



INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO: É POSSÍVEL COLISÃO?

*Luciana Mabilia Martins**

Introdução.

I. DISTINÇÕES PRELIMINARES

1. Interesse Público
2. Interesse Privado

II. O CHAMADO *PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO*

1. Princípios e Regras
2. A idéia de confronto entre interesse público e interesse privado e a posição de Robert Alexy quanto à colisão de princípios
3. A posição da jurisprudência brasileira

Conclusão

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Mestranda em Direito.



INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos encontramos na história dos povos a tributação sob as mais variadas formas. A evolução da tributação demonstra a formação da própria noção de Estado e a obrigatoriedade que este respeite limites anteriormente fixados para a arrecadação de fundos que financiem a sua atividade como ente público central.

A palavra *fiscus*, originariamente, significava a cesta ou o recipiente de vime que os coletores colocavam o dinheiro proveniente da arrecadação dos tributos em Roma¹. Na República, o tesouro do Estado Romano era designado como *aerarium populi romani*. No Principado, provavelmente em razão da distinção entre as províncias subordinadas a Caesar e aquelas subordinadas ao Senado, houve necessidade de distinguir o patrimônio público diretamente administrado pelo Príncipe dos demais bens públicos. Surge, assim o *fiscus Caesaris*, que se distinguia do patrimônio particular do Caesar, as *res privatae*.

Posteriormente, no âmbito do direito bárbaro e da Idade Média os tributos ora foram considerados como doações, auxílios e contribuições espontâneas, ora como despojos de guerra, confiscos e exigências arbitrárias de soberanos, para financiamento de guerras, formação de cavalaria, pagamento de casamentos e coroações.

As exigências constantes dos soberanos determinaram, entre os contribuintes, a necessidade de ser imposta limitação para os tributos cobrados. A Magna Carta inglesa é exemplo da contenção do poder real pela supremacia constitucional.

Também pode ser citado como precedente histórico de insurgência de contribuintes, a independência das colônias norte-americanas, provocada - dentre muitas outras razões - pela ganância da tributação inglesa sobre os colonos que povoavam o território.

¹ De acordo com Couto e Silva, Almiro do, in Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, p. 04.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

A forma de obtenção da receita tributária foi, portanto, pouco a pouco, sendo disciplinada por normas, paralelamente à evolução da concepção de direito público e de constitucionalismo. Neste passo, a chamada função fiscalizadora do Estado se ampliou, não buscando somente arrecadar, mas efetivamente interferir no mercado econômico, com vistas à proteção de um determinado *status quo*.

No primórdio, assim, a prestação tributária ficava ao arbítrio dos particulares como um favor ou auxílio destes à comunidade; em fase posterior tal requisição ficava ao arbítrio do soberano, que exigia dentro da relação de força-poder; com o Estado de Direito, a prestação tributária passou a ser exigida por meio de uma relação jurídica, disciplinada por lei, de cunho geral.

O desempenho das atividades típicas atribuídas ao Estado, que, em seu conjunto, formam o que se convencionou chamar de fins do Estado, requer uma gama de recursos materiais. Contudo, a atividade de angariar dinheiro aos cofres públicos é instrumental, o seu objetivo é que, com os valores arrecadados, seja possível e viável promover o bem comum.

Mas, além de sua função instrumental de arrecadação de recursos para custeio da despesa pública, a tributação tem por finalidade essencial ser um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada²

O cerne deste trabalho é, justamente, tentar definir este *interesse público* que, afinal, movimenta a cobrança de tributos e sua colisão com o chamado *interesse privado*, dos contribuintes.

Até que ponto é possível aferir a desigualdade na relação do Estado com o particular? Em que situação ficam os direitos fundamentais do indivíduo-contribuinte? Há possibilidade ou não de comparação entre estes dois conceitos - interesse público e interesse privado - e o que efetivamente eles representam, em casos como, e.g., em que o sigilo fiscal ou bancário do contribuinte é desvendado para que se alcance a arrecadação necessária às tarefas do Estado?

² Neste sentido, Becker, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª ed., p. 587.



