sopesamento ocorre deve ser proporcional, e rationalmente justificada.

Importa, agora, analisar o pretendido sopesamento de referidos direitos frente ao interesse público ou mesmo ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Para avaliar os limites e a validade dessa relativização de direitos, consideraremos, além das premissas antes traçadas, as próprias limitações impostas pelo uso do termo “interesse público” e pela “supremacia do interesse público sobre o particular” no debate jurídico, bem como a posição de ambos frente aos direitos e garantias fundamentais.

Sim, pois, é de se questionar: considerando que, como também vimos na parte anterior, os direitos fundamentais, veiculados em normas com estrutura de princípio, podem ser sopesados, mas desde que sejam colocados do outro lado da balança outros direitos fundamentais, podem, assim, o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular ser colocados como pesos no lado oposto da balança ao de um direito fundamental?

Na tentativa de realizar referida análise e responder a esse questionamento, desenvolvem-se os tópicos seguintes.

Antes, porém, não podemos deixar de alertar para o fato de que grande problema no que diz respeito ao uso do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular no debate jurídico está na equivocada pré-compreensão que muitos têm do significado de ambos. E é importante enfrentar o equívoco da pré-compreensão, pois, como alerta HELENILSON CUNHA PONTES “cumpre ao intérprete ter consciência das razões que o levam a iniciar a comunicação com o texto”¹⁶² já que esse fator será determinante na compreensão final.

No caso, a pré-compreensão que muitos têm do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular é de algo que visa a beneficiar o maior número de pessoas possível, algo com sentido democrático e, portanto, desejável. Ocorre que exatamente por transmitir essa pré-compreensão, a prática demonstra que a invocação de ambos se dá de forma oportunista. Realmente, valendo-se da rápida velocidade com que os discursos são travados atualmente e da carga democrática que referidas expressões transmitem em um primeiro momento, o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular são invocados para, com comodidade, atribuir-se ares de legitimidade aos mais variados atos praticados pelo Fisco.

É indispensável ter noção dessa malícia no discurso que envolve o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular, até porque mesmo os mais arbitrários não têm coragem de, abertamente, defender arbitrariedades. Como observa AUGUSTÍN GORDILLO,

... essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente; inclusive é possível que se expresse

¹⁶² PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. 2000. p. 14

com veemência sobre os abusos dos poderes públicos e o respeito às garantias individuais¹⁶³

A invocação, portanto, tanto do interesse público, como da supremacia do interesse público sobre o particular precisa ser repensada, como se demonstra a seguir. O intérprete deve se precaver para não cair na armadilha da pré-compreensão plantada de má-fé no discurso.

1.2. O termo “interesse público”

1.2.1. A invocação demasiada

A invocação do termo interesse público em questões tributárias é, quase, um lugar-comum, e, exatamente, por isso, dá-se mediante uma aceitação silenciosa, sem que as pessoas discutam-na. Assim, tanto se reflete pouco sobre os prejuízos que tal invocação traz à justiça tributária, como, consequentemente, preocupa-se pouco em justificar a pertinência da invocação.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, em texto sobre o significado do termo “interesse público”, afirma exatamente que o mesmo é lugar-comum no vocabulário jurídico e que

... a força do lugar-comum está, portanto, exatamente numa espécie de aceitação silenciosa. É aí que ele convence! Quanto mais temos de explicar o lugar-comum, menos força ele tem.¹⁶⁴

Invocação com essa abrangência, porém, não pode ser aceita pela Ciência do Direito. Além de implicar o desmoronamento de vários conceitos construídos a muito custo pelos cientistas do Direito Tributário, traz

¹⁶³ *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 50.

¹⁶⁴ “Interesse Público” em *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*, Ano I, nº 1. São Paulo: Centro de Estudos da PRT 2ª Região, 1995, p. 10.

insegurança às relações jurídicas, porque pode levar ao próprio desprezo das normas estabelecidas.

MARIE-PAULINE DESWARTE observa que, apesar do aumento do uso do “interesse público” na fundamentação de decisões administrativas e judiciais, sempre houve uma certa restrição ao seu uso, exatamente porque sua imprecisão pode possibilitar a violação ao Direito. Em suas palavras « les réticences à son admission ont toujours été vives tant ou sein du País-Royal que dans la doctrine: la notion, par son imprécision, permettrait d'échapper au respect du droit.”¹⁶⁵

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no mesmo sentido, observa que, muitas vezes, a invocação do termo interesse público presta-se à realização de “um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos.”¹⁶⁶

Analizando o fenômeno “opinião pública” enquanto objeto de estudo da Ciência Política, PAULO BONAVIDES faz observação que, em nossa compreensão, é também aplicável ao termo “interesse público”, no que diz respeito à sua apresentação mutável conforme a ideologia de quem o anuncia. Em suas palavras, afirma que

... na literatura política, é comum deparar-se-nos com a opinião de uma classe, ora de toda a nação (opinião de todos), ora simplesmente da maioria dominante ou ainda das classes instruídas, em contraste com as massas analfabetas.¹⁶⁷

Para logo num primeiro momento constatar a imprestabilidade da invocação genérica do interesse público, basta considerar que, em regra, é nos

¹⁶⁵ DESWARTE, Marie-Pauline. “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, em *Revue Française de Droit Constitutionnel et de la Science Politique em France et a l'étranger*, nº 13. Paris : Presses Universitaires de France – PUF, 1993. p. 23.

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 10-11.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 446.

regimes autoritaristas que tal invocação acontece de modo mais corriqueiro. É o que nos mostra a história, antiga e recente, tanto universal como brasileira.¹⁶⁸

Ilustrativa mostra da invocação do termo “interesse público” para fins ditatoriais nos é dada por GEORGE ORWELL, em seu conhecido *A revolução dos bichos*, obra na qual, em face das deturpações por que passou o comunismo soviético, ORWELL tenta, através de fábula, mostrar os absurdos do totalitarismo stalinista, denunciando os caminhos distorcidos do poder ilimitado e da dominação exercida em nome da liberdade e da igualdade. Em referida história, há momento em que os líderes da revolução tomam apenas para si o alimento que deveria ser distribuído entre todos. Ao tentar justificar seu ato, afirmam que só ficaram com a comida porque, na condição de líderes, precisam de melhor nutrição para governar melhor. Assim, na verdade, o ato foi realizado não em causa própria, mas pelo bem-estar de todos, ou seja, em nome do interesse público.¹⁶⁹

Ainda a propósito, relativamente a invocações genéricas do termo “interesse do povo” para realizar atos, em verdade, ilegítimos, pertinente é a afirmação de KARL R. POPPER segundo a qual

... democracia na acepção de “governo pelo povo” praticamente nunca existiu, e nos casos em que existiu foi uma ditadura arbitrária e não responsabilizada. Um governo pode e deve ser responsável perante o povo. O governo pelo povo não pode existir. Não pode ser responsabilizado.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Cuidando de ocorrência que nos é mais próxima, tanto geográfica como cronologicamente, ELO GASPARI relata que, durante a ditadura militar implantada após o golpe de 1.º de abril de 1964, havia pendurada nos elevadores da polícia paulista uma placa com os dizeres: “Contra a Pátria não há direitos.” Essa frase demonstra que, em períodos autoritários, a Pátria (ou, mais propriamente, quem age em nome dela) arroga-se nos conhecimentos plenos do que seja melhor para o povo, razão pela qual não teria sentido questionar suas decisões, ainda que violadoras de normas expressas. (*A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras. 2002, p. 17)

¹⁶⁹ *A revolução dos bichos*. Tradução Heitor Aquino Ferreira. 2.ed., 21 reimpressão. São Paulo: Globo. 2003. p. 33.

¹⁷⁰ *A Vida é Aprendizagem. Epistemologia evolutiva e Sociedade Aberta*. Tradução de Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 11.

Dessa forma, importa não apenas procurar entender seu significado, mas também exigir que os atos administrativos e decisões judiciais que nele se fundamentam – quando isso for possível, conforme adiante será visto – justifiquem a pertinência da invocação em cada caso.

1.2.2. A indeterminação do conceito de interesse público e sua invocação genérica

Ao mesmo tempo em que se busca limitar o uso do termo interesse público, é forçoso reconhecer sua grande abrangência, face à indeterminação conceitual.

Vários autores afirmam, por exemplo, que interesse público é o mesmo que bem comum¹⁷¹. Mas bem comum também é termo de conceito vago, bastante amplo. Não se pode negar, realmente, que, a depender do caso, o interesse público pode realizar-se de forma distinta. O próprio ordenamento insere-o nos mais diversos textos normativos, como, por exemplo, na Constituição, e na legislação processual, conforme será indicado a seguir.

De todo modo, o certo é que não é o fato de se ter dificuldade em conceituar determinada realidade que nos impede de, com segurança, afirmar que esta mesma realidade não se verifica em dadas situações. Tratando de termos com conceito indeterminado, como ‘provisória’ ou ‘ampla’, HUMBERTO ÁVILA adverte que “ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam.”¹⁷²

¹⁷¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003, p. 243; BORGES, Alice Gonzalez. “Interesse público: um conceito a determinar” em *Revista de Direito Administrativo* nº 205. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. pp. 109/116; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1998, p. 351-352. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 27.

¹⁷² *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 25.

Precisamente em relação ao conceito de interesse público, alguns, como GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, referindo-se à classificação feita por ROGÉRIO SOARES, entendem que se trata de conceito-tipo ou conceito verdadeiramente indeterminado, porque

... não aponta para uma classe de situações individualizáveis, mas invoca um tipo difuso de situações da vida, um domínio de factos e valores, em relação ao qual os acontecimentos concretos se manifestam apenas como manifestações ou expressões.¹⁷³

Ainda acolhendo as lições de ROGÉRIO SOARES, GERMANA DE OLIVEIRA MORAES divide os conceitos indeterminados em dois tipos: conceitos classificatórios e conceitos-tipo. Nos primeiros são envolvidos apenas juízos objetivos no processo de interpretação. Já os conceitos-tipo demandam valoração subjetiva. Além disso, observa que os conceitos indeterminados podem ainda se diferenciar em duas categorias: vinculados e não vinculados. Nos vinculados, a indeterminação decorre ou da imprecisão da linguagem ou da contextualidade, ou ainda envolve a avaliação de uma situação atual, não-prospectiva de fatos presentes. Os não-vinculados, por sua vez, podem ser discricionários ou de prognose (conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados). Os não vinculados discricionários são aqueles que envolvem conflito de valores. Os não vinculados de prognose não necessariamente envolvem conflitos de valores, mas sempre demandam uma avaliação prospectiva (com antevisão de efeitos futuros) das circunstâncias de fato.¹⁷⁴

Assim, para concretizar o interesse público, a Administração possuiria *poder discricionário*, poder este que, segundo GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, muitas vezes foge ao controle do Judiciário, caso trate-se de decisão

¹⁷³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, Dialética, São Paulo, 1999, p. 62. Sobre o assunto, ver também as lições de KARL ENGLISH, no capítulo intitulado “Direito dos juristas, conceitos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário” (pp. 205-255) do livro *Introdução ao pensamento jurídico*, 8 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.*, pp. 68-71.

“resultante das incertezas de avaliação da situação concreta”¹⁷⁵ e não apenas de incertezas “condicionadas pela imprecisão da linguagem”¹⁷⁶.

Outros, porém, como GARCÍA DE ENTERRÍA, discordam do entendimento de que haveria uma área de livre atuação para a Administração em face do uso de conceitos indeterminados na lei. Afirma o citado autor que “ao se insistir sobre a diferença qualitativa entre Política e Administração se está dizendo algo óbvio, mas é uma petição de princípio pretender arrancar desta diferença material uma diferença de regime jurídico.”¹⁷⁷ E, ao tratar do significado do termo interesse público conclui que tanto ele, como o interesse geral, são

... guias claros que o constituinte utiliza para organizar instituições ou atuação públicas. De modo algum poderiam ser interpretados, precisamente, como expressões que habilitem aos titulares dos poderes públicos para equipará-los ao que o seu bem querer ou sua imaginação podem sugerir, como habilitadores de uma verdadeira discricionariedade, em sentido técnico, segundo a qual qualquer opção entre as alternativas seria legítima.¹⁷⁸

No mesmo sentido, apesar de não enfrentar o tema sob a ótica jurídica, PAUL GRICE ensina que, a depender das condições e do contexto em que as palavras e as sentenças são usadas ou pronunciadas, é sempre possível determinar o significado das mesmas, caso se atente exatamente para as peculiaridades dessas condições e desse contexto, e aplique-se os princípios da cooperação no diálogo. Em suas palavras, afirma

¹⁷⁵ Para GERMANA MORAES “Não há como negar a existência de uma categoria de conceitos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. A melhor base teórica para a identificação desses conceitos insindicáveis judicialmente é aquela proposta por Walter Schmidt e aprimorada por Sérvulo Correia: as decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impensáveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno.” (Ob. cit., p. 76)

¹⁷⁶ Ainda nas palavras de GERMANA MORAES, “quando a indeterminação resulta da imprecisão da linguagem, a aplicação dos conceitos indeterminados está no domínio da atividade vinculada”. (Ob. cit., p. 71)

¹⁷⁷ ENTERRIA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. 3. ed. 2. reimp. Madrid: Civitas, 1995, p. 56 – tradução livre.

¹⁷⁸ ENTERRIA, Eduardo García de. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 7 número 25, julho/dezembro de 1996, p. 31 – tradução livre

I wish, rather, to maintain that the common assumption of the contestants that the divergences do in fact exist is (broadly speaking) a common mistake, and that the mistake arises from inadequate attention to the nature and importance of the conditions governing conversation.¹⁷⁹

Seja como for, vale dizer, seja a indeterminação do conceito de interesse público atribuidora ou não de insindicabilidade aos atos administrativos, o certo é que essa mesma indeterminação, em qualquer caso, longe de autorizar a invocação genérica do termo, exige uma *ainda maior* fundamentação das decisões, judiciais ou administrativas, que nele eventualmente se baseiem. De fato, mesmo considerando que, topicamente (diante de situações concretas), o interesse público seja conceito verdadeiramente indeterminado, que aponta para distintas situações em cada caso, para invocá-lo corretamente seria indispensável que se demonstrasse porque que a medida eleita/aceita realizo, demonstrando, conseqüentemente, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade do ato administrativo para a realização do interesse público no caso questionado.

