

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

MATHEUS LINHARES DEMCZUK

**“(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA TRIBUTÁRIA APLICADA EM FACE
DA NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA, À LUZ DA
PROPORCIONALIDADE”**

Porto Alegre

2020

MATHEUS LINHARES DEMCZUK

“(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA TRIBUTÁRIA APLICADA EM FACE DA NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA, À LUZ DA PROPORCIONALIDADE”

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Igor Danilevicz

Porto Alegre

2020

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA TRIBUTÁRIA APLICADA EM FACE DA
NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA, À LUZ DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 23 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Igor Danilevicz (Orientador)

Prof. Dr. Andrei Pitten Velloso

Prof. Dr. Arthur Ferreira Neto

CIP - Catalogação na Publicação

Demczuk, Matheus Linhares
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA TRIBUTÁRIA
APLICADA EM FACE DA NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
ADMINISTRATIVA, À LUZ DA PROPORCIONALIDADE / Matheus
Linhares Demczuk. -- 2020.
88 f.
Orientador: Igor Danilevicz.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. multa tributária. 2. compensação de crédito. 3.
direito de petição. 4. proporcionalidade. 5.
inconstitucionalidade. I. Danilevicz, Igor, orient.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha família, que nunca mediu esforços para me proporcionar as melhores oportunidades de ensino e, sobretudo, por me ensinar o valor do caráter e da integridade.

Aos amigos e futuros colegas de profissão que a Faculdade de Direito me proporcionou conhecer e conviver, sem os quais as palavras “companheirismo” e “lealdade” não fariam mais sentido, Guilherme Juliasse, Loislaine Oliveira, Marcírio Barcellos, Maria Clara Sales, Mariana Bittencourt e Marina Damas.

Ao De Rose, Martins, Marques e Vione Advogados Associados, por ter me acolhido ainda no terceiro semestre de faculdade, especialmente à equipe de tributário, formada por Rafael Lima Marques, Bruna Ouriques Basso e Kássio Santariano Greco, que, diariamente, me orientam e me inspiram; os responsáveis por despertarem em mim o apreço definitivo pela área.

Ao professor orientador Igor Danilevicz, por sua disponibilidade e paciência em indicar os caminhos a serem trilhados na confecção deste Trabalho de Conclusão de Curso.

À Manoella Guatimuzim, Maria Eduarda Haack e Mariana Ghizi, por escutarem, compreenderem e apoiarem.

Por fim, à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a todos seus professores, técnicos e auxiliares, que batalham todos os dias por uma educação gratuita e de qualidade.

“Sempre vai haver alguém que sabe mais, fez mais, tem mais experiência ou conhecimento que nós em algum campo específico, em determinado momento. Podemos ver isso como um reflexo do que falta em nós ou uma oportunidade para nos inspirar neles.”

- Beth Kempton em Wabi Sabi

RESUMO

A presente monografia tem por objeto analisar a constitucionalidade da sanção tributária, consubstanciada no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, a qual veicula penalidade pecuniária ao contribuinte, em valor correspondente a 50% do crédito objeto da declaração de compensação, na hipótese de essa não ser homologada pela autoridade fazendária. Parte-se do apanhado teórico acerca do instituto da proporcionalidade composta por três subregras, como concedido pela justiça alemã: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, o qual serve de substrato ao exame da constitucionalidade proposto. Verificados os conteúdos de cada critério de aferição da proporcionalidade, perpassa-se às bases teóricas do direito fundamental de petição, que encontra previsão no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal de 1988, onde se constata a possibilidade de sua restrição, frente a outros direitos e finalidades, desde que de acordo com os preceitos fundamentais do texto constitucional. Após, é realizado o cotejo da definição de compensação tributária, a forma de sua operacionalização, bem como sua previsão legal; são demonstradas as diferentes espécies de sanções tributárias, sobretudo a multa isolada objeto da monografia, com a identificação dos motivos que ensejaram a sua instituição e as suas finalidades, como a inibição de práticas relacionadas à fraude tributária e ao abuso do direito pelos contribuintes, objetivando, com isso, poder sopesá-la com o direito fundamental de petição. Por conseguinte, é feito o exame de constitucionalidade da multa tributária, por meio das três subregras da proporcionalidade. Se verifica, ao final, que a sanção tributária pecuniária é adequada, mas não necessária, isto é, não transpassa o segundo critério de aferição da proporcionalidade, dado que há meio menos gravoso de limitação ao direito de petição com vias a alcançar igual ou semelhante finalidade.