I. DISTINÇÕES PRELIMINARES

Parte significativa da doutrina de direito administrativo no País considera que, quando se afere relações nas quais o Estado encontra no outro pólo um particular, não se poderia esquecer a evidente desigualdade jurídica entre a Administração e o administrado³. E, como interface desta assertiva, consideram que move tais relações o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁴, dada a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual.

O mesmo preceito é usualmente utilizado pela dogmática de direito tributário, em sintonia com o direito administrativo, descrevendo como um dos “princípios” que regulariam a relação entre o poder tributante e o contribuinte. Paulo de Barros Carvalho⁵ e Misabel Derzi⁶, e.g., o consideram como um princípio implícito na Constituição, que direciona a ponderação das limitações constitucionais estabelecidas.

De imediato se afere a diferença entre as relações de direito público daquelas regidas pelo direito privado, onde se estabelece o princípio contrário, baseado em uma igualdade formal entre as partes.

Mas, afinal, o que é interesse público? A expressão, de muitas faces, é usada diuturnamente quando se quer afirmar a supremacia da Administração sobre os Administrados, ou do Ente tributante sobre os contribuintes, mas, efetivamente, a sua definição é peculiar.

Não basta alegar o *interesse público* como expressão retórica, para respaldar todos os atos da Administração. O conteúdo do conceito de *interesse público* não é de determinação objetiva. É preciso aferir, na experiência prática, como concretização das normas constitucionais, o seu conceito.

³ Cfe. Meirelles, Hely Lopes, in *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 39.

⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio, in *Curso de Direito Administrativo*, p. 43.

⁵ In *Curso de Direito Tributário*, p. 98.

⁶ In *Notas a Aliomar Baleeiro. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp 21-35.



1. Interesse Público

A idéia de *interesse público* dissociado na idéia de *interesse do governante*, tem origens nos movimentos revolucionários oitocentistas, como reação à fórmula absolutista *le roi ne peut mal faire*, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão determinou que a privação da propriedade só poderia ser norteadada pelo interesse público. A noção de interesse público, hoje, está intimamente ligada com a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, a Administração Pública está por lei adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É, assim, em nome do interesse público - o do corpo social - que o Estado tem de agir. Não existe para o ente Estatal aquela liberdade característica dos indivíduos, os quais podem tudo fazer, desde que a lei não proíba. O Estado, ao contrário, somente pode agir de acordo com o que a lei determina e, no silêncio do mandamento legal ele é inerte.

Entretanto, evidente que não estamos mais no iluminismo, em que os juízes e funcionários da administração apenas subsumiam as situações fáticas a conceitos jurídicos fixos.

O Estado exerce, pois, uma função, o que implica, necessariamente, condutas atreladas a um fim específico, o qual deve ser atendido. É situação oposta a de autonomia da vontade, típica do direito privado. Assim, onde há função, não há autonomia da vontade, não há liberdade de expressão, nem autodeterminação de finalidades e, muito menos, busca de interesses pessoais. Há adstricção a uma vontade pré-traçada pela Constituição.

O interesse a ser defendido - conceituado como interesse público - é o da coletividade como um todo, e não da entidade governamental.

Daí diferenciar-se “interesse público” de “bem comum” ou de “fins estatais”. O primeiro, que determina os fins e fundamentos

⁷ In Curso de Direito Administrativo, p. 45.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

legítimos da atuação estatal, distingue-se do chamado *bem comum*, considerado como o real fundamento da permanência da vida social. Quanto aos *fins estatais*, são estes interesses próprios do Estado.

Nesta linha de raciocínio, aponta Osvaldo Aranha Bandeira de Mello⁸ que a manifestação de vontade do Estado se faz de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social.

Humberto Bergmann Ávila⁹, sustenta que o interesse público, tal como descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum seria “a composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’”.

Ponderando, justamente, sobre a distinção entre o interesse público - da coletividade - e o interesse das entidades governamentais, que podem, eventualmente, ser coincidentes, a doutrina italiana fundada em Renato Alessi, denomina o interesse público como *interesse público primário* e aquele próprio dos entes estatais como *interesse público secundário*¹⁰.