Na verdade, deve-se observar que o interesse público serve para limitar o poder de atuação da administração e não o contrário. É claro que, como órgão que pode realizar o interesse público, a Administração goza de prerrogativas, mas estas, evidentemente, estão vinculadas à verdadeira realização do interesse público, demandando, por isso mesmo, uma maior fundamentação dos atos administrativos. Como afirma MARIE-PAULINE DESWARTE, «l'intérêt général, oeuvre du législateur, du juge, défini par la politique du gouvernement, est devenu la 'substance nourricière de l'administration' permettant un contrôle 'attentif' de son action par le juge administratif.»¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Studies in the way of words*, Cambridge (MA): Harvard University Press. 1989. p. 24.

¹⁸⁰ DESWARTE, Marie-Pauline. "Intérêt Général, Bien Commun" em *Revue du Droit Public*, nº 5. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1988, p. 1291.

1.2.3. O termo interesse público no sopesamento de direitos e garantias fundamentais

Nesse ponto, a primeira observação a ser feita é a de que o interesse público não se contrapõe aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, e nem mesmo, necessariamente, contrapõe-se aos interesses de cada cidadão. Em outros termos, não há um interesse público autônomo alheio ao interesse dos membros da sociedade.

É certo, realmente, que o interesse público não pode ser confundido com a soma dos interesses individuais, até porque estes podem ser diversos e a soma deles não terá por resultado algo mensurável. Determinados indivíduos podem, de fato, desejar egoisticamente algo que seja considerado desvantajoso para a maioria dos demais membros da coletividade. Por outro lado, não se pode ignorar que há certa comunhão de interesses entre os vários indivíduos de dada sociedade, e que o germe do que se chama interesse público está justamente nessa comunhão, que, apesar de não ser a soma dos interesses individuais está atrelada ao que há de comum nos interesses de cada qual. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, a propósito do conceito de interesse público, ensina que,

na medida em que se fica com a noção um tanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a compostura deste interesse tão amplo, acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que trata de um interesse *a se stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.

(…)

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 um das partes que o compõe. 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 o anti-interesse e cada um.¹⁸¹

¹⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 51.

Com efeito, se o interesse público pudesse ser desvinculado inteiramente do interesse dos indivíduos historicamente considerados, quem poderia ser apontado como formador desse público possuidor de algum interesse? O nada, um governante, uma grande massa de pessoas sem vontade individual? Em qualquer dos casos, ou tratar-se-ia de absurdo, ou de autoritarismo.

Além disso, dado muito importante a se considerar, e que será melhor explorado quando tratarmos do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, é o de que os direitos, consagrados em normas, já são *frutos do sopesamento de interesses*. E que, na verdade, é do interesse público, do interesse do povo, o respeito aos direitos individuais, como por exemplo, o direito de propriedade, o direito à legalidade etc.¹⁸²

Aliás, a afirmação de que os direitos já são fruto do sopesamento de interesses coincide com a explicação dada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao tratar do interesse individual enquanto desejo vivo no ser humano ciente da importância de determinados bens e institutos sociais indispensáveis à sua saudável vida, mesmo individualmente considerada. Sim, porque, como afirma o referido administrativista, por mais que determinado indivíduo possa não ter interesse em ver sua terra desapropriada,

... não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação... é óbvio que cada indivíduo terá pessoal interesse em que exista dito instituto, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos etc., cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los.¹⁸³

¹⁸² Além disso, os direitos fundamentais valem por si.

¹⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Ob. cit.*, p. 52.

Atualmente, afirma-se bastante que não pode haver uma dicotomia entre a pessoa, considerada em sua dimensão individual e em sua dimensão social. De que o homem existe não só para si, mas para a sociedade. Justo por conta disso, não há também como aceitar uma dicotomia entre o interesse público e os direitos fundamentais, considerados em sua dimensão individual. Se, por um lado, a pessoa não é dotada de uma liberdade independe da realidade social, o público tem de conviver com a preservação do indivíduo. A propósito, PIETRO PERLINGIERI observa que “O interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante.”¹⁸⁴

Aliás, sobre a dicotomia entre “público” e “privado”, TERESA NEGREIROS lembra que

num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legítima a oposição entre o público e o privado... Exatamente por isso, não pode a natureza (qualidade) do interesse, se público ou privado, servir de critério geral e apriorístico para o fim de resolver conflito entre princípios. Os chamados direitos fundamentais do homem, como já aludido, constituem o substrato da tutela da dignidade da pessoa humana, consubstanciando princípios que, no entanto, ora têm em vista predominantemente a dimensão individual ora a dimensão social da pessoa, sem que uma e outra, possam em tese e abstratamente, ser relacionadas em termos de uma hierarquia lógica de preponderância.¹⁸⁵

Em seguida, essa mesma autora conclui que

em harmonia com o percurso histórico antes relatado, a estruturação valorativa do sistema jurídico, orientado teleologicamente em função tutela da pessoa humana, importa a superação do individualismo, sim, mas não a substituição deter por um coletivismo ou um estatismo totalitários igualmente inconciliáveis com a proteção da dignidade dos sujeitos sociais.¹⁸⁶

¹⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 284.

¹⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. “A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios”, em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 370

¹⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. *Ob. cit.*, p. 378.

Ora, como se afirmou na parte I, todo o Ordenamento Jurídico na atualidade, partindo da Constituição Federal, tem por fim garantir a dignidade da pessoa humana, e não se pode, evidentemente, considerar digna a pessoa que, para conviver com o público, tenha de abdicar de sua personalidade, de seus direitos à livre manifestação de pensamento, à intimidade, etc. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a propósito, entende que o termo “interesse público” reveste caráter axiológico, pois deve ter por fim a promoção da dignidade do ser humano.¹⁸⁷

Além disso, como também se afirmou anteriormente, os direitos fundamentais mesmo considerados em sua dimensão individual possuem dimensão não apenas subjetiva, mas também objetiva, ou seja, são pauta de valores de interesse da sociedade enumerados pelo Ordenamento na Constituição. Em outros termos, sua preservação e observância é do interesse público.

Seja como for, outra observação relevante quanto à invocação do interesse público no sopesamento de direitos e garantias fundamentais do contribuinte é o de que não existe um “princípio do interesse público”¹⁸⁸ que autorize seu sopesamento direto com outras normas. Sim, porque, como vimos acima, na parte I, o sopesamento deve, evidentemente, dar-se entre normas. A relativização do direito fundamental de um contribuinte com estrutura de princípio, por exemplo, ocorre face à outra norma com igual estrutura. Assim, não existindo o princípio em questão, é até impreciso afirmar-se que determinado direito do contribuinte deve ceder, seja no plano abstrato ou concreto, face ao interesse público. A propósito, mesmo para aqueles que

¹⁸⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 157.

¹⁸⁸ Há, porém, que se refira ao termo interesse público, como princípio do interesse público, como é o caso de JOSÉ EDUARDO FARIA, “A Definição do Interesse Público” em *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. Organizador: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 79-90.

estão a raciocinar com o pretenso princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (a ser examinado mais adiante), vale a ressalva, já feita na introdução, de que este não se confunde com o termo interesse público.¹⁸⁹

Apesar dessa imprecisão, é comum a realização desse sopesamento, como se observa de trecho da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) O sigilo bancário, como não se configura em direito ilimitado ou absoluto, pode ser quebrado em nome do interesse público ou do interesse social e para a regular administração da justiça. Não há perder de perspectiva, no entanto, que o interesse que protege a pessoa está expressamente elencado entre as garantias individuais, de sorte que o interesse público, social e o da distribuição de justiça, para justificar o sacrifício daquele, deverá emergir estreme de dúvida (cf. "O processo e a quebra do sigilo bancário". Artigo da autoria deste Magistrado publicado no Informativo da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 13, n. 1, p. 27-56, jan/jun 2001)...”¹⁹⁰

Ressaltamos, aqui, que não estamos discutindo a *conclusão* do julgado¹⁹¹ acima parcialmente transscrito, mas os seus fundamentos. Na verdade, se os direitos fundamentais do contribuinte cedem diante de outros direitos fundamentais (de outros cidadãos), poder-se-ia justificar a citada decisão afirmando-se, por exemplo, a necessidade de se sopesar o direito ao

¹⁸⁹ O termo pode até estar inserido no pretenso princípio, mas, até por isso, este é mais amplo, e ambos têm funções distintas no debate jurídico.

¹⁹⁰ Ac. un. da 2^a Turma do STJ – rel. Min. Franciulli Netto – AgRg no Ag 445996/PR – DJ 20.06.2005, p. 192

¹⁹¹ No que diz respeito ao sigilo bancário, entendemos ser possível a sua quebra. Apenas discordamos que a mesma seja efetuada diretamente pela Administração. As pessoas que sustentam a possibilidade de quebra pela própria Administração, geralmente, iniciam seu discurso afirmando que atualmente não se pode mais sustentar que o direito ao sigilo seja absoluto, como se fosse essa a questão debatida. E assim o fazem para que, de pronto, o ouvinte do discurso fique do seu lado, já que atualmente não se sustenta mais a impossibilidade de quebra (veja-se, por exemplo, CAVALCANTE, Denise Lucena. “A Previsão Constitucional de Compartilhar Cadastros e Informações Fiscais e a Questão do Sigilo Fiscal” em *Reforma Tributária: Emendas Constitucionais nº 41 e nº 42, de 2003, e nº 44, de 2004*. Org. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. pp. 132-149). Entendemos que o discurso sobre o assunto deve ser mais claro. O que se põe em questão em relação à possibilidade de quebra pela Administração diz respeito à necessidade de um terceiro desinteressado intermediar a quebra, no caso, o Poder Judiciário. Até porque se a Administração tivesse acesso direto aos dados e pudesse quebrá-lo sempre que entendesse necessário, o direito ao sigilo não seria apenas “sopesado”, mas abolido, em relação à Administração tributária, sempre que ela assim desejasse.

sigilo de dados de determinado cidadão com o direito à igualdade na tributação, por parte dos demais cidadãos, mas, não, repita-se com o “interesse público”.

Pode-se imaginar que, praticamente, não há motivo para essa distinção – sopesar direitos fundamentais com o interesse público ou sopesá-los somente com outros direitos fundamentais. Mas há. Principalmente, no que diz respeito à segurança no debate jurídico.

Ante a indeterminação e a vaguidade do termo “interesse público”, ao admitir-se seu sopesamento com direitos e garantias fundamentais, afastam-se, com mais facilidade, normas cujo sentido é mais claro. Em consequência, corre-se o risco de alterar ou limitar além do necessário as normas que declaram direitos e estabelecem garantias fundamentais.

Tratando da ponderação de direitos fundamentais em matéria tributária, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER anota que

... à primeira vista, no direito tributário, seria difícil vislumbrar um conflito de direitos fundamentais, pois o choque de interesses se dá entre um direito do contribuinte e uma pretensão patrocinada pelo Poder Público. Não há disputa entre particulares e, portanto, entre direitos fundamentais, já que é daqueles a exclusiva titularidade destes. O problema poderá surgir se considerarmos que, por trás do interesse público defendido pelo Fisco, há um direito fundamental que, também, está a ser protegido. É o caso da imunidade do art. 150, VI, ‘c’ da CF/88, que, para alguns, não pode ser aplicada quando ofender o princípio da livre concorrência. Aqui, sim, será necessário analisar as peculiaridades concretas do caso, para concluirmos se deve ou não haver imunidade. Contudo, não me parece muito adequada a imediata e impensada transposição dessas considerações para o direito tributário. Porque não concebemos balanceamento de valores que possam autorizar uma tributação para além dos limites constitucionais (direitos fundamentais); por exemplo, para onde já não exista mais capacidade contributiva ou uma tributação com efeito de confisco, para o fim de realizar determinado interesse público.¹⁹²

¹⁹² FISCHER, Octávio Campos. “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octávio Campos Fischer. São Paulo: Dialética. 2004. p. 282.

Por mais que referidas normas – que consagram direitos fundamentais – possam ser também de significação ampla, e ainda aferível apenas em cada caso concreto pelo intérprete, não se pode negar que são muito mais explícitas e precisas do que o termo interesse público. Examinando a questão, ALEXANDRE SANTOS DO ARAGÃO faz a seguinte observação:

Deve ser dada prioridade aos argumentos jurídicos que mais possam ser objetivamente condivididos coletivamente, em detrimento das afirmações mais genéricas, mais ligadas às concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador. Isso faz com que devam ser prestigiados os argumentos mais ligados ao texto da regra a ser aplicada do que os argumentos de caráter não estritamente jurídico, da mesma forma que, em um conflito entre regra e princípio da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela que tem a natureza de uma prévia ponderação dos valores envolvidos feita pelo poder político *a priori* legitimado para tanto, o próprio Constituinte ou o Legislador. Apenas a ausência de regra constitucional ou legal específica pode abrir ao Poder Judiciário ou à Administração a possibilidade de efetuar a sua ponderação de valores envolvidos na questão.¹⁹³

Em verdade, em relação ao termo interesse público, o que há são *normas jurídicas* que o trazem em seu bojo, e que, quando muito, dariam uma certa margem de liberdade de atuação à Administração ou ao Juiz no momento da aplicação dessas normas jurídicas. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 82, III, do CPC, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir “(...) nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”¹⁹⁴. Ainda no CPC, a expressão é empregada nos arts. 155, I;¹⁹⁵ 405, § 2.º, I;¹⁹⁶ 555, § 1.º;¹⁹⁷ e 888, VII.¹⁹⁸

¹⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos do. “A ‘Supremacia do Interesse Público’ no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. pp. 10-11.

¹⁹⁴ Art. 82, III, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 9.415, de 23.12.1996. Com relação a esse artigo, é muito importante observar – para demonstrar a distinção entre o interesse público e o interesse arrecadatório da Fazenda Pública – a interpretação que lhe têm dado o Ministério Público e o Poder Judiciário. Voltaremos ao tema mais adiante.

¹⁹⁵ “Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; (...)"

Na Constituição, o uso do termo “interesse público” também pode ser encontrado. Importa observar, contudo, que em nenhum dos casos o termo está associado ao interesse arrecadatório da Fazenda Pública, ou mesmo a interesses do Estado. É o caso, por exemplo, do art. 19, I, da Constituição, que vedava alianças entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios com igrejas, “ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”, colaboração esta que é entendida como, v.g., construção de hospitais, asilos etc.¹⁹⁹ Podem

¹⁹⁶ “Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. (...) § 2º São impedidos: I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”

¹⁹⁷ “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)”

¹⁹⁸ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.”