Palavras-chave: multa tributária. compensação de crédito. direito de petição. proporcionalidade. inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph seeks to test the tax sanction's constitutionality as provided through the paragraph 17 of the article 74 of the Law no 9.430/96, which provides a pecuniary penalty of 50% of the tax compensation declaration credit corresponding value for the offending taxpayer, in case it is not approved by the financial authority. The research is based on the proportionality theoretical framework formed by three sub-rules, as given by the German Judiciary: the suitability, the necessity and the proportionality in the narrower sense, which serve as the basis for the proposed tax sanction's constitutionality testing. Once the content of each criterion for verifying the proportionality is examined, the fundamental right to petition's theoretical framework, as provided through the fifth article, item XXXIV, point "a", of the Federal Constitution of 1988, where the possibility of its restriction is substantiated in light of other rights and purposes, since followed the constitutional fundamental precepts, will be analysed. It is, then, investigated the definition of tax compensation, its application form, as well as its legal provision; it is demonstrated different kinds of tax sanction, especially the separate fine, the monograph's object, with the identification of reasons that enabled its legal institution and purposes, as the inhibition of tax fraud related practices and the right's abuse by the taxpayers, seeking, then, to counterbalance it with the fundamental right to petition. The tax sanction's constitutionality testing, therefore, is based on the three proportionality's sub-rules. It is noted, at last, that the pecuniary tax sanction is adequate, but not necessary, that is, it does not follow the second proportionality verifying criterion, because there is a less jeopardizing way of limiting the right to petition with ways to achieve the same or a similar purpose.

Keywords: tax fine; tax credit compensation; right to petition; proportionality; unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN	Código Tributário Nacional
DCOMP	Declaração de Compensação
DCTF	Declaração de Contribuições e Tributos Federais
MP	Medida Provisória
SRF	Secretaria da Receita Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PROPORCIONALIDADE	12
1.1. EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO	13
1.2. RECEPÇÃO NO BRASIL E CRÍTICAS	22
1.3. SUBREGRAS DE ANÁLISE	31
2. DIREITO DE PETIÇÃO	37
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES	38
2.2. RELANCE HISTÓRICO E ASPECTOS INTRÍNSECOS	45
3. MULTA TRIBUTÁRIA (§17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430/1996)	54
3.1. COMPENSAÇÃO, SEU CONCEITO E CONTORNOS	55
3.2. SANÇÕES TRIBUTÁRIAS E A MULTA ISOLADA	62
3.3. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE	70
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objeto a análise de constitucionalidade da sanção tributária pecuniária prevista no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, cujo teor exprime a aplicação de multa isolada ao contribuinte, em valor correspondente a 50% do crédito objeto da declaração de compensação, na hipótese de sua não homologação pela autoridade fazendária. A análise consiste em sopesar a pena materializada por aquela multa com a restrição que, invariavelmente, causa ao exercício do direito fundamental de petição, ínsito no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Serve de guia ao exame da constitucionalidade que será realizado o instituto da proporcionalidade, com enfoque na aferição das três subregras que o compõe, conforme concebido pela justiça alemã. São elas (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

A importância de se enfrentar o tema encontra respaldo em dois fundamentos, quais sejam: (i) a existência de previsão legal que impõe ao contribuinte sanção tributária pecuniária, tão somente em virtude da não homologação de declaração de compensação, isto é, a mera rejeição do pleito administrativo constitui, em si mesma, hipótese de incidência da penalidade; e (ii) o fato de que todas demandas judiciais que tramitam no Brasil, atinentes ao ponto, encontram-se afetadas ao Tema de Repercussão Geral nº 736 do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda sem previsão de desfecho.

O primeiro capítulo é dedicado à construção da base teórica, especificamente em relação ao instituto da proporcionalidade, o qual serve de guisa à aferição da constitucionalidade da mencionada multa tributária. Esse ponto é dividido em três subtópicos. O primeiro tem por objetivo estabelecer a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, desde as suas origens até os seus significados axiológicos; o segundo demonstra como se deu a recepção da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio e a busca incessante por um fundamento jurídico que a embasasse, perpassa-se, ainda, pelas críticas lançadas à aplicação desordenada do instituto; o terceiro, que encerra o capítulo, dá conta de explanar no que consiste cada uma das três subregras que compõem a proporcionalidade: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tal qual concedida e lapidada em solo alemão.

O segundo capítulo se atém aos contornos do direito de petição que, no caso proposto, encontra limitação na aplicação da multa isolada já referida. O capítulo é dividido em dois subtópicos; o primeiro se refere à exposição teórica, pela qual se busca definir a classificação do direito de petição entre direito fundamental e garantia constitucional; por conseguinte, se analisa a possibilidade de restrição ao direito de petição, quando contraposto a outros direitos e finalidades; o segundo tem por objetivo identificar o sentido axiológico do direito de petição, estabelecendo a sua evolução histórica e, adiante, demonstrando sua presença constante nos textos constitucionais brasileiros.