O interesse público primário seria, assim, todas aquelas atividades políticas, sociais, econômicas, policiais e administrativas que, conjuntamente, costuma se denominar como as finalidades do Estado. Para viabilizar tais atividades, como já mencionado acima, necessário se faz uma atividade meio que garanta a efetividade dos fins do Estado. Daí a natureza do *interesse público secundário*, de caráter instrumental.

Por conseguinte, é possível dizer que a atividade arrecadatória, vinculada diretamente ao direito tributário, tem esta característica de meio para a realização das reais tarefas do Estado; a tributação traz no seu bojo o veículo pelo qual se viabiliza a concretização do estabelecido pela coletividade. Toda a atividade ligada a tributos, pois, se

⁸ *Apud* Bandeira de Mello, Celso Antônio, op. cit. p. 20.

⁹ *In* O Direito Público em tempos de crise. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, p. 101.

¹⁰ De acordo com Roque Antonio Carrazza, em artigo *O ICM na Constituição*, *Revista de Direito Tributário*, ano 8, nº 29/30, p. 162.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

qualifica como atividade própria do Estado, por ele mesmo desenvolvida, tendo em vista a gestão de interesses públicos. O seu fim último é, pois, financiar o setor público com eficácia.

Como refere Eduardo Carestiato Daniel¹¹, a Administração Pública, incluída a Fazendária, exerce função administrativa, pois se encontra investida do *dever* de satisfazer determinados fins. Logo, os poderes de que se vale o Estado para a consecução dessas mesmas finalidades só são legítimos se destinados a proporcionar ou a satisfazer *interesse público*.

O conceito de interesse público, pois, só pode ser aferido na prática, na medida da sua concretização.

No caso do direito tributário, especialmente, o que se afere é a compatibilização de um valor fundamental constitucionalmente protegido, a liberdade humana (entendida como liberdade de empresa, de trabalho, de propriedade privada), com o dever dos contribuintes de suprir o Estado com os valores necessários à promoção do bem-comum, sua finalidade.

Nesse sentido English¹² intuía a irreversível tendência no sentido dos conceitos jurídicos indeterminados - de conteúdo e extensão em larga medida incertos, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.

Garcia de Enterría e Fernandez¹³, aliás, refere que a teoria da indeterminação conceitual considera que os conceitos indeterminados são exatamente um instrumento moderno de vinculação do administrador à Lei.

É que o conceito indeterminado não implica indeterminação de sua aplicação. Insere-se, desta forma, o princípio da proporcionalidade, no âmbito tributário, na medida em que se tem em conta a adequação da lei tributária aos fins a que ela se destina constitucionalmente - norteado pelo *interesse público*, o que só se faz

¹¹ *In* A Teoria do Abuso do Direito e sua aplicabilidade no Direito Tributário, Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 24, p. 19.

¹² *In* Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa, trad. ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 206.

¹³ *In* Curso de Direito Administrativo, São Paulo, trad. da ed. espanhola, Ed. RT, 1991, pp. 93.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

possível pela utilização da técnica dos conceitos indeterminados. É, assim, um controle finalístico da aplicação da lei tributária pela administração, ciente que sua conduta estará sujeita a reexame jurisdicional.

O chamado conceito jurídico indeterminado não significa que seja indeterminável, mas sim, que não parecia conveniente ou possível a determinação na lei, em contornos absolutos, interagindo na sua interpretação elementos fáticos, técnicos ou de cunho científico que somente o intérprete e o aplicador, frente à hipótese concreta, teriam condições de aferir.

No caso tributário, especialmente, não é possível se afastar grandes passos da realidade econômica, pois a tributação incide - ou é graduada, justamente, sobre elementos co-relacionados com valores monetários ou signos de riqueza, os quais - evidentemente - se modificam com a evolução da ciência e dos fatos.

2. Interesse privado

Na definição de interesse público - e até em contraposição - inserem-se elementos privados. É difícil, pois, analisar tanto interesse privado como interesse público de forma separada, quando se tem por base a relação bipolar entre Estado e particular.

É inegável que durante uma longa sucessão de séculos, desde a antigüidade clássica, o sistema que governou a humanidade - com algumas variações - foi o da civilização individual. Entretanto, o indivíduo reflete e ao mesmo tempo é reflexo da existência do outro e da coletividade. Logo, ser membro de uma sociedade organizada faz com que o indivíduo possa ter aspirações pessoais.