¹⁹⁹ Tanto IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (em BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, São Paulo: Saraiva. 1992, v.3, t. 1, p. 37), como MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva. 1990, v. 1, p. 145), associam a “colaboração de interesse público”, no contexto do art. 19, I, da CF/88, a obras realizadas por alguma instituição religiosa com propósito nitidamente secular, e, mesmo assim, ressalvam a máxima atenção a ser dada ao dispositivo, a fim de impedir que pela indeterminação do termo interesse público, nele expressamente empregado, se viole a regra geral – e conquista de uma sociedade civilizada e *livre* - de separação entre Estado e religião.

ser citadas, ainda, as referências contidas nos arts. 37, IX;²⁰⁰ 66, § 1.º;²⁰¹ 93, VIII e IX;²⁰² 95, II;²⁰³ 114, § 3.º;²⁰⁴ e 231, § 6.º;²⁰⁵ entre outros.

É apenas em casos como estes, em que o termo seja empregado pelo próprio texto normativo, e com todas as ressalvas efetuadas anteriormente quanto à significação do termo interesse público, que o mesmo pode ser invocado como fundamento para a prática de atos administrativos ou judiciais. Se o termo não está no texto da norma, com mais razão ainda, não é possível invocá-lo para ser sopesado com ela ou com outras que com ela tenham de ser conciliadas.

²⁰⁰ “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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...)”

²⁰¹ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do voto. (...)”

²⁰² “Art. 93VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...)”

²⁰³ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: (...) II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; (...)”

²⁰⁴ “Art. 114 (...) § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Públco do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

²⁰⁵ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...)”

E, mesmo assim, em relação especificamente ao Direito Tributário, é de serem feitas algumas ressalvas.

1.2.4. O termo interesse público nas relações tributárias

Como se sabe, a atividade da Administração Tributária é plenamente vinculada, nos termos do art. 3.º do CTN. E exatamente por conta da estrita legalidade tributária, da vinculação plena dos atos do Fisco à lei, não pode haver norma tributária que afirme “tal ente tributário agirá de forma tal ou qual na criação, majoração ou exigência do tributo, de acordo com o interesse público.” Na Constituição, do mesmo modo, nas normas que traçam as competências tributárias, aliás, nas normas que regulamentam o Sistema Tributário Nacional, não há nenhuma que afirme que determinado tributo será criado, majorado ou exigido de acordo com o interesse público, o que já mostra o absurdo dessa invocação constante nas relações tributárias.

Assim, quando, por exemplo, da lavratura de autos de infração, tendo em vista a própria natureza da relação jurídica, não há situações “cujas incertezas da avaliação concreta” possibilitem à Administração Tributária invocar o interesse público para aplicar a norma tributária de forma mais ou menos prejudicial ao contribuinte. Tratando de dispositivo de normas que contém conceitos indeterminados, Hugo de Brito Machado observa

Como o Código Tributário Nacional estabelece que o tributo é prestação cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, entender-se que a presença de conceito vago em uma norma tributária implica atribuir à autoridade administrativa poder discricionário seria inadmissível contradição, posto que é impossível evitar-se a presença de conceito vago nas leis tributárias.²⁰⁶

²⁰⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. I, p. 122/123.

Mas não só. É de ser considerada ainda a clássica, e geralmente desprezada na prática, distinção entre interesse público primário e interesse público secundário há muito feita por RENATO ALESSI²⁰⁷.

Interesses públicos primários são os interesses diretos da coletividade²⁰⁸, como, por exemplo, o interesse de que haja um sistema de saúde, segurança e de educação desenvolvido e eficiente, o interesse de que o ordenamento jurídico seja respeitado, etc.

Já os interesses públicos secundários são os que possuem a Administração, considerada na realização de seus mais diversos atos, mesmo quando desvinculada de sua imagem de responsável pela realização do interesse público primário. Sim, porque por mais que seja este o seu fim, sabe-se que nem sempre a Administração os está realizando, estando muitas vezes incumbida de tarefas que podem ser meio para a realização do interesse público primário. E dizemos “podem” exatamente considerando que nem sempre a Administração exerce essas atividades-meio de forma válida, sendo este, aliás, o pressuposto para a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos. Como mais uma vez observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a Administração

...poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhes fizesses, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo.²⁰⁹

²⁰⁷ *Sistema Instituzionale Del Diritto Amministrativo*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

²⁰⁸ “o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 63)

²⁰⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 63.

Assim, o interesse na arrecadação de tributos, e os demais interesses do Fisco (Administração Tributária), enquanto possíveis meios para a realização do interesse público primário, são exemplos típicos de interesse público secundário. MARÇAL JUSTEN FILHO entende que o

chamado *interesse secundário* (ALESSI) ou *interesse da Administração Pública* não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são *interesses*, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito.²¹⁰

A seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça é exemplo bastante ilustrativo de invocação indevida do interesse público, ao confundi-lo diretamente com o interesse do Fisco:

“(...) Vencida a Fazenda Pública, podem os honorários advocatícios, por força do artigo 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, ser fixados abaixo do mínimo estabelecido no § 3.º do retomencionado artigo, uma vez que não se trata de um ente concreto, mas sim da própria comunidade, representada pelo governante, merecendo, portanto, tratamento especial...”²¹¹⁻²¹²

É de se observar que, na verdade, o STJ, com todo o respeito, é incoerente na aplicação do termo interesse público. Se, por um lado, há inúmeras decisões no mesmo sentido da acima citada, há também vários julgados que afirmam o entendimento de referida corte é pacífica no sentido de

que não é obrigatória a intimação do Ministério Público nos executivos fiscais, pois o fato de a Fazenda Pública ter interesse patrimonial não caracteriza interesse público, consequentemente, não ensejando a intervenção do Parquet no feito.²¹³

²¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”, *RTDP* 26, p. 118.

²¹¹ Ac. un. da 1ª Turma do STJ - Rel. Ministro Luiz Fux, REsp 422.685/SC, julgado em 04.06.2002, *DJ* 12.08.2002, p. 180.

²¹² Sobre o assunto, em co-autoria com HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, já escrevemos o texto “O art. 20, § 4º do CPC e a sucumbência da fazenda pública” em *Revista Dialética de Direito Tributário*

²¹³ Ac. un. da 1ª Turma do STJ – rel. Min. José Delgado - REsp 669563 / RS - DJ 23.05.2005 p. 166.

Ora, se o mero interesse patrimonial da Fazenda Pública não caracteriza o interesse público para fins de intervenção do Ministério Público, não pode também com ele coincidir (com o interesse da “própria comunidade”) para fins de amesquinhá os honorários de sucumbência a que tem direito o cidadão, como entendeu a decisão acima.

Não chegamos – como MARÇAL JUSTEN FILHO²¹⁴ – a considerar que os interesses secundários não possam ser classificados como interesses, ou mesmo como interesses públicos. Se a Administração entende que determinado ato lhe é vantajoso, tem, sim, interesse²¹⁵ em sua realização, sendo, evidente, portanto, que os interesses secundários são interesses. Quanto a serem considerados interesses públicos, entendemos que não se pode desejar o fim, sem desejar o meio. Aliás, até pode-se (de fato), mas não é racional. Seria como desejar um bolo, sem desejar que ele fosse preparado. Se se anseia por serviços públicos de boa qualidade, é de se aceitar que o Fisco tribute validamente os cidadãos para a consecução de tal fim. E, em face desse poder no campo material, é de se aceitar também algumas prerrogativas processuais, até porque, como observa JUVÉNCIO VASCONCELOS VIANA,

considerando a inafastável implicação entre o direito (material) e o processo, seria incrível se o instrumento voltado à solução dos conflitos com a Administração não recebesse as influências do regime jurídico que lhe é próprio.²¹⁶

Mas não se pode ir além disso. Não pode o Fisco, por exemplo, além de ter a prerrogativa processual de auto-executoriedade de seus atos, ainda invocar genericamente no processo judicial o termo “interesse público” para, por exemplo, associando-o à presunção de legitimidade dos atos administrativos, legitimar ato desprovido de qualquer fundamentação. E é isso o que equivocadamente ocorre, na prática, quando se exige do cidadão que produza *prova negativa* a respeito de fato que deveria ter sido comprovado

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 118.

²¹⁵ citar alguém explicando o que é interesse

²¹⁶ *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética. 2003. p. 47

pela autoridade quando da constituição do ato administrativo correspondente.²¹⁷

A realidade – da qual o intérprete do Direito não se pode afastar – deixa bastante claro que nem sempre os interesses públicos secundários poderão ser considerados verdadeiros interesses públicos, ou interesses da comunidade, exatamente porque, por exemplo, em relação ao Direito Tributário: *a) a exigência que gera determinada arrecadação pode ser inválida; e b) o valor arrecadado pode não ser devidamente destinado à realização dos interesses públicos primários.* De fato, não é do interesse da comunidade nem a arrecadação inválida (contrária à Constituição e às demais normas com ela compatíveis), nem a vazia (que não se torna útil, com a conversão em benefícios reais para a população).

A propósito, JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA faz a seguinte observação:

Imagine-se, por exemplo, o Estado relutante no pagamento de indenização devida ou mesmo cobrando tributos em valores exageradamente elevados. Nessas situações, a Administração estaria “defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo”. Resta evidente também que, em muitos casos, poderão nem sempre coincidir interesse primário e secundário. Nessas situações, os interesses meramente secundários não devem ser prestigiados ou atendidos.²¹⁸

Os interesses do Fisco, portanto, somente poderão ser considerados interesse público quando forem exercidos validamente e, ainda, quando servirem para a realização direta dos demais interesses públicos primários. A propósito EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA observa que, a pretexto de realizar o interesse público “não se pode intervir em empresas com fins de represália

²¹⁷ Sobre o assunto, já tivemos oportunidade de escrever “A prova no processo tributário - presunção de validade do ato administrativo e ônus da prova” em *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. 2003. n°96, pp. 77-88.

²¹⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética. 2003. p. 44

pessoal contra o empresário, ou porque não pague os impostos, ou por qualquer outra razão caprichosa que tenha qualquer administrador.²¹⁹ No mesmo sentido, JAMES MARINS afirma que

(...) 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 ao contribuinte alcançam relevo tal que não podem ser sobrepujadas pelo sofisma consistente em afirmar-se o caráter de interesse público da arrecadação tributária.²²⁰

Na verdade, tais premissas deixam claro que em ações nas quais o Poder Público é parte, a defesa do interesse público muitas vezes é realizada não por ele, mas pelo particular, ao se opor ao ato estatal inválido e assim defender a integridade do ordenamento jurídico.

Ao tratar da indisponibilidade do interesse público e da possibilidade de composição de litígio pelo Poder Público, mesmo quando este for parte no processo, EDUARDO TALAMINI observa que ao compor o litígio a

Administração não está disposta, ‘abrindo mão’, do interesse público quando dá cumprimento ao direito alheio. (...) cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público.²²¹

Não se pode negar que num Estado de Democrático de Direito o interesse público maior é que o Estado respeite a Constituição e as normas com ela compatíveis. Não é por outra razão, aliás, que FÁBIO KONDER COMPARATO, no prefácio do livro *Quem é o povo?*, de FRIEDRICH MÜLLER, afirma, com inteira propriedade, que “o bem comum, hoje, tem um nome: são

²¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 7 número 25, julho/dezembro de 1996, p. 31 – tradução livre

²²⁰ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 348.

²²¹ TALAMINI, Eduardo. (“A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais” em *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 129. outubro de 2005. p. 61)

os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua condição comum de pessoas.”²²²

EDUARDO FORTUNATO BIM, em texto no qual critica a invocação das razões de Estado como fundamento para se deformar as relações tributárias, observa que as razões de Estado

acompanharam a mutação do Estado absolutista ao de Direito. Embora não seja possível precisar suas fases, é certo que elas vêm se alterando, como Prometeu, para não ser descoberta e, consequentemente, rechaçada. (...) No direito público, campo por excelência das razões de Estado, elas se apresentam de várias formas, sempre buscando manipular a leitura do ordenamento jurídico. Porém, as formas mais importantes estão na doutrina da insindicabilidade dos atos políticos ou de governo e na promiscuidade entre o interesse público e o bem comum com os interesses governamentais ou interesses públicos secundários.²²³

Em seguida, o citado autor conclui seu raciocínio afirmando que,

sem dúvida, o bem comum constitui o fim do Estado, mas sua consecução deve ocorrer dentro do ordenamento e não fora dele. Deve-se buscá-lo obedecendo-se às regras do jogo, não as violando sob o pretexto de um bem maior. Os regimes democráticos exigem esse respeito. O Estado democrático de direito impõe o respeito às leis e à Constituição.²²⁴

A idéia de que o interesse público é realizado com a observância do Direito, e não *contra* ele, pode ser encontrada também em JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, que destaca que, por mais que os seres humanos sejam plurais, tenham fins diferentes e possam se reunir para fins diferentes, têm uma coisa que os une, qual seja, anseio pela paz, “que precisa ser mantida para que cada

²²² (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 28.)

²²³ BIM, Eduardo Fortunato. “A Inconstitucionalidade das Razões de Estado e o Poder de Tributar: Violação ao Estado Democrático de Direito” em *Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética. v. 19. p.204.

²²⁴ BIM, Eduardo Fortunato. *Ob. cit.*, p. 218.

um viva. Nesse sentido, a paz e a segurança são o bem comum por Excelência do Estado moderno.”²²⁵ Em outras palavras, a obediência à ordem vigente, na qual a Constituição está no topo, é o maior interesse público que se pode vislumbrar.

Aliás, a propósito ainda da afirmação de que o cumprimento do direito é do interesse público, parece-nos conveniente lembrar, ainda que rapidamente, da origem e dos fins do Estado. Afinal, para que as sociedades humanas criaram o Estado, para fazer valer o direito? Ou para atingir propósitos outros, ainda que *contra* o direito? Vejamos.