O terceiro capítulo do trabalho visa à abordagem específica quanto ao objeto da análise de constitucionalidade que se pretende na monografia, a multa isolada prevista no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96. A apresentação se divide em três subtópicos; o primeiro apresenta o instituto da compensação de créditos tributários em âmbito federal; busca-se defini-la e identificar a sua regulação normativa, bem como explicar como se dá a sua formalização e operacionalização. O segundo se radica a apresentar os diferentes tipos de multas tributárias existentes no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, a isolada; busca identificar os motivos que embasaram a opção do legislador pela instituição da multa ora analisada e, ainda, procura aferir a finalidade, também dessa multa, ao restringir o direito de petição. O terceiro subtópico, por fim, apresenta o exame de constitucionalidade da multa disposta no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, em que são sopesadas as finalidades de instituição da penalidade com o direito fundamental de petição que limita, à luz das três subregras que compõem a proporcionalidade.

Assim, busca-se constatar se a limitação ao direito de petição, realizada pela mencionada sanção tributária pecuniária, encontra óbice no instituto da proporcionalidade, tal qual concebido e delimitado pelos juristas alemães, cuja força interpretativa encontra lastro na CF/88.

1. PROPORCIONALIDADE

Antes de adentrar o exame da constitucionalidade que se pretende na presente monografia, qual seja, da multa tributária, consubstanciada no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, necessária a explanação acerca da proporcionalidade, que servirá de guia à referida análise.

Nesse sentido, serão apresentados, respectivamente, o aspecto histórico evolutivo dos institutos, sobretudo da proporcionalidade; os conceitos jurídicos da proporcionalidade e da razoabilidade, à luz da doutrina de direito constitucional brasileiro; as diferenças e semelhanças dos institutos, apontadas pelos estudiosos; os diferentes fundamentos jurídicos à recepção da proporcionalidade em solo brasileiro, bem como as críticas lançadas pela doutrina em relação a sua aplicação; e, ainda, as três subregras que compõem a análise da proporcionalidade em face de um caso concreto (a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito).

De antemão, necessário frisar que a doutrina se refere à proporcionalidade de maneira diversa, às vezes como um princípio¹, um postulado², uma máxima³, ou, ainda, um critério⁴. Para o desiderato do trabalho proposto, qual seja, o exame da constitucionalidade da multa tributária prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, pouco agregaria longas digressões acerca da classificação da proporcionalidade entre aquelas nomenclaturas. Imprescindível, no entanto, buscar entender, de forma clara e específica, a semântica da proporcionalidade, quais são os seus fundamentos no direito brasileiro, bem como quais os seus elementos e critérios de aferição, a fim de sua aplicação ao caso concreto proposto.

1.1. EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade não são recentes no sistema jurídico internacional e brasileiro, e, em decorrência disso, são diversos os debates que colocam esses dois institutos no centro dos diálogos constitucionais. No Brasil, há vasta produção doutrinária e uma crescente utilização desses institutos na jurisprudência⁵.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 252.

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201.

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 116.

⁴ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *In* **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003, p. 3.

⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 352-353.

A despeito dos entraves que ao longo do capítulo se demonstrará, há consenso doutrinário de que a razoabilidade e a proporcionalidade possuem origens distintas⁶.

O instituto da razoabilidade possui raízes no direito norte-americano, estando efetivamente integrado “à noção de devido processo legal substantivo”⁷. Corresponde, o devido processo legal, em sua natureza substantiva, “à limitação constitucional dos poderes do Estado, limitação essa atrelada a alguns direitos fundamentais”⁸. Dessa forma, nos Estados Unidos, “passou-se a analisar (...) a razoabilidade e a racionalidade das leis e dos atos normativos em geral, exigindo-se a demonstração ou a constatação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados por esse”⁹.

De acordo com Barroso, a matriz da razoabilidade, no sistema jurídico norte-americano, “remonta à cláusula de *law of the land*, inscrita na Magna Charta, de 1215”, conhecido documento que antecede o constitucionalismo. Atualmente, a consagração da razoabilidade no direito estadunidense se dá através das Emendas 5ª e 14ª da Constituição dos Estados Unidos, “a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da Suprema Corte”¹⁰.

A recepção da razoabilidade no direito norte-americano passou por duas fases distintas. Na primeira, a recepção foi de