A teoria clássica do direito natural e o individualismo que a gerou marcaram - sobretudo nos séculos XVIII e XIX - uma divisão profunda entre a esfera pública e a esfera privada, entre o individual e o coletivo. Daí originaram numerosas doutrinas distinguindo direito público de direito privado e, em paralelo, desenvolvendo-se a idéia de *vontade geral*, no âmbito público, e de *autonomia da vontade*, no âmbito privado.

48 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 41-62, 2001



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

Neste período, a vontade individual ganha força, sendo apontada como causa primeira do direito objetivo e também do direito subjetivo.

Não é mais possível imaginar que a somatória dos interesses privados dos cidadãos resulta no interesse público a ser defendido pelo Estado, na perspectiva defendida por Rosseau e mais tarde por Hegel¹⁴.

Misabel Derzi, tratando especialmente da relação entre interesses particulares e interesses coletivos menciona a passagem de Hegel, em que este afirma que *“l’individu dans l’accomplissement de son devoir doit trouver en même temps son comte, son intérêt personnel ou sa satisfaction et, de sa situation dans l’État, résulte un droit par lequel la chose publique devient en même temps as chose particulière. Dans la verité, l’intérêt particulier ne doit être ni négligé ni refoulé, mais accordé à l’intérêt général, et ainsi l’un et l’autre sont maintenus”*¹⁵.

É evidente que, inobstante o indivíduo conviva em uma comunidade, existem interesses que são seus, particulares, os quais não restam absorvidos pelo interesse público da coletividade. Assim como mencionamos no item precedente, a conceituação precisa dos limites do chamado *interesse privado* deve ter em conta o caso particular e os preceitos constitucionais e legais incidentes sobre o fato.

No direito tributário, especificamente, seria possível afirmar que a busca pela diminuição da carga tributária, sem violação da lei ou cometimento de infração, insere-se como interesse particular ou privado do contribuinte. Assim, em um Estado Democrático de Direito, em que pese o dever geral de favorecimento da solidariedade social, também se manifesta o interesse privado de procurar resultado econômico com a maior economia, desde que de modo legítimo, sem violação legal.

¹⁴ Cfe. Faria, José Eduardo, *Interesse Público versus Interesse Privado: As antinomias jurídicas na gestão pública*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, ano 6, nº 8, p.33.

¹⁵ *In a Sobrevivência do direito privado e o direito público*, artigo publicado em Revista de Direito Público nº 62, p. 67.



Ao mesmo tempo, tal raciocínio pode facilmente incentivar a que os ganhos e a produtividade das empresas e pessoas físicas sejam obtidos à custa da sonegação fiscal, com evidente prejuízo às tarefas que o Estado tem por obrigação realizar, norteadas pelo bem comum.

De outra parte, importante salientar que, em determinadas situações, interesse público e interesse particular caminham conjuntamente, quando a incidência tributária tem por finalidade (extrafiscal) implementar política econômica ou social, ainda que tal fato sobre-carregue financeiramente o contribuinte.

II. O CHAMADO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A hegemonia do interesse público sobre o particular configura dogma aceito por grande parte da doutrina de direito constitucional, administrativo e tributário.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, e.g., refere expressamente a chamada *supremacia do interesse público sobre o privado* trata-se de verdadeiro axioma, visto que, segundo o autor, “*proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, da sobrevivência e asseguramento deste último*”.

Igualmente, como já referido neste trabalho, para atingir a sua finalidade de promover o bem comum, o Estado exerce funções para cujo custeio precisa de recursos financeiros, os quais advêm - principalmente - da arrecadação de tributos. O direito de tributar, como muitos autores referem¹⁷ decorre do seu poder de império, pelo qual interfere no direito de propriedade dos contribuintes.

Outrossim, no plano tributário, por evidente, se observa o intervencionismo do Estado através do planejamento da tributação,

¹⁶ Op. cit. p. 19.