Depois de criticar a explicação histórica dada pelas teorias políticas clássicas (HOBBES, LOCKE e ROUSSEAU), afirmando que, na parte em que consideram a criação do Estado algo *consciente* e *racional*, são apenas o produto das “fantasias” de seus criadores, NORBERT ROULAND afirma que a antropologia não propriamente diverge das conclusões dessas teorias, mas as enriquece consideravelmente.²²⁶

Conforme explica o citado autor, em pequenos grupos humanos, laços de parentesco e de amizade, inerentes à proximidade das pessoas, garantem grande parte da eficácia das normas.²²⁷ Nesses pequenos grupos, em situações extremas, nas quais esses laços não sejam suficientes para evitar o surgimento do conflito, o problema geralmente era resolvido com a *divisão* do

²²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. “A definição do interesse público”, em *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. Organizador: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais e Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

²²⁶ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 218.

²²⁷ Prova disso pode ser colhida nos relacionamentos entre pessoas do mesmo núcleo familiar, ou de um pequeno condomínio. As regras de conduta são observadas por conta da proximidade entre as partes da relação, que cria laços que tornam mais difícil o desrespeito à norma ou o surgimento de um conflito que não possa ser solucionado consensualmente. É mais fácil (no sentido de ser menos desconfortável) discutir com um desconhecido, ou com uma pessoa distante...

grupo.²²⁸ Era o que normalmente ocorria durante o período paleolítico, em que o homem vivia em pequenos grupos nômades. Com o advento do *sedentarismo*, o surgimento das cidades, e o aumento dos grupos, tanto em tamanho como em complexidade, os laços inerentes à proximidade (não mais tão grande) das pessoas deixaram de ser suficientes para garantir a eficácia das normas, e, além disso, a alternativa de as partes em conflito simplesmente seguirem caminhos diferentes (algo comum nos grupos nômades primitivos) deixou de ser uma solução viável. Daí sua pertinente observação:

Sedentarização, aumento da produtividade e dos estoques de recursos disponíveis, crescimento da população: o que percebemos como progressos poderia ter sido para as sociedades humanas os sinais precursores de sua extinção. Pois a amplitude dos problemas novos apresentados por essas transformações forçou o homem a cada vez maior inventividade sociológica. Poderia não ter mostrado inventividade suficiente para sobreviver à inflação neolítica.²²⁹

Essa inventividade sociológica consistiu, precisamente, no surgimento do Estado, ente necessário a fazer valer as *normas de conduta* (que já existiam nos pequenos grupos, frise-se, o que mostra que o Direito antecede o Estado). Com efeito,

... toda sociedade, simples ou complexa, conhece o poder político. Se é simples, esse poder é exercido pelos grupos familiares e no âmbito das relações de parentesco, como atesta certo número de sociedades tradicionais (nem todas possuem essa configuração). A multiplicação de grupos fundamentados noutros critérios diferentes do parentesco quase só oferece escolha entre duas possibilidades: a fragmentação da sociedade por dispersão ou implosão; o mais das vezes, seu fortalecimento ao redor de um organismo investido, em graus variáveis, do poder político. Por diversos processos, os grupos pouco a pouco são substituídos por tribos e unidades territoriais comandadas por um chefe: aparece um novo tipo de direito, que denominamos público e regulamenta as atividades políticas e

²²⁸ Os conflitos são resolvidos “pela fissão ou pelo evitamento: um dos grupos antagonistas vai embora ou dá fim às suas relações com o outro, o que evita os confrontos diretos. Tais recursos não são muito possíveis a agricultores sedentários. Precisam inovar para sobreviver.” (Cf. ROULAND, Norbert. *Ob. cit.*, p. 58)

²²⁹ ROULAND, Norbert. *Ob. cit.*, p. 55.

administrativas, ao passo que família e parentesco vêm suas funções limitadas a assuntos domésticos, sem no entanto desaparecer. Assistimos desde então a um fenômeno capital: o nascimento do Estado, condicionado pela criação de um aparelho especializado de governo.²³⁰

Nesse contexto, a função histórica e antropológica do Estado parece ser, claramente, a de organizar e tornar efetivas as regras de conduta. Ainda nas palavras de ROULAND, “a função essencial do Estado parece mesmo ser produzir unidade onde os mecanismos antigos já não asseguram – ou não tão bem – a instituição do social.”²³¹

Dessa forma, tendo o Estado, em última análise, surgido para fazer valer as normas de conduta e assim tornar viável a subsistência de grupos sociais cada vez mais complexos, não faz sentido que o Estado invoque um outro propósito, seja ele qual for, para *descumprir essas normas*, tornando-as ineficazes. A solução, se for o caso, pode estar na modificação das normas, nos termos e limites impostos pela ordem estabelecida, mas não o seu afastamento ou, o que é o mesmo, a sua indevida “relativização”.

Essa realidade não pode ser diferente apenas porque, depois das revoluções burguesas, o Estado passou a *também* se submeter às normas que edita. Assim, uma vez aceita a idéia de que o interesse público amplamente considerado (o interesse público maior em um Estado de Direito) é a submissão do Estado às normas constitucionais e às demais normas com elas compatíveis, então, a Fazenda Pública, quando em juízo, não pode sustentar que uma medida qualquer é compatível com o interesse público sem, contudo, demonstrar a validade da lei que fundamenta o ato ou a medida em questão. Também por essa razão, mesmo quando a Constituição, ou a Lei, empregam a expressão “interesse público”, afirmando que determinada providência será tomada em seu benefício, *o que já se viu não ser possível no âmbito do Direito*

²³⁰ ROULAND, Norbert. *Ob. cit.*, p. 59.

²³¹ ROULAND, Norbert. *Ob. cit.*, p. 220. Frise-se que a expressão *social*, no texto, não tem nenhuma relação com “direitos sociais”, mas sim com a existência de uma sociedade humana.

Tributário, a realização da medida então preconizada não poderá ocorrer de forma a contrariar o disposto em outras normas do ordenamento, pois, se assim ocorrer, não estará sendo atendido o interesse público cuja promoção é, na norma que se pretende aplicar, determinada.

Por conta disso, por exemplo, em relação à “suspensão de liminar” e à “suspensão de segurança”, medidas de natureza cautelar que têm por fim exatamente, nos termos da lei, evitar a possível violação ao “interesse público”²³², não há como simplesmente a Fazenda Pública invocá-lo sem ao mesmo tempo tentar demonstrar a validade da medida que pretende seja restabelecida pelo Presidente do Tribunal, ou a falta de *fumus* que ampare a liminar ou a segurança cuja suspensão se requer. Ainda que seja considerada de cunho político, essa medida não pode ser deferida com base no mero argumento de que os recursos que eventualmente deixarão de ser arrecadados seriam supostamente utilizados “na promoção do interesse público”, sob pena de se restabelecer a possibilidade de se invocar qualquer “razão de estado” para a cobrança dos mais inválidos tributos, idéia esta claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito.²³³⁻²³⁴

Além disso, e considerando que a arrecadação de tributos só será considerada de interesse público se o valor respectivo for revertido para a realização de interesses primários como incremento do sistema de educação

²³² “Grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, nos termos da Lei nº 4.348/64.

²³³ HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO observa que “o STF, efetuando uma interpretação da Lei nº 4.348/64 conforme a Constituição de 1988, decidiu, já em 1996, que a suspensão de liminar, ou de segurança, tem natureza cautelar. Sua finalidade é assegurar a eficácia do recurso interposto, ou que venha a ser interposto, contra a decisão de cuja suspensão se cogita. Assim, o perigo de lesão à ordem, à segurança, etc. públicas é apenas um dos requisitos ao seu deferimento, equiparável ao “perigo da demora” necessário à concessão de medidas cautelares em geral. É indispensável, assim, para que seja deferida a suspensão de segurança, ou de liminar, que também haja uma fundamentação jurídica relevante. Em outras palavras, é preciso que, no mérito, a decisão seja considerada, pelo menos em um juízo provisório, como juridicamente desacertada.” (*Processo Tributário*. São Paulo: Atlas. 2004, p. 343)

²³⁴ A decisão a que se refere HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO foi de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, e proferida no julgamento da SS 846 AgR/DF, pelo Pleno do STF, por maioria de votos (DJ 08/11/1996, p. 43208)

saúde, precisamente no que diz respeito às normas tributárias, ainda que estas contivessem o termo interesse em seu bojo, seria totalmente impertinente invocá-lo sem demonstrar que, no caso, a pretensão do contribuinte impediria diretamente a concretização do interesse público primário. Assim, a invocação será sempre impertinente, considerando que tal demonstração seria quase impossível, pois o Fisco não tem meios de provar que determinado tributo que deixou de ser arrecadado, seja ele válido ou inválido, seria diretamente, no caso, utilizado na realização do interesse público primário.

Dessa forma, é impertinente afirmar que certa norma tributária é válida em face do interesse público, quando na verdade, o legislador, bem como o julgador que examina a validade da norma, devem ater-se apenas às limitações impostas pela Constituição e às demais normas compatíveis com ela.

Como exemplo da impertinência que estamos a afirmar, pode ser citada a seguinte decisão, segundo a qual

(...) a limitação de compensação de prejuízos resultantes do balanço das empresas, em face da Lei nº 8.981/95, não é ilegal, porquanto não houve vedação acerca da dedução, tão somente o escalonamento, em atenção ao interesse público, reduzindo o impacto fiscal...²³⁵

Ora, na discussão da “tese” objeto da decisão do STJ acima transcrita, os contribuintes têm se insurgido contra a limitação ao aproveitamento de prejuízos anteriores, na apuração do lucro tributável das empresas, afirmando que com ela o imposto de renda termina sendo cobrado sobre realidade que, a rigor, não é renda, mas mera *recuperação* de prejuízo anterior. Afirmam que, com a limitação, viola-se o conceito de renda inscrito na Constituição (art. 153, III), e no CTN (art. 43), conceito com o qual a ordem jurídica *delimitou a competência* da União para instituir e cobrar o imposto de renda. Afirmam,

²³⁵ Ac. un. da 1^a Turma do STJ – rel. Min. Franciso Falcão – AgRg no REsp 644.527/CE – DJ 14.03.2005, p. 219.

ainda, que o escalonamento, precisamente por não vedar, mas postergar no tempo, o aproveitamento desses prejuízos, termina configurando um empréstimo compulsório disfarçado, em violação ao art. 148 da CF/88.

Pois bem, nesse contexto, a decisão até poderia afirmar a validade da limitação legal à compensação de prejuízos, afastando esses argumentos, mas não simplesmente dizer que com a restrição impugnada se reduz o impacto fiscal e realiza o interesse público. Com efeito, esse “fundamento” se presta para “justificar” *qualquer* violação a quaisquer direitos do contribuinte. Uma lei que proíba a devolução de tributos pagos indevidamente, ou afirme que a Fazenda Pública somente está obrigada a restituir metade do produto da arrecadação de um tributo constitucional, por exemplo, também reduz o impacto fiscal...

Cabe insistir, no caso, que o julgador pode até manter o mesmo dispositivo de sua decisão. Tanto na decisão do STJ acima transcrita, como em qualquer outra que eventualmente invoque o interesse público, o problema não está *necessariamente* em sua conclusão, em seu dispositivo. Está, sim, na fundamentação adotada, que não pode ser baseada na simples invocação do interesse público, exatamente porque seu conceito é indeterminado. Não se trata, note-se, de mera filigrana sem importância prática. Pelo contrário. Caso se admita a possibilidade de um julgador invocar o “interesse público” como razão de decidir, esvaziar-se-á, completamente, a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, a qual, além de expressamente consagrada na Constituição,²³⁶ é decorrência direta e inafastável dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O interesse público, em matéria tributária, é o fundamento que dá ao Estado poder para intervir no patrimônio dos cidadãos, através da cobrança de tributos. Invocá-lo, em cascata, em todos os demais momentos da relação

²³⁶ CF/88, art. 93, IX.

tributária, até para mascarar o desprezo às normas da Constituição e mesmo quando se sabe que, na prática, pouco do que se arrecada, é efetiva e diretamente revertido em prol da sociedade, implica esvaziar de sentido todas as normas que traçam os limites ao poder de tributar, próprias de qualquer Estado de Direito, além de implicar em várias imprecisões já demonstradas.

Bastante pertinente é a observação de HUGO DE BRITO MACHADO, também nesse sentido:

É comum ver-se a invocação do interesse público para justificar interpretações canhestras, e até mesmo a utilização de meios de integração no sentido de viabilizar a cobrança de tributos não previstos em lei, o que é absolutamente inadmissível. Não se nega a importância do interesse público. Aliás, é exatamente em razão dele que se justifica o tributo. Quando admitimos pagar impostos que absorvem parcela do que possuímos (impostos sobre o patrimônio), parcela significativa do preço de quase tudo que compramos (impostos sobre o consumo de bens e serviços) e ainda parcela significativa do que ganhamos (impostos sobre a renda), é exatamente porque reconhecemos o interesse público que há de ser tutelado pelo Estado. Entretanto, nosso dever de solidariedade social, nosso dever de preservar o interesse público em matéria de tributação, é delimitado pela lei tributária, que estabelece os critérios para a quantificação dos tributos que devemos pagar.²³⁷

Bem, mas tendo examinado o termo interesse público e sua relação com os direitos e garantias do contribuinte, importa-nos ainda examinar o *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Sendo este um princípio, como pode ser realizado seu sopesamento com os direitos e garantias do contribuinte? Será que tal sopesamento é possível, apenas por tratar-se de um princípio? Na tentativa de responder a esses questionamentos, avançamos para o tópico seguinte.

²³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 121.

1.3. A supremacia do interesse público sobre o particular

1.3.1. Preliminarmente

Se, quanto ao termo interesse público, as dúvidas iniciais sobre sua aplicação relacionavam-se à indeterminação de seu conceito, quanto à supremacia do interesse público sobre o particular, as dúvidas, além de também derivarem de referida indeterminação, relacionam-se, sobretudo, à natureza do pretenso princípio.

No que diz respeito à indeterminação dos conceitos utilizados no “princípio”, a dúvida paira não mais apenas sobre o que seja “interesse público”, mas também o que seja “interesse privado”, de modo a se aceitar que um se submeta ao outro.

Já quanto à natureza do pretenso princípio, é de se indagar: seria ele um princípio de direito administrativo, de direito constitucional, seria um princípio material ou formal, ou não seria propriamente um princípio? Essa investigação é indispensável para, considerando as premissas antes traçadas, determinar o modo como, ou se pode o princípio em questão ser sopesado com os direitos e garantias fundamentais do contribuinte com estrutura de princípios, questão esta central à nossa pesquisa.