¹⁷ P. ex. Moreira, Ruy Barbosa, in Curso de Direito Tributário, p. 29.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

eis que é o intervencionismo estatal na ordem social e na economia privada meio à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, não só o tributo tem cabimento como meio arrecadatório de fundos para custear a despesa pública, como presta-se à implementação de determinado plano político, na medida em que intervém no plano econômico. Coexiste, pois, uma finalidade fiscal e outra extrafiscal.

Da mesma forma, as constantes fusões de grandes empresas buscando a formação de conglomerados gigantescos, com vistas a dominação de segmentos, transnacionalização de mercados, competitividade e liberdade de circulação de capitais, que se vislumbram, revelam-se - ao menos pontencialmente - incompatíveis com os princípios básicos de convivência e sociabilidade tendentes a um equilíbrio social, o que pode, por exemplo, ser contido através dos meios acima mencionados.

Ressalva, porém, Humberto Bergmann Ávila¹⁸ que, quando a doutrina administrativista tem em conta, nomeando ora como princípio ora como axioma, a supremacia do interesse público sobre o privado, tido como pressuposto de uma ordem social estável, refere-se ao interesse público como necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positivação. Não se trataria de uma norma-princípio ou de postulado normativo, mas do bem comum, como princípio fundamental da ética comunitária ou da política.

Assim, este autor pondera que *o discutido princípio da supremacia explica, antes, uma “regra de preferência”*.

Não se pode olvidar, outrossim, que tanto o interesse público como o interesse privado estão instituídos pela Constituição (no caso a Brasileira), sendo que elementos privados incluem-se também nos fins do Estado, com ocorre em sede de direitos fundamentais.

Assim, tem-se que o interesse público e o privado não se mantêm em antagonismo, ao contrário, entre eles há um liame estrutural, são eles conceitualmente inseparáveis, e é inegável que o interesse

¹⁸ Op. cit. pp. 120-1.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

privado tem intensa relação como bem público perseguido pela Constituição. E congregam, assim, na verdade, dois princípios a serem aplicados.

Necessário, pois, sejam estudados alguns pontos a fim de bem situar a temática da discussão que ora se propõe.

1. Princípios e regras

Os princípios são, como ensina Dworkin¹⁹, *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça, ou na idéia de direito (Larenz); são, assim, fundamentos das regras. São normas de base, que constituem a *ratio* de regras jurídicas.

De ser salientado que a distinção entre regras e princípios como espécimes do gênero norma - e a conseqüente análise das questões daí decorrentes - compõe o alicerce para a compreensão da natureza principialista do Direito Contemporâneo.

Importante ter em conta, assim, que os princípios são verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, as regras jurídicas. Ocorre que, como nos ensina Aléxy²⁰, os princípios são *normas jurídicas de otimização*, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Conseqüentemente, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não deixam margem para outra solução.

No caso de conflito de princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, o que não ocorre quando há conflito de regras, uma vez que estas são reciprocamente excludentes.

A existência de regras e princípios - como exposto acima - permite, consoante Alexy, a descodificação, isto é, permite a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios.

¹⁹ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 166.

²⁰ *Derecho y Razon Practica*. Mexico, Fontamara, 1993, p. 10.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

Um sistema só de regras não subsistiria pelo excessivo legalismo. Haveria segurança, mas inexistiria espaço livre para a complementação e desenvolvimento do sistema. Um modelo baseado exclusivamente em princípios também não poderia ser aceito. A indeterminação, a inexistência de regras precisas conduziriam a um sistema falho de segurança. Assim um sistema intermédio congrega princípios e regras, sendo que os primeiros têm uma função normogenética e uma função sistêmica, dando fundamento às regras jurídicas. Além disso, os princípios formam elos de ligação entre as regras, a fim de montar o sistema constitucional integrado.

O pensamento jurídico contemporâneo é unânime em reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Os princípios têm, assim, positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos “princípios positivos de Direito”, mas também dos “princípios gerais de Direito”. Ou seja, reconhece-se normatividade não só aos princípios que são expressa e explicitamente contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Para que fosse alcançado esse *status* de normatividade dos princípios jurídicos, tanto no campo teórico quanto no normativo, trilhou-se um longo caminho com embates entre o jusnaturalismo (axiomas jurídicos) e o positivismo jurídico (não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos). Segundo alguns autores, há uma terceira fase - chamada pós-positivista - que se inaugura nas últimas décadas deste século, em que os princípios jurídicos conquistam o patamar de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes.