1.3.2. Interesse Público x Interesse Privado: conceitos mutantes

Outro ponto não abordado no título anterior, mas que também se relaciona à indeterminação do conceito de “interesse público”, reside na variação histórica sobre o que seja considerado de “interesse público”, bem como de “interesse privado”. Reservamos esse pequeno tópico para o presente título exatamente porque, agora, mostra-se mais relevante o entendimento sobre o que seja “interesse privado”, para se saber o que nele se encaixaria, a ponto de se submeter ao interesse público.

A variação histórica sobre o que seja “interesse público” e “interesse privado” relaciona-se, por sua vez, com a aceitação de uma maior ou menor ingerência do Estado na vida dos cidadãos. Sim, porque caso se entenda que a intervenção do Estado não deve ser tão ampla, será do “interesse público” um maior respeito à esfera “privada” dos cidadãos. Por outro lado, caso se aceite uma intervenção maior do Estado, o “interesse público” admitirá uma maior interferência na vida “privada” dos cidadãos.²³⁸ E, como observa DANIEL SARMENTO, “ao longo da história, o pêndulo tem oscilado no sentido da priorização ora da dimensão pública da vida humana, ora da privada.”²³⁹

Essa variação é mais um elemento que demonstra a imprecisão de conceitos como “interesse público” e “interesse privado”, de forma que a invocação do princípio que trata da supremacia de um sobre o outro, sem maiores explicações sobre porque determinado interesse pode ser considerado “público” ou “privado”, representa atecnia inaceitável.

Além disso, analisando o atual momento histórico, diante das inúmeras privatizações e da realização direta de ações sociais pelos próprios cidadãos, percebe-se uma tendência de desconcentração do Estado, podendo-se mesmo falar em “crise do Estado Social”.²⁴⁰ Assim, na medida em que a atuação estatal diminui, dever-se-ia diminuir também a ingerência do Estado na vida dos cidadãos. Nesse cenário, é *ainda mais* ilegítimo invocar o princípio da

²³⁸ Seja como for, deve-se observar que, em qualquer caso, o interesse público não pode ir ao ponto de ignorar os interesses privados, bem como os direitos fundamentais em sua dimensão individual.

²³⁹ SARMENTO, Daniel. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005. p. 33.

²⁴⁰ Importa observar que apesar da chamada crise do Estado Social principalmente nos países subdesenvolvidos, observa-se a subsistência e até mesmo um fortalecimento da ideologia sobre a necessidade de aumentar a arrecadação para sustentar essa forma de estado. É compreensível que assim o seja, pois, como demonstra a História, somente depois de longo tempo da falência de uma forma de estado, a sociedade como um todo tem acesso à teoria sobre dita crise. Algumas pessoas não se dão conta da crise e outras sobrevivem da crise. Estas ao notarem a conscientização social sobre a falência da forma de estado procuram fortalecer a ideologia sobre a importância e a necessidade dessa dita forma de estado. Assim, durante algum tempo, como se observa agora, tem-se, com intensidade, discursos opostos.

supremacia do interesse público sobre o particular como fundamento para relativizar direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual.

Seja como for, ainda que não se considere a ressalva feita no título anterior, de que é do interesse público a preservação dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, o certo é que, apesar de a Constituição Federal ter consagrado valores sociais, que podem ser qualificados como de interesse público, consagrou também valores individuais. E tanto um grupo de valores como o outro são igualmente importantes, não se podendo conjecturar de um princípio constitucional que ponha um acima do outro.

Na mesma linha de raciocínio, deve-se observar que se não se pode mais falar de “individualismo”, também não se pode mais falar de “socialismo”, ou outro termo que o valha, para invocar a supremacia dos anseios sociais sobre as necessidades do ser humano considerado em sua dimensão individual. Atualmente, como informa DANIEL SARMENTO, o termo mais adequado para descrever a ideologia que trata da relação indivíduo/sociedade é “personalismo”. Realmente, enquanto pessoa, o ser humano precisa cultivar tanto suas relações sociais, como individuais, sendo ambas indispensáveis à manutenção de sua dignidade.

É certo que diante de um caso concreto, a dimensão social de um direito fundamental pode se mostrar mais relevante que sua dimensão individual, mas o contrário também é verificável. Este é mais um dado que reforça a inexistência de um princípio que prévia e genericamente imponha a supremacia do interesse público sobre o particular. E mesmo diante dos casos em que se observa a prevalência da dimensão social de um direito fundamental sobre sua dimensão individual, não é possível, a pretexto de fazer valer dita prevalência, simplesmente ignorar a dimensão individual, esmagando-a por completo. Com efeito, a aceitação de que o Ordenamento consagra o princípio da proporcionalidade - que, em cada caso, servirá de guia para declarar válida a

medida que trouxer menos dano aos interesses em jogo – exclui, no plano constitucional, a aplicação de um princípio que, de forma absoluta, declara a supremacia de um interesse sobre outro, sem preocupação em preservar, do modo menos gravoso possível, o interesse “mais fraco”.

1.3.3. A supremacia do interesse público sobre o particular visto à luz da nova hermenêutica constitucional: questão formal

Como observa VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA²⁴¹, o sopesamento de um princípio com outros, para o fim de aplicá-los harmonicamente, nos termos esperados pela nova hermenêutica constitucional, e em acordo com a teoria desenvolvida por ROBERT ALEXY, deve levar em consideração o que referida teoria classifica como sendo um princípio. A observação, apesar de parecer óbvia, nem sempre é realizada. Realmente, a doutrina nacional utiliza vários critérios para classificar uma norma como sendo principiológica (tais como sua maior importância para o Ordenamento Jurídico, ou seu grau de abrangência ou generalidade)²⁴² e, partindo de princípios assim classificados, muitos operadores do Direito empregam a técnica do sopesamento antes referida.

Esse proceder, porém, além de estar equivocado tecnicamente, pode trazer sérios prejuízos à correta aplicação das normas principiológicas (assim classificadas pela nova hermenêutica constitucional), levando, em alguns casos, ao amesquinhamento de direitos e garantias fundamentais.

Do já desenvolvido na primeira parte do presente trabalho, vimos que as normas com estrutura de princípio determinam a máxima realização possível de um valor. Vimos ainda que, ante a pluralidade de valores consagrados em

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção”, em *Revista Latino Americano de Estudos Constitucionais* n.º 1, coord Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, pp. 612.

²⁴² PAULO DE BARROS CARVALHO, por exemplo, classifica a “supremacia do interesse público sobre o particular” como princípio geral de direito público, e afirma que este tipo de norma ou “são máximas que se alojam na Constituição ou que se despregam das regras do ordenamento positivo, derramando-se por todo ele.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. pp. 102/103)

uma sociedade democrática, o conteúdo das normas principiológicas determina-se após seu sopesamento com os demais valores (cuja promoção é determinada por outros princípios) envolvidos em cada situação. Disso, conclui-se que, de acordo com a teoria que admite o sopesamento de direitos, é indispensável que a norma a ser sopesável consagre um valor passível de ser contraposto a outros, tais como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça.

Então a questão a ser examinada é: o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular possui conteúdo que possa ser contraposto a outro princípio do Ordenamento? Examinemo-la.

Podem alguns considerar o “princípio” em questão incluso no rol dos princípios formais que, na classificação de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “não são normas de conduta, mas normas de validade. A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última.”²⁴³ Como exemplo de princípios formais, o referido autor cita, dentre outros, o princípio democrático e o princípio da autonomia privada.

Entendemos, porém, que tal inclusão não é correta²⁴⁴. É que mesmo os princípios formais devem ser ponderáveis e devem ainda admitir a preservação dos direitos fundamentais considerados em todas as suas dimensões. Por exemplo, por mais que o princípio democrático seja fundamental ao Estado Brasileiro, ele não precede da aplicação do princípio da segurança jurídica, pois a vontade popular, quando se manifesta para determinar a realização de condutas, deve ser expressa através da lei. Além disso, não se pode, a propósito de realizar a vontade do povo, fazer-se campanha e convocar eleições para votar a revogação de cláusulas pétreas, com a possível

²⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 152.

²⁴⁴ Nessa obra, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA nada refere sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Apenas explica o que é um princípio formal e um princípio material.

descriminação de minorias, como seriam os mulçumanos ou os judeus. No caso, porém, com o pretenso “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular tal ponderação não é possível, pois este ou traz a idéia de prevalência absoluta em seu bojo, ou será inócuo.

Chega-se à idéia de supremacia absoluta caso se confunda interesse com direito, razão pela qual tal princípio determinaria sempre a supremacia da dimensão social dos direitos sobre sua dimensão individual. Por questão de lógica, porém, o “princípio” não pode ser assim compreendido. Como já se afirmou anteriormente, as dimensões, tanto individual, quanto social dos direitos fundamentais, possuem igual importância abstrata para o ordenamento, e somente em cada caso concreto será possível determinar se alguma das duas é mais relevante, devendo preponderar sobre a outra.²⁴⁵

E o “princípio” será inócuo caso se compreenda que também é do interesse público a preservação não apenas dos direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta dimensão, mas também dos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, entendimento esse que adotamos. Ora, como não é possível contrapor um valor a ele mesmo, conclui-se não se tratar de “princípio” oponível a direitos e garantias fundamentais, qualquer que seja sua dimensão.

Poder-se-ia mesmo desenvolver o raciocínio de que é a idéia de preservar o interesse público que fundamenta a criação de normas limitadoras da liberdade humana, ou seja, a própria criação do Direito e do Estado.²⁴⁶ Em

²⁴⁵ Há quem pense o contrário, como LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA. Para ele a supremacia do interesse público sobre o particular é princípio constitucional que determina a prevalência do público sobre o particular. Em suas palavras afirma “É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.” (*A Fazenda Pública em Juízo*, São Paulo: Dialética. 2003, p. 26.)

²⁴⁶ Sobre essa idéia do princípio em questão, confira-se a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual “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

início, o homem tudo pode, mas como, em não havendo normas limitadoras da liberdade, apenas alguns poderão usufruir de sua liberdade e terão patrimônio, a generalidade dos homens abdica de sua liberdade plena para compartilhá-la limitadamente. Ou seja, cada norma jurídica seria, em si, expressão da supremacia do interesse público sobre o particular, para o fim de possibilitar que todos usufruam das mesmas oportunidades. A essa conclusão nos conduzem, também, as considerações de NORBERT ROULAND, acima já citadas, a respeito das origens do Estado.²⁴⁷

Assim como teria originariamente possibilitado a própria criação de normas asseguratórias de direitos individuais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, no Estado Social, possibilitaria o surgimento dos direitos fundamentais sociais, direitos estes que implicam alguma relativização dos direitos fundamentais individuais.

Como exemplo dessa aplicação no plano constitucional, ter-se-ia a atribuição de uma função social à propriedade e a possibilidade de desapropriação caso essa função não seja respeitada.

Mesmo diante desse raciocínio, porém, tanto os direitos individuais, quanto os sociais teriam como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. E, assim, até por uma questão de lógica, não seria possível “sopesar” direitos individuais com o princípio da supremacia do interesse público. Não se pode realmente colocar, em lados antagônicos, determinada coisa e aquilo que lhe serve de fundamento, pois uma está inserida no outro. Examinando a questão, Luís ROBERTO BARROSO chega à seguinte conclusão:

inúmeros aludam 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.” (*Curso de Direito Administrativo*, 15 ed.. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 87)

²⁴⁷ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 59.

O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.²⁴⁸

A supremacia, no máximo, então, apenas autorizaria o sopesamento de direitos fundamentais entre si e não com ele próprio, o que, aliás, já é viabilizado pela própria natureza e estrutura das normas que asseguram direitos fundamentais. Nesse caso, portanto, a inocuidade observa-se porque o pretendido “princípio” não traz nada de novo ao ordenamento, que possa modificar as ponderações já realizadas.

Seja como for, ainda que se queira, a todo custo, sustentar que se trata de princípio formal, é de ser levada em conta a opinião de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA para quem, de qualquer forma, esse tipo de norma não é sopesável diretamente com direitos e garantias fundamentais. Tratando de princípio que considera como formal, no caso, o princípio da autonomia da vontade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA faz a seguinte observação:

... não ocorre um sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, porque a autonomia privada, como já várias vezes sublinhado, é um princípio meramente formal, cuja função principal, no âmbito que aqui importa, é sustentar competências. Nesse sentido, ele é um princípio desprovido de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. Não há como, portanto, sopesá-lo como princípios materiais – os direitos fundamentais – porque falta um valor de comparação entre ambos.²⁴⁹

Na verdade, portanto, no novo modelo de Estado, a supremacia do interesse público sobre o particular, quando considerada no plano

²⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.” Em *Interesses Públícos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. XV e XVI.

²⁴⁹ *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 160

constitucional, apenas autorizaria que distintas gerações ou dimensões de direitos fundamentais relativizassem os direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual; jamais, repita-se, seria possível sopesá-la diretamente com referidos direitos.

Bem, mas se, por um lado, tal raciocínio respeita a integridade dos direitos e garantias fundamentais, ainda assim entendemos não ser o mais adequado, em face de sua visão utilitarista²⁵⁰. Na verdade, os direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual devem ter ser núcleo preservado não apenas porque seja do interesse público (ou em face da supremacia desse interesse), mas porque têm valor próprio, que lhe é intrínseco. E tanto é assim que referidos direitos possuem dimensão objetiva, servindo de pauta de valores para a sociedade, como já se explicou. Como observa LUIS ROBERTO BARROSO é preciso se ater à

[m]áxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Esta máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.²⁵¹

Além disso, é de ser ainda observado que, como se afirmou acima, e será mais desenvolvido adiante, a Constituição Federal não apenas impede o sopesamento de direitos fundamentais com a supremacia do interesse público, como também, materialmente, não contempla a supremacia de interesses públicos, pois consagra o postulado da unicidade da reciprocidade de interesses.

Sobre o assunto, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA afirma que

a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses

²⁵⁰ “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.” Em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.p. XVII

²⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. XVIII

reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. (...) O que deve ficar claro... é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses provados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa.²⁵²

1.3.4. A supremacia do interesse público sobre o particular: interpretação possível

Como se viu, por conta de sua estrutura e conteúdo, a supremacia do interesse público sobre o particular não pode ser considerada “princípio”, assim como o classifica a nova hermenêutica constitucional. Resta analisar ainda se será possível, porém, referir-se ao “princípio” da supremacia, caso se o aplique com o significado clássico, há muito já empregado pela doutrina nacional, de norma importante ao ordenamento, no caso, como norma que trata da indisponibilidade da coisa e dos bens públicos, dirigida mais diretamente aos administradores do que aos cidadãos.

Para se realizar essa análise, faz-se importante observar previamente os possíveis conflitos que podem surgir entre os interesses públicos e os interesses particulares. Essa observação é bem desenvolvida por Luís ROBERTO BARROSO²⁵³ que os resume da seguinte maneira: a) *interesse público primário X interesse particular não protegido por norma fundamental*; b) *interesse público secundário x interesse particular*; c) “*interesse público*

²⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’” em *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros. 1998. Esse mesmo texto do autor também pode ser conferido em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. pp. 171-216. e ainda na obra *O Direito Público em tempos de crise*. Org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99-127.

²⁵³ BARROSO, Luis Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.” Em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. pp. XIV-XVI.

primário consubstanciado em uma meta coletiva” x “interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”.

Como se pode observar do último tipo de conflito apontado, a classificação acima parte da premissa, já traçada no presente trabalho, de que é do interesse público primário a proteção e a obediência aos direitos fundamentais, ainda que considerados em sua dimensão individual. Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO,

... em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma pela satisfação de determinados interesse privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada.²⁵⁴

Desse raciocínio, porém, não se deve concluir apressadamente que não seja do interesse público a realização de outros interesses individuais não protegidos por normas fundamentais. Pode muito bem ocorrer de ambos os interesses coincidirem. Caso não coincidam, diante de conflito do tipo apontado na letra a), o interesse público prevalece, mas não necessariamente de forma absoluta, sem qualquer preocupação com o interesse individual, não sendo, portanto, supremo. Isso porque todo o agir da Administração deve pautar-se pela proporcionalidade, razão pela qual deverá ser escolhida a medida que trouxer menos gravame ao conjunto de interesses envolvidos. Assim, por exemplo, diante de um conflito entre o interesse público primário de construir determinada estrada em local onde há várias residências e o interesse individual de alguns proprietários de manterem intactas suas casas, a estrada somente poderá ser construída com a destruição das casas, depois de se

²⁵⁴ *Ob. cit.*, p. XIV

verificar que não há outro meio de construí-la. E, ainda assim, com o pagamento da prévia e justa indenização aos proprietários.²⁵⁵

Mas, na verdade, o tipo de conflito que mais interessa ao Direito Tributário é o segundo, já que o interesse do Fisco, geralmente, será secundário, de acordo com a classificação traçada por RENATO ALESSI.²⁵⁶ E o que se dá nesse caso é a inexistência de supremacia. Ou seja, a supremacia, e nem mesmo a prevalência *a priori* do interesse público sobre o particular não existe, de forma alguma, quando se trata do interesse público secundário. Sobre o assunto, Luís ROBERTO BARROSO afirma que

... o interesse público secundário – i.e., o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.²⁵⁷

Examinando questão específica ao Direito Tributário, DENISE LUCENA CAVALCANTE, apesar de defender posturas fiscais com as quais não concordamos, observa, de forma equilibrada que:

Adotando a premissa de que a interpretação do direito tributário segue os mesmos princípios dos demais ramos do Direito, entendem-se superados os argumentos ditos específicos do direito tributário, que versam sobre princípios, tais como o do *in dubio pro fiscum* ou *in dubio pro reo*.

²⁵⁵ A propósito, ALICE GONZALEZ BORGES observa que “O moderno direito administrativo das ordens verdadeiramente democráticas, reconhece, respeita e protege, com adequadas medidas compensatórias, o interesse individual que legitimamente se contrapõe ao interesse da maioria da sociedade, tal como estabelecido na Constituição e nas leis. Às vezes, o interesse da coletividade vem a demandar do cidadão, um sacrifício de direitos. Tal somente pode ocorrer quando haja previsão legal, mediante cuidadosa e fundamentada motivação, e com a conversão final do direito sacrificado em justa indenização.” (BORGES, Alice Gonzalez. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?” em *Revista Interesse Público* nº 37. Porto Alegre: Notadez. 2006. p. 47)

²⁵⁶ *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

²⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.” Em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. XV.

Não se deve determinar aprioristicamente a tendência da lei, visando a beneficiar o Fisco ou o cidadão-contribuinte. A lei deve ser interpretada sempre buscando sua justa e correta aplicação.

(...)

As normas tributárias, como todas as outras normas, devem ser interpretadas com o objetivo de alcançar o valor que está intrínseco na regulamentação das relações da vida social. E este processo lógico-valorativo, decorrente da interpretação da lei, não pode ser limitado por deduções antecipadas.²⁵⁸

Nem podia ser diferente, considerando as premissas traçadas. Ou seja, se é do interesse público primário a proteção de direitos fundamentais, mesmo considerados em sua dimensão individual, até por questão de elementar lógica aristotélica²⁵⁹, não pode ser do interesse público a realização de ato, pela Administração Pública, que poderá implicar violação aos direitos fundamentais. É evidente, portanto, a impertinência da invocação genérica da supremacia do interesse público para relativização de direitos dos contribuintes.

Quanto ao último tipo de conflito, verificável, por exemplo, no caso de concessão de isenção para empresas que se instalem em regiões mais pobres do país ou que respeitem mais intensamente o meio-ambiente, entre o interesse de promover a redução das desigualdades sociais ou a de promover um meio ambiente saudável (interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva) e o interesse de preservar o direito fundamental à isonomia na tributação e o equilíbrio na concorrência (interesses públicos primários que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental), também não se pode referir a uma supremacia de interesses. Isso porque em face do princípio da unidade da Constituição, esta deve tolerar e aceitar valores muitas vezes antagônicos²⁶⁰. Assim, ainda quando os interesses públicos forem antagônicos aos interesses individuais, deve haver conciliação entre ambos no plano

²⁵⁸ CAVALCANTE, Denise Lucena. Crédito Tributário: a Função do Cidadão-Contribuinte na Relação Tributária. São Paulo: Malheiros. 2004, pp. 114-116.

²⁵⁹ Uma mesma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo.

²⁶⁰ Como observa PAULO RICARDO SCHIER deve haver esse princípio demanda que haja “coexistência na diferença.” (SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico de direitos fundamentais” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005, p. 231).

constitucional, de forma a preservar o núcleo dos interesses em jogo. Conciliação esta que será realizada proporcionalmente, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana e a razão pública²⁶¹ que, por sua vez, não pode ser confundida com razões de estado. Ou seja, com ideologias dos que detém o poder, mas com um anseio constitucional consensual.

A propósito do conflito de interesses enumerados na Constituição, sejam eles públicos ou privados, o certo é que em algumas normas, como observa PAULO RICARDO SCHIER, a própria Constituição já apresenta uma forma de conciliá-los. Por vezes, faz prevalecer o interesse público (como é o caso do art. 5.º, XXV)²⁶²⁻²⁶³, em outras o interesse privado (art. 5.º, XI)²⁶⁴⁻²⁶⁵. Isso é mais um dado que se presta a demonstrar que não existe uma supremacia *a priori* do interesse público sobre o particular na Constituição.

Aliás, como mais uma vez observa PAULO RICARDO SCHIER²⁶⁶, se fosse necessário anunciar a existência da supremacia de um interesse sobre o outro no plano constitucional, seria mais fácil anunciar a supremacia do interesse privado sobre o público. Sim, pois enquanto para que o interesse público prevaleça sobre o particular é necessária menção expressa nesse sentido,

²⁶¹ Razões apontadas por LUIS ROBERTO BARROSO, “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.”, no prefácio que fez ao livro *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. pp. XVI, coordenado por DANIEL SARMENTO.

²⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico de direitos fundamentais” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005, p. 237.

²⁶³ O inciso XXV do art. 5.º da CF/88, a propósito, dispõe: “No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

²⁶⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ob. cit.*, p. 237.

²⁶⁵ O inciso XI do art. 5.º da CF/88, por sua vez, dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

²⁶⁶ PAULO RICARDO SCHIER faz a ressalva de que, com isso, não anuncia a existência de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público, pois, como adverte, “sua defesa incorreria nos mesmos equívocos da tese da supremacia do interesse público sobre o privado.” O raciocínio, portanto, é meramente provocativo. (*Ob. cit.*, p. 234)

para que o interesse particular prevaleça não é necessária qualquer ressalva. Em suas palavras:

Quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. É assim que funciona nos Estados Democráticos de Direito. Deste modo, **a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção ao princípio geral implícito de Direito Público.**²⁶⁷

Assiste-lhe inteira razão, sendo exemplo eloquente do que afirma a *dupla face* que tem a legalidade, a permitir toda a sorte de comportamentos ao cidadão, desde que não expressamente vedados, e a condicionar à previsão em lei a atuação do Poder Público.

Mas não só. Mesmo nos casos em que há prevalência do interesse público sobre o particular, deve-se observar que assim como o interesse privado não é absoluto, também o interesse público não o é. Exige-se o delineamento de algumas condições materiais e formais para que se o invoque, e tais condições hão de ser demonstradas, razão esta que, mais uma vez, comprova a precisão de sua invocação genérica. Sobre o assunto, PAULO RICARDO SCHIER faz a seguinte observação:

A Constituição autoriza que lei (infraconstitucional) restrinja o interesse particular, em determinadas situações, em favor do interesse público. Neste caso, sempre deverá cobrar-se observância da razoabilidade, proporcionalidade, proibição do excesso e preservação do núcleo essencial. Formalmente, a autorização deverá ser expressa etc. É a situação típica do

²⁶⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico de direitos fundamentais" em *Interesses Públícos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005.p. 234.

art.5º, XII (sigilo de dados e comunicações telefônicas). Note-se que o interesse público, aqui, mesmo quando justifica a restrição do interesse particular, não é absoluto. O interesse público prevalece em certas condições materiais (necessidade, adequação, proporcionalidade estrita etc.) e formais (fim de instrução processual penal ou investigação criminal, na forma da lei, por autorização judicial...). Sem as condições, o interesse público sucumbe. Logo, reitere-se, não é absoluto.²⁶⁸

Diríamos mais. Se tais condições materiais e formais são necessárias, serão elas, que representam meios para realizar *outros* direitos fundamentais, e não propriamente a “supremacia do interesse público”, que autorizarão a restrição ao direito fundamental em exame.

Diante dessa análise dos possíveis tipos de conflito entre interesse público e interesse particular, conclui-se que somente será possível referir-se à supremacia de um sobre o outro quando se tratar de conflito entre interesse público primário e interesse particular não protegido por norma de direito fundamental. E, ainda nesse caso, a Administração terá de agir proporcionalmente, ou seja, sempre visando ao atendimento do interesse público primário, restringido o interesse particular do cidadão somente na medida do estritamente necessário. Assim, mesmo sem considerar o conceito de princípio adotado pela nova hermenêutica constitucional, não é possível referir-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, pois, como observa GUSTAVO BINENBOJM, sua lógica não é extraída da *análise do conjunto normativo constitucional*.²⁶⁹

Bem, mas se o interesse público não se confunde com os interesses da Administração, é de se concluir que, de forma muito mais óbvia ainda, não se confunde com os interesses próprios daqueles que a integram. Ou seja, num Estado Democrático, que tem a proporcionalidade como postulado, a

²⁶⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ob. cit.*, p. 238.

²⁶⁹ “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005. p.141. Ver também o mesmo texto publicado na Revista Forense, julho/agosto de 2005, volume 380, p. 90.

consagração da supremacia do interesse público tem como missão obrigar os entes da Administração a não sobreporem seus interesses próprios ao interesse público primário, e não propriamente impor restrições aos interesses privados de terceiros, razão pela qual coincide, de certa forma, com o princípio da impessoalidade.²⁷⁰

Essa coincidência entre supremacia do interesse público e impessoabilidade, contudo, não é pacífica na doutrina. GUSTAVO BINENBOJM, por exemplo, considera que a confusão entre a supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da impessoalidade não é correta. Em suas palavras afirma:

Tal é um equívoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa. Ora, se os interesses particulares e individuais de que se cuida, na análise do princípio, não são, por evidente, aqueles ilegítimos, assim considerados por força de outras normas constitucionais. A questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente otimizada.²⁷¹

Associar a supremacia do interesse público sobre o privado ao “princípio”²⁷² da impessoalidade, porém, é a única maneira de “salvar” a invocação de referida supremacia no discurso jurídico.

É porque a Administração deve agir para o bem do povo e não para o bem dos administradores, que seus agentes devem guiar-se pela impessoalidade. Em outros termos, é como se a supremacia do interesse

²⁷⁰ Esse, por exemplo, é o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 70)

²⁷¹ BINENBOJM, *Ob.cit.*, p.134.

²⁷² Princípio aqui é utilizado não no sentido que o entende a nova hermenêutica constitucional, mas no sentido que o entende a doutrina clássica, qual seja, a de norma importante, fundamental ao ordenamento, no caso, de norma fundamental ao agir administrativo.

público fosse o fundamento ideológico para a necessária impessoalidade com a qual devem nortear-se os agentes da Administração.

Assim, a invocação tão genérica, quanto freqüente de dita supremacia, como fundamento para relativização de direitos do contribuinte por parte da Administração ou é inválida e imprecisa pelos motivos já apontados, ou é pouco inteligente do ponto de vista lógico. Pois, quando muito, teria como efeito legítimo a limitação do poder dos agentes públicos, e não o contrário.

Com efeito, admitindo-se a equivalência entre “supremacia do interesse público sobre o particular” e impessoalidade, seria por conta desse “princípio” que a autoridade da administração fazendária não poderia *deixar* de cobrar, por razões pessoais, o tributo devido (se um contribuinte é seu amigo, ou lhe forneceu vantagens, por exemplo).

É evidente, porém, que, nesses termos, não precisará invocá-la perante o contribuinte, para sopesar os direitos fundamentais deste. Invocar pretenso “princípio” nesse último caso, além de levar à imprecisão antes referida, é desnecessário, porque há normas do ordenamento, mais claras e objetivas, que autorizam (aliás, determinam) a cobrança e a investigação. A invocação e aplicação destas normas deixam o diálogo jurídico mais comprehensível para ambas as partes, sendo este ponto – o da clareza do discurso jurídico – um dos mais importantes dos relacionados ao tema deste estudo.