Na questão que ora se coloca, Humberto Bergmann Ávila²¹, citando Alexy, pondera que a regra chamada de prevalência, segun-

²¹ Op. cit. p. 105.



do a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.

Nesta linha, analisa-se, no ponto seguinte, como tal se coloca, como e sob quais circunstâncias se entrecrocaram os dois princípios aqui trabalhados, um relacionado ao interesse do Estado, na aplicação da norma tributária, que traz em si meio e finalidade de concretização do interesse público, e outro, relativo ao contribuinte, tipicamente privado, e qual é a solução oferecida pela teoria dos princípios.

2. A idéia de confronto entre interesse público e interesse privado e a posição de Robert Alexy quanto à colisão de princípios.

Humberto Bergmann Ávila²², tratando do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, assim denominado em grande parte pela doutrina pátria, em sede administrativa, constitucional e tributária, pondera que, tendo por base a teoria geral do direito, tal “princípio” da supremacia, seria *uma regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio prima-facie*.

Sustenta o autor, assim, que não pode haver um “princípio” da supremacia do interesse público, porque ele não se insere na idéia acima descrita de mandamento de otimização, visto que não admite ponderação. Ou é aplicado ou não é.

Contudo, há outra forma de ver os mesmos fatos. Tudo parece indicar que na realidade se observam dois princípios, contidos em conceitos indeterminados: um relativamente ao interesse público e outro, a defender os princípios fundamentais no âmbito privado. A idéia de supremacia do interesse público não seria um princípio,

²² Op. cit. p. 108.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

mas uma das conseqüências possíveis da ponderação destes dois preceitos.

Mas, enfim, será possível afirmar possível uma colisão entre interesse público e interesse privado? E, nesta hipótese, subsistiria sempre o preceito sustentado por diversos doutrinadores como implícito na Constituição de que há supremacia do ente público perante o particular, na esfera da relação de direito tributário?

Não se questiona que a sonegação gera um menor ingresso de receita o que diminui as possibilidades de investimentos do Estado, agravando o fenômeno no qual excluídos dos mercados de trabalho perdem as condições materiais para exercer em toda a sua plenitude os direitos fundamentais de primeira geração e para exigir o cumprimento dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

Faz-se importante, pois, que através da tributação, sejam controladas a mobilidade e a acumulação privada de capitais, sob pena de os direitos fundamentais ingressarem em fase regressiva.

Não se pode olvidar, contudo, que, no desempenhar tal atividade o Estado deve levar em conta aspectos essenciais dos contribuintes, tais como: a necessidade de sigilo, com a preservação da esfera privada dos indivíduos etc.

Nestas hipóteses temos, como já mencionado, em realidade, dois princípios em colisão.

Sobre o tema, Alexy²³ refere que “o cumprimento dos postulados do Estado de direito social apresenta poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição”. Daí extrai o jurista que uma das formas pela qual será efetuada tal redistribuição social “ocorre quando o Estado, por impostos ou outras contribuições, consegue o dinheiro que é necessário para atender o mínimo existencial dos pobres. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de ação

²³ Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, trad. Pelo Prof. Dr. Luís Afonso Heck, datilog.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

geral. Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção”.

Refere, ainda o mestre que “a cobrança de impostos serve diretamente só à produção da capacidade de ação financeira do Estado”. Esta, por sua vez, seria um pressuposto de sua capacidade de ação, e o Estado social pede que esta capacidade de ação seja consideravelmente ampliada.

Alexy considera que a teoria dos princípios de direitos fundamentais oferece a melhor solução para a problemática da colisão.

Segundo a teoria dos princípios, como já mencionado, princípios são *standards*, mandados de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível, aferindo-se as questões fáticas e jurídicas incidentes na hipótese. Assim os princípios podem ser cumpridos em graus diferentes, consoante as circunstâncias do caso possibilitem.

Nesta linha de raciocínio, não é impossível que princípios sejam colidentes. A solução para o impasse é a ponderação.

As regras, por sua vez, obedecem à máxima ou tudo ou nada, ou elas são cumpridas ou não o são, não aceitando caminhos intermediários, são mandamentos definitivos.

Observa-se, pois, que a posição de Alexy, salientando que a solução pela teoria dos princípios é a via pela qual se faz valer a Constituição, sem lhe exigir o impossível, isto é, na medida da concretização dos casos concretos se afere a prevalência dos princípios, ponderando-se a fim de alcançar a melhor aplicação possível das disposições constitucionais.

Logo, não se poderia partir da máxima de supremacia do interesse público sobre o privado *a priori*. Necessário é verificar na prática quais são os valores em jogo. Resta evidenciado que existem dois princípios - que eventualmente se colidem - um relativo ao interesse público, baseado na própria concepção de Estado de Direito, e o outro relativo ao privado, este intrinsecamente relacionado aos direitos fundamentais. A aferição destes valores e a sua solução é tarefa do jurista e da jurisprudência.



3. A posição da jurisprudência brasileira

A solução pela teoria dos princípios, como abordado no item acima é o caminho que a jurisprudência brasileira vem trilhando acerca do assunto ora discutido, em que se batem interesse público e interesse particular.

Necessário aferir as questões atuais, tendo em vista as práticas de narcotráfico internacional, fraude fiscal e de lavagem de dinheiro, quando, então tem se observado o sigilo bancário com temperamentos. A norma geral, por obediência ao princípio maior da privacidade, permanece sendo a do sigilo, considerando-se que ele pode ser rompido de acordo com as circunstâncias fáticas.

Os tribunais vêm entendendo, assim, no passo da doutrina, que o sigilo bancário e fiscal dos cidadãos não é absoluto. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a quebra deste sigilo quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal²⁴, considerando que a quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal²⁵. Também o Superior Tribunal de Justiça já ponderou que, inobstante a proteção do sigilo bancário constitua espécie do direito à intimidade, consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado, *não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, sua relatividade, contudo, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia da intimidade*²⁶.

Resta apontado pelo Tribunal superior, assim, o cuidado que se deve ter no manejo da possibilidade de quebra de sigilo ban-

²⁴ RMS-23002/ RJ; Rel. Min. ILMAR GALVÃO; Publicação DJ DATA-27-11-98, PP-00033, EMENT VOL-01933-01, PP-00059, Julgamento 02/10/1998 - Primeira Turma; Votação: Unânime.

²⁵ AGRINQ-897/ DF; Rel. Min. FRANCISCO REZEK; Publicação DJ, DATA-24-03-95, PP-06806, EMENT VOL-01780-01, PP-00171, Julgamento 23/11/1994 - TRIBUNAL PLENO.

²⁶ Acórdão AGINQ 187/DF; Fonte DJ 16/09/1996; PG:33651; Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; Data da Decisão 21/08/1996; Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

cário. O mau-uso da quebra de sigilo, ou a exposição do indivíduo desnecessariamente, dão oportunidade ao ajuizamento de ação e indenização. Também fica ressalvada que a via judicial é a única aberta para a quebra do sigilo bancário, com análise caso-a-caso, para que seja aferida a real necessidade de tal medida.

Em posicionamento relevando o sigilo do particular, no famoso caso Collor, o Supremo Tribunal Federal declarou a inadmissibilidade como prova de laudo de degravação da memória contida em microcomputador *ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, CF)*²⁷, tendo em conta o posicionamento até então prevalente no Pretório Excelso, que entendia não ser possível tal procedimento sem regulamentação através de lei do dispositivo constitucional que permitisse a interceptação de comunicações telemáticas.

CONCLUSÃO

Primeiramente cumpre afirmar que não se pode ter o que a doutrina chama de “*princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*”, como efetivamente um preceito, como, aliás é posição de Humberto Bergmann Ávila, aqui já mencionada. Contudo, entende-se que também não pode ser tomada tal premissa como regra. Pelo contrário, trata-se de possibilidade de solução entre dois princípios evidentemente existentes: o interesse particular e o interesse público, concretizado na função fiscalizadora do Estado, prevista também constitucionalmente.

Há momentos em que o sentido social da atividade do Estado se impõe, traduzido no dever de fiscalizar. Em outros momentos, considera-se que o interesse do indivíduo não pode ser tocado.