Seja como for, mesmo sem considerar as questões lógicas apontadas acima, é preciso afastar a psicologia de que a invocação da supremacia do interesse público sobre o particular pode ter um significado nobre, porque, segundo a tradicional educação jurídica ofertada há anos pelo Direito Administrativo, a aceitação de tal supremacia tem por fim disponibilizar à Administração o poder para realizar atos em favor da sociedade como um todo. A propósito, deve-se observar que não se pode, a pretexto de aplicar a moderna doutrina do direito Constitucional referente ao sopesamento de

direitos, invocar suposto significado da supremacia do interesse público sobre o particular, condizente com a teoria do Direito Administrativo desenvolvida anteriormente à “nova hermenêutica constitucional.”²⁷³

Como adverte mais uma vez GUSTAVO BINENBOJM, análise atual e mais crítica da origem histórica de expressões como “supremacia do interesse público sobre o particular” demonstra que a finalidade de sua consagração não é nobre²⁷⁴. Identifica-se, isso sim, com a possibilidade de deixar a Administração acima da lei.²⁷⁵

Realmente, sabe-se que é natural que a deturpação do poder. Apesar dos fins nobres pelos quais se instaurou a Revolução Francesa, o governo que a seguiu, assim como o Antigo Regime, incorreu em muitos abusos, sendo exemplo claro a própria tirania de ROBESPIERRE.

Nessa linha de deturpações, apesar de instituído o princípio da legalidade, como forma de perseguir igualdade, a Administração Pública, através do Conseil d’État, fugiu à aplicação das regras gerais. Com isso, a um só tempo, subvertem-se “dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes.”²⁷⁶

Em sua análise sobre o surgimento do Direito Administrativo, GUSTAVO BINENBOJM afirma:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras),

²⁷³ Afinal, o fenômeno da constitucionalização do Direito deve ser visto *de cima para baixo*, e não *de baixo para cima*, pela óbvia razão de que a Constituição está no ápice do ordenamento, servindo de fundamento de validade para as demais normas, e não o contrário.

²⁷⁴ Sobre uma visão mais atual do Direito Administrativo como um todo, recomendamos a leitura da obra BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. *passim*.

²⁷⁵ BINENBOJM, *Ob.cit.*, p. 119 e ss.

²⁷⁶ BINENBOJM, *Ob.cit.*, p. 121.

representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que sua superação. A juridicização embrionária da Administração não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

(...)

A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial do Conselho de Estado derrogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.²⁷⁷

É mesmo comum aos governos de todos os tempos, a idéia de que devem possuir o máximo de poder para gerir melhor a vontade pública. Uma vez aceito esse raciocínio, porém, mesmo grandes democracias podem ser atingidas por atos despóticos, como se observa atualmente com o que está a ocorrer nos Estados Unidos da América. Cabe à sociedade a conscientização de que o mais saudável a qualquer governo é a possibilidade de fiscalizá-lo e controlá-lo, não abrindo margem para que invocações como a do “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” prestem-se para mascarar de legitimidade atos autoritários.

Na verdade, diante das constituições atuais que buscam, cada vez mais, assegurar a integridade dos direitos fundamentais, não é possível aceitar que pretenso princípio mantenha suas características originárias, sendo este um argumento que se soma para demonstrar a invalidade da invocação da supremacia do interesse público sobre o particular na relativização de direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

²⁷⁷ BINENBOJM, *Ob.cit.* pp. 119-120.

2. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SUA RELAÇÃO COM A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Não poderíamos desenvolver o presente trabalho sem nos referirmos ao princípio da solidariedade, já que, muitas vezes, no debate jurídico, este vem ocupando o espaço que antes pertencia com hegemonia ao interesse pública e à supremacia do interesse público sobre o particular, como se os que o invocam pretendessem disfarçar realidade antiga com roupagem nova.

É certo que, ao contrário do que se dá com o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular, a solidariedade pode ser um princípio, nos termos em que assim o considera a atual doutrina do Direito Constitucional. Conforme observa DANIEL SARMENTO, na Constituição de 1988,

... a solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruísta, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais.²⁷⁸

Bem, mas afirma-se “pode”, porque ser ou não um princípio irá variar de acordo com a forma como se a invocar.

Caso se entenda a solidariedade como valor a ser contraposto à individualidade, balanceando-se ambos, mas garantido a preservação do núcleo de cada um, então se trata de um princípio. Nessa situação, a solidariedade irá coincidir com outras dimensões dos direitos e garantias fundamentais, como já explicado na primeira parte do presente trabalho.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2005. p p. 71

Mas caso se invoque a solidariedade como algo superior à individualidade, equiparando-a às razões de Estado, então ela coincidirá com a supremacia do interesse público sobre o particular, mais precisamente com o interesse público secundário. Nesse caso, evidentemente não poderá ser considerada princípio e sua invocação será inválida. Isso porque tanto traz insegurança ao debate jurídico, em face da indeterminação de seu conceito, como porque já que se pretende sempre superior aos direitos fundamentais de natureza individual, contradiz-se com a própria idéia de ponderação, inerente à nova técnica de interpretação constitucional.

Assim como ocorre com aqueles que invocam o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular, os que invocam a solidariedade nesses termos pretendem, muitas vezes, atribuir legitimidade a discursos autoritários. E agem dessa forma, para fazer parecer que ou se concorda com todo o raciocínio por eles desenvolvidos, ou então o opositor do diálogo nega a própria solidariedade. Na verdade, porém, discursos desse gênero são falaciosos, e incorrem na grave falácia da “pergunta complexa”.

Do mesmo modo como não se nega a necessidade de promoção do interesse público, não se pode negar que a solidariedade deve ser implementada, especialmente em um país permeado de tantas desigualdades como o Brasil. Ao se pretender afastar a solidariedade do discurso tributário, a intenção, longe de ser negar a solidariedade, é impedir que seja invocada demagogicamente, apenas para dar mais poder de ingerência a um governo que utiliza mal, ou melhor, que não usa o poder que já possui em prol da sociedade. E prova de que sua invocação, geralmente, é falaciosa reside no fato de que, apesar de muitas vezes, justificar a criação e majoração de tributos para a generalidade dos contribuintes, a solidariedade não é suficiente para impelir a União a realizar a competência constitucional para instituir sobre grandes fortunas e assim tributar os que possuem maior renda e patrimônio, e que, portanto, devem ser mais solidários. Isso para não referir o tratamento orçamentário dado à Seguridade Social, através do qual os recursos a ela

destinados (arrecadados sob a bandeira da solidariedade) são desviados para o atendimento de outras finalidades.

Realmente, em relação do Direito Tributário, a solidariedade²⁷⁹ vem sendo invocada notadamente quando se trata da majoração e criação de tributos em geral para a grande massa de contribuintes, como é o caso das contribuições sociais gerais, bem como para justificar a elaboração de normas que atribuem poderes gerais inespecíficos para a Administração Tributária.

Nesse ponto, surge outra questão muito bem colocada por HUMBERTO ÁVILA²⁸⁰ e que se relaciona com análises prévias já realizadas na primeira parte deste trabalho. A de que alguns princípios constitucionais não podem ser invocados para sopesar regras, também constitucionais, que já são frutos de balanceamentos feitos pelo próprio constituinte. A não ser assim, tem-se de admitir a fraqueza do texto constitucional e a possibilidade de sua mudança pelo legislador ordinário e, pior, pela Administração Tributária.

O maior problema em relação à solidariedade é que se importa doutrina de muitos países, nos quais a Constituição não é tão detalhada como a brasileira. E sem considerar essa distinção fundamental, pretende-se aplicar, no plano constitucional, teoria jurídica desenvolvida para realidade inteiramente diversa.

²⁷⁹ Em matéria tributária, RICARDO LOBO TORRES, porém, distingue o princípio da solidariedade em solidariedade de grupo e solidariedade estrutural. A solidariedade de grupo coincidiria com o princípio do custo/benefício. Já a solidariedade estrutural seria um princípio que decorreria de construção jurisprudencial do STF, como fundamento para justificar a cobrança de contribuições em que não há essa relação, como seria o caso da CSSL, da COFINS. Em suas palavras, afirma: “o princípio estrutural da solidariedade, criado pelo Supremo Tribunal Federal, serviu para validar as exóticas contribuições...” (TORRES, Ricardo Lobo. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?”, em *Solidariedade Social e Tributação*, São Paulo: Dialética. 2005. p. 207). Independentemente de considerar se tal princípio foi criado pelo STF ou já é inato à CF/88, concordamos com RICARDO LOBO TORRES quando entende que a solidariedade estrutural é o fundamento jurídico para justificar a cobrança de tributos já instituídos pela própria Constituição Federal. Não se poderia, assim, invocá-la para justificar a cobrança de outras contribuições não previstas expressamente pela Carta Magna na qual não se observe a relação custo/benefício (como, por exemplo, as CIDEs).

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. “Limites à tributação com base na solidariedade social” em *Solidariedade social e tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética. 2005. pp. 68-88.

Com efeito, como já se afirmou, a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que consagrou o princípio da solidariedade, traçou detalhadamente a competência tributária dos diversos entes, não sendo possível, portanto, invocar a solidariedade para tornar sem sentido referidas normas, em desprezo ao princípio da segurança jurídica, razão maior do detalhamento normativo.

Na verdade, como já se mencionou ao tratar das relações entre o Estado Social e a tributação, o princípio da solidariedade é, sobretudo, uma limitação adicional imposta ao Estado, na *destinação* dos recursos públicos. Seria mesmo sem sentido exigir dos contribuintes suportar carga tributária mais elevada para o fim de promover o princípio da solidariedade, quando se constata que o Estado brasileiro vem experimentando sucessivos recordes de arrecadação, de aumento no superávit primário, não obstante medidas de redistribuição de riqueza não sejam por eles adotadas.²⁸¹

A propósito de solidariedade, esta é invocada, com muito mais intensidade, em relação às contribuições destinadas à Seguridade Social, por conta da remissão contida no *caput* do art. 195 da CF/88.²⁸² Pois bem. O

²⁸¹ Como noticiado no site Contas Abertas (www.contasabertas.com), gastos com fotocópias superam investimentos do Ministério do Desenvolvimento Social. Segundo o site, “de acordo com dados do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi), a União gastou, em 2005, R\$ 88,6 milhões com fotocópias ou xerox, valor este semelhante a todos os investimentos realizados (R\$ 87,4 milhões), no mesmo período, pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). O MDS comporta os principais programas sociais do governo federal. Cópias de papel estão entre os 10 itens de custeio mais caros para governo federal.” (http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1299)

²⁸² O art. 195 da CF/88, a propósito, dispõe: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. § 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

exemplo prático é bastante pertinente para demonstrar todas e cada uma das afirmações feitas precedentemente. Vejamos.

É importante notar, de início, que o tal *caput* não pode ser dissociado de seus incisos, que delimitam, expressamente, as bases imponíveis das contribuições de seguridade. Admitir contribuições calculadas sobre bases distintas das ali mencionadas, ainda que com fundamento em um dever de solidariedade que todos deveriam ter para com a Seguridade Social, implica dar ao *caput* uma abrangência que viola inteiramente o disposto nos incisos.

Por outro lado, paralelamente à cobrança intensa (e responsável por recordes de arrecadação) de contribuições destinadas à Seguridade Social, a União procedeu a manobra engenhosa na feitura de seus orçamentos. Em vez de elaborar um orçamento autônomo para a Seguridade Social, como

destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. § 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. § 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b". § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades benfeitoras de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. § 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. § 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento."

determina, expressamente, o art. 165, § 5.º, III, da CF/88, esta criou um orçamento autônomo para a Previdência. Saúde e Assistência, os outros dois integrantes da Seguridade, tiveram suas despesas (e suas receitas) atribuídas ao orçamento fiscal da União Federal. Na mesma ordem de idéias, as mais expressivas contribuições destinadas à Seguridade (COFINS, CSLL e CPMF) foram, todas elas, apropriadas pelo tal orçamento fiscal da União, sob a justificativa de que nele estariam as receitas e despesas inerentes à Saúde e à Assistência. Para o orçamento da previdência são destinadas, essencialmente, apenas as contribuições incidentes sobre a folha de salários, o que explica o seu crônico *déficit*.

Nesse contexto, aposentados não recebem reajustes, e chegam mesmo a ser tributados; benefícios são negados; doentes e inválidos submetem-se a intermináveis filas, e, ao cabo, não recebem o que têm direito. Tudo porque faltam recursos.²⁸³

O discurso da solidariedade, como se vê, e a prática o demonstra, só é considerado em uma “ponta” da relação entre o Estado e a sociedade, a da arrecadação, na qual é menos, muito menos pertinente. No outro lado, o da destinação dos recursos, onde efetivamente faria toda a diferença, a solidariedade é esquecida por inteiro, o que torna falaciosa, para dizer o menos, sua invocação para justificar a arrecadação deste ou daquele tributo.

Esse ponto, aliás, é da maior relevância, e talvez nele se possa identificar o momento em que o raciocínio desenvolvido por alguns autores se converte em uma *falácia*: tanto as demais dimensões de direitos fundamentais, como o agora apontado “princípio da solidariedade” representam *limites adicionais* ao Poder Público, de natureza precipuamente *positiva*. No campo da tributação, diz-se com eles *o que fazer* com o que é arrecadado, em vez de apenas dizer-se como arrecadar (ou, mais propriamente, como não arrecadar).

²⁸³ A propósito do uso deturpado das contribuições, em prejuízo dos próprios direitos sociais que com os recursos através delas arrecadados seriam realizados, confira-se: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005, *passim*.

Ainda que o princípio da solidariedade, e a natureza *Democrática* e *participativa* do Estado pós-moderno imponham ao cidadão um maior dever de participação, isso não significa que tenham de ser violados, ou mesmo apenas “relativizados”, os seus direitos em face do Estado cobrador de tributos.

Primeiro, porque o incondicional respeito aos direitos do contribuinte não impede, de forma alguma, a obtenção de uma arrecadação expressiva. Segundo, porque a participação reclamada pelo princípio da solidariedade, e pela natureza Democrática do Estado pós-moderno, não são realizadas apenas com o pagamento de tributos, mas de muitas outras formas, todas inerentes ao exercício da cidadania.²⁸⁴ E, terceiro, porque o Estado pós-moderno, mesmo *Democrático*, não deixou de ser *de Direito*: houve acréscimo, e não supressão.