Como bem coloca Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁸ “*a cidadania, exigência do princípio republicano, que a reclama como uma*

²⁷ (Apn nº 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ - I - 13.10.95, p. 34.247).

²⁸ *In* Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, publicado em Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, p. 88.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

espécie de fundamento primeiro da vida política e, por conseqüência, do Estado, antecede o Estado, não sendo por ele instituída. É ela que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular (Cf, art. 1º, parágrafo único). As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais”.

No caso específico do sigilo de dados, aqui referido, a atuação do Poder Judiciário garante ao cidadão o devido processo legal e a dialética processual ensejadora do contraditório e da ampla defesa. Contudo, não pode este sigilo prestar-se a encobrir fraudes fiscais.

É, enfim, o temperamento de tais situações que demonstra a efetiva existência de um Estado de Direito, que não bloqueia o Estado, mas permite que este aja, no exercício de suas atividades, no contorno conferido pela Carta Constitucional.



BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Pratica*. Mexico: Fontamara, 1993.
2. _____. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
3. _____. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, trad. pelo Prof. Luís Afonso Heck, datilog.
4. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, O Direito Público em tempos de Crise - Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pp. 99-127.
5. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
6. BASTOS, Celso Ribeiro. “o princípio da moralidade no direito público. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 22, pp. 44-54.
7. BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed., São Paulo, Lejus, 1998.
8. CARRAZZA, Roque Antonio. *O ICM na Constituição*, *Revista de Direito Tributário*, ano 8, nº 29/30, pp. 162-170.
9. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
10. _____. *Proposta de Modelo Interpretativo para o Direito Tributário*. *Revista de Direito Tributário*, nº 70.
11. COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.
12. COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Datilog.
13. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, col. 1, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.
14. DANIEL, Eduardo Carestiatto. *A teoria do Abuso do Direito e sua aplicabilidade do Direito Tributário*. *Revista dos Tributários*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 24, pp. 60 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 41-62, 2001

15. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas a Aliomar Baleeiro. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense 1997, pp. 21-35.
16. _____. *A Sobrevivência do direito privado e o direito público*. Revista de Direito Público nº 62, pp. 47-71.
17. ENGLISH, *Introdução ao Pesamento Jurídico*, Lisboa, tra. da ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
18. FARIA, José Eduardo, *Interesse público versus Interesse Privado: As antinomias jurídicas na gestão pública*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, ano 6, nº 8, p. 31-42.
19. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista dos Tributários, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, São Paulo, 1992.
20. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988; interpretação e crítica*. 2ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
21. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Trad. da 20ª ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Fabris, 1998.
22. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994.
23. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994.
24. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. Revista dos Tributários, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 24, 1998, pp. 48-49.
25. MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça. *O Princípio Constitucional da Irretroatividade da lei Tributária - A irretroatividade da Lei Tributária*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
26. MOLINA, Pedro M. Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal: Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid, Marcial Pons, 1998.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

27. MOREIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
28. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Legalidade Tributária - O princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta*. Revista de Direito Tributário, n^o 70, pp. 106-115.
29. PASQUALINI, Alexandre. *Reflexões para uma tese sobre o público e o privado*. Revista da AJURIS, n^o 45, pp. 43-62.
30. ROLIM, João Dácio. *Os direitos fundamentais e o fato gerador da obrigação Tributária - Majoração do Imposto de Importação - Princípios Éticos-jurídicos da Constituição e a Responsabilidade sem culpa do Estado*. Revista Dialética de Direito Tributário, n^o 1, pp. 26-40.
31. SACCANI, Romeu. *Direitos fundamentais e tributação da pessoa física*. Revista de Direito Tributário n^o 44, pp. 93-96.
32. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9^a ed., 4^a tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
33. TÁCITO, Caio. *Proteção dos Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n^o 6, pp. 07-10.
34. TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça Distributiva: social, política e fiscal*. Revista de Direito Tributário, n^o 70, pp. 27-39.
35. _____. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo 177:32, 1989.
36. WALD, Arnoldo. *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*. Revista dos Tributários e Finanças Públicas n^o 22, pp. 15/31.