²⁸⁴ V.g., participação, direta ou indireta, no processo político, e ainda na fiscalização dos atos do Poder Público, no encaminhamento de sugestões a políticos, na atuação de entidades não-governamentais etc.

CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi visto ao longo deste texto, podemos sintetizar nossas conclusões da seguinte forma:

- a) a invocação indiscriminada e genérica seja do interesse público, seja da supremacia do interesse público sobre o particular, como fundamento para relativizar direitos e garantias fundamentais dos contribuintes no Estado Social, pode levar ao desmedido e abusivo aumento de poder estatal, além de violar inúmeros preceitos da hermenêutica constitucional;
- b) o reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem várias dimensões tem como fim precípua alargar o gozo desses direitos ao maior número de pessoas possível, notadamente no que diz respeito à dimensão individual. Assim, mesmo a dimensão social dos direitos fundamentais não pode ser interpretada em desprezo à sua dimensão individual. Em consequência, não se pode, a pretexto de realizar o Estado Social desprezar a dimensão individual dos direitos fundamentais;
- c) apesar de as garantias fundamentais serem acessórias aos direitos fundamentais, são enumeradas em normas com a mesma estrutura destes, razão pela qual as afirmações feitas quanto à interpretação constitucional dos direitos são aplicáveis também às garantias. Assim, garantias fundamentais podem ser compreendidas como direitos fundamentais em sentido amplo.
- d) direitos fundamentais, mesmo quando forem enumerados em normas com estrutura de princípio, somente podem ser sopesados face a outros direitos fundamentais, ainda que sejam de dimensões distintas.
- e) nem todos os direitos fundamentais, porém, são enumerados em normas com estrutura de princípio, sendo também enumerados por regras.

Assim, não se pode pretender sopesar todos os direitos fundamentais com igual intensidade, como se fossem todos enumerados em normas de idêntica estrutura, aplicando a técnica de interpretação própria dos princípios;

f) mesmo quando se trate de sopesar direitos fundamentais com estrutura de princípio, o intérprete deve-se atentar aos limites impostos pela hermenêutica constitucional, tais como a ponderação, a razoabilidade, a proporcionalidade;

g) além disso, deve considerar o núcleo irredutível dos direitos fundamentais, que é a dignidade da pessoa humana;

h) seja como for, considerando a realidade brasileira, na qual a arrecadação é crescente, e o Estado não usa devidamente os recursos arrecadados para fins sociais, como são exemplos inequívocos as DRU's (desvinculação de receitas da União), é artificial invocar o interesse público com o fim de causar comoção no debate jurídico tributário e, assim, pretender relativizar direitos fundamentais do contribuinte, extrapolando as competências constitucionais minuciosamente traçadas;

i) nem o interesse público, nem a supremacia do interesse público sobre o particular podem ser invocados no plano constitucional como fundamento para relativizar direitos e garantias dos contribuintes;

j) interesse público não é princípio constitucional, mas conceito verdadeiramente indeterminado, e somente pode ser invocado quando expressamente utilizado por uma disposição normativa;

l) exatamente por ser conceito verdadeiramente indeterminado, que pode se materializar de modo diverso em cada situação, o “interesse público” não pode ser invocado, genericamente, para justificar a validade de determinado ato estatal, sob o pretexto de que este o realiza. Demanda

obrigatoriamente uma clara fundamentação que demonstre como o interesse público na situação considerada é prestigiado;

m) seja como for, no caso do Direito Tributário, como a atividade da administração é plenamente vinculada, o contribuinte não pode ter seus direitos legalmente estabelecidos alterados, com suposto fundamento no interesse público, nem quando isto estiver previsto em lei. Caso haja previsão legal nesse sentido, a norma respectiva será inválida;

n) apesar de ser conceito verdadeiramente indeterminado, o termo interesse público, em um Estado Democrático de Direito, admite uma e única conceituação genérica: é o interesse de que o Estado respeite a Constituição e as demais normas compatíveis com ela. No caso do Direito Tributário, o interesse público já justifica que a criação de normas que regulamentam a criação e a cobrança de tributos, não sendo possível invocá-lo em outros momentos da relação para autorizar mais ingerências;

o) não se pode confundir interesse com direito. Norma que consagra direito, muitas vezes, já é restrição ao interesse individual. Dessa forma, logicamente, a supremacia do interesse público sobre o particular não pode ser entendida como algo contrário aos direitos fundamentais, mesmo considerados em sua dimensão individual;

p) caso se veja essa supremacia como algo oponível aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, ainda assim não poderá ser invocada como fundamento para que sejam relativizados. Isso porque não é princípio constitucional, assim como o entende a nova hermenêutica constitucional, pois para ser princípio precisa ser ponderável, e, para tanto não pode, *a priori*, estabelecer a supremacia de um valor sobre outro, no caso a supremacia da dimensão pública sobre a individual dos direitos e garantias fundamentais;

q) referida supremacia é diretriz para a atividade da Administração. Diretriz esta que, se por um lado lhe atribui algumas prerrogativas, nos exatos termos delineados pela Constituição, por outro lado, impõe-lhe algumas limitações, podendo ser equiparada, praticamente, ao comando dirigido às autoridades administrativas para que ajam com imparcialidade;

r) ultimamente, nos debates em matéria tributária, vem-se invocando a solidariedade com o mesmo propósito da invocação realizada em relação ao interesse público e à supremacia do interesse público sobre o particular;

s) essa invocação é inválida, porque a solidariedade não pode implicar, do mesmo modo, a prevalência, *a priori*, do público sobre o individual;

t) a solidariedade será princípio constitucional, quando validamente invocada, para se contrapor, de forma equilibrada, à dimensão individual dos direitos fundamentais e apenas, como se disse, se tiver por fim, promovê-lo ao maior número de indivíduos possível, e com a observância do que já foi explicado nas conclusões “e”, “f” e “g”, *supra*;

u) na verdade, no debate fiscal, a solidariedade deve ser vista mais como limitação ao Estado para direcionar gastos em obras e serviços de cunho social. Não pode ser invocada para desprezar competências tributárias constitucionalmente traçadas, até porque isso, além de não ser juridicamente possível (conclusão “e”, *supra*), não é necessário para promovê-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable – un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- _____. e Stammati, Gaetano. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Turim: Unione Tipográfico Editrice Torinese (UTET), 1965.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução de Jorge M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALVIM, Eduardo Arruda. “Tributação e Direitos Fundamentais” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octávio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 31-44.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAGÃO. Alexandre Santos de. “A ‘Supremacia do Interesse Público’ no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. pp.1-22.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. “Legalidade Tributária Multidimensional” em *Princípios Jurídicos da Tributação*. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 279-294.
- _____. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. “Limites à tributação com base na solidariedade social” em *Solidariedade social e tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 68-88.

_____. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” em *Revista Trimestral de Direito Público* nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 159-180.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA, Arnaldo Parente Leite. *Metodologia da Pesquisa Científica*, Fortaleza: UECE, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, em *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (coord.). 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 49-118.

BARRETO, J. A. E e MOREIRA, Rui V. O. *Imaginando erros*. Fortaleza: Programa Editorial Casa José de Alencar, 1997.

BARROSO. Luis Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse.” Em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. pp. VII-XVII (prefácio).

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, São Paulo: Saraiva, 1992. v.3, t. 1.

BIM, Eduardo Fortunato. “A Inconstitucionalidade das Razões de Estado e o Poder de Tributar: Violão ao Estado Democrático de Direito” em *Direito Tributário Atual* vol. 19. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 192-220.

BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de*

Supremacia do Interesse Pùblico. Rio de Janeiro: Lumem Jùris, 2005. pp.117-169.

_____. _____. em *Revista Forense* vol. 380. Rio de Janeiro: Forense. Julho/agosto de 2005. pp. 79-102.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Teoria do Estado*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORGES, Alice Gonzalez. “Interesse público: um conceito a determinar” em *Revista de Direito Administrativo* nº 205. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. pp. 109/116.

_____. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?” em *Revista Interesse Pùblico* nº 37. Porto Alegre: Notadez, 2006. pp. 29-48.

BORGES, José Souto Maior. “Relação entre Tributos e Direitos Fundamentais” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fisher. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 217-226.

BOSCH, Philippe van den. *A Filosofia e a Felicidade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito Tributário: a Função do Cidadão-Contribuinte na Relação Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. “A Previsão Constitucional de Compartilhar Cadastros e Informações Fiscais e a Questão do Sigilo Fiscal” em *Reforma Tributária: Emendas Constitucionais nº 41 e nº 42, de 2003, e nº 44, de 2004*. Org. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. pp. 132-149.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CONSTANTINO, Luciana; SALOMON, Marta. Gastos Públicos: Saúde investe menos do que previsto no ano. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Seção Folha Brasil. 03 de outubro de 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DERZI. Misabel Abreu Machado. “A Praticidade, a Substituição Tributária e o Direito Fundamental à Justiça Individual” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 261-277.

DESWARTE, Marie-Pauline. “Intérêt Général, Bien Commun” em *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a l'étranger*, nº 5. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. pp. 1290-1313.

_____. “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, em *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 13. Paris : Presses Universitaires de France – PUF, 1993. pp. 23-58.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Discriçãonariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. “Inovações no Direito Administrativo Brasileiro”, em *Opinião Jurídica, Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus* n. 05, ano 03, 2005.1., pp. 202-222.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRIA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. 3^aed. 2^a reimp. Madrid: Civitas, 1995.

_____. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, em *Revista do Tribunal Regional Federal da 4^a Região*, Ano 7 número 25, julho/dezembro de 1996. pp. 27-50

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIA, José Eduardo. “A Definição do Interesse Público” em *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. Organizador: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 79-90.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 4 ed. Padova: Cedam, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Interesse Público” em *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2^a Região*, Ano I, nº 1. São Paulo: Centro de Estudos da PRT 2^a Região, 1995. pp. 9-24.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso A. Pacheco. *Direito Ambiental Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FISCHER, Octavio Campos. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 279-294.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Pùblico*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. “Realismo e Utopia Constitucional”. Em *Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coord. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 117-126.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRICE, Paulo. *Studies in the way of words*. Cambridge (MA/USA): Harvard University Press, 1989.
- GRIESBACH, Fabrício. “O Processo Administrativo Tributário como Garantia Fundamental: Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 45-61.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. “Tributação e Direitos Fundamentais” em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octávio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 9-18.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.
- _____. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.
- HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- IZIDORO, Alencar. Classe média paga PMs para proteger bairro. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Seção Folha Cotidiano. 26 de outubro de 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”, em *Revista de Trimestral de Direito Público* nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 115-136.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LEITE, Pedro Sisnando. Escandinávia: modelo de desenvolvimento, democracia e bem-estar. São Paulo: Hucitec, 1982.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. Malheiros: São Paulo, 2002.

_____. “Os deveres constitucionais: o cidadão responsável.” Em *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006. pp.140-184.

_____. *O Supremo Tribunal Federal na Crise institucional Brasileira (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

_____. *Por uma Visão Internacional Antropocêntrica dos Direitos Humanos, num Mundo de Terrorismo, Guerras, Insegurança e Avançadas Tecnológicas*. www.jusnavigandi.com.br, acessado em 15.07.2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser moralmente melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais, em *Opinião Jurídica, Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus* – n. 03, ano 02, 2004.1, pp. 171-182.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. “Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política”. Em *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 375-386.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "A definição do interesse público", em *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. Organizador: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 91-99.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. "A processualidade administrativo-tributária como garantia fundamental dos contribuintes diante da atividade da Receita Federal" em *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 84. São Paulo: Dialética. pp. 75-87.

_____. "A Administração da Justiça no Estado Social", em *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 363-394.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. I, p. 122/123

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. "O Razoável e o Proporcional em Matéria Tributária", em *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. 8º volume, pp. 174-204.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. "A prova no processo tributário - presunção de validade do ato administrativo e ônus da prova" em *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 96. São Paulo: Dialética, 2003. pp. 77-88.

_____. "O interesse público como fundamento para a relativização de direitos do Contribuinte" em *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pp. 75-88.

_____. "Refis: adesão voluntária, eficiência da Administração e exclusão sumária e unilateral", em *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 92. São Paulo: Dialética. 2003. p. 47-56.

- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*, São Paulo: Dialética, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- _____. Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 1/18145, 1^a quinzena de março de 2003, pp. 178-185.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- _____. *Notas para uma Introdução ao Direito Constitucional Comparado*. Lisboa, 1970.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*, Campinas, Bookseller, 1999, v.1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizada por Sérgio Bermudes. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. I.
- _____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. v.3.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- NABAIS, José Cassalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NEGREIROS, Teresa. "A Dicotomia PÚblico-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios", em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 343-381.
- ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. 2 ed. 21 reimpressão. São Paulo: Globo, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- _____. "O Direito ao Silêncio no Direito Tributário" em *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campor Fischer. São Paulo: Dialética. pp.81-94.
- POPPER, Karl R. *A Vida é Aprendizagem. Epistemologia evolutiva e Sociedade aberta*. Tradução de Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1999.
- ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.
- ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios – A ciência vista como uma vela no escuro*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2 ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002. v. 1
- SARMENTO, Daniel. "Interesses PÚblicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional" em *Interesses PÚblicos*

versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. pp. 23-116.

_____. “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens” em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Org. Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 35-98.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. “A desvinculação de receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição”. em SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 96-113.

_____. “Para Além dos Direitos Fundamentais do Contribuinte: o STF e a Vinculação das Contribuições”, em *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Alcides Jorge Costa*. SCHOUERI, Luís Eduardo (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2, pp. 1125-1146.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico de direitos fundamentais” em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. pp. 217-246.

SILVA, José Afonso da. “Direito Constitucional Comparado e processo de reforma do Estado” em *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 332-362.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “O proporcional e o razoável”, em *A Expansão do Direito - Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*, coord. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 87 e ss.

- _____. “Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção”, em *Revista Latino Americano de Estudos Constitucionais* n.º 1, coord Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 608-630.
- TALAMINI, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais” em *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 129. outubro de 2005. pp. 59-78.
- TÔRRES, Heleno Taveira (coord). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 243-342.
- _____. “A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar” em *Revista eletrônica de Direito do Estado* nº 4. <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 19.01.2006.
- _____. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” em *Solidariedade Social e Tributação*, São Paulo: Dialética, 2005. pp. 198-207.
- _____. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume III. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força – Uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.
- VIANA. Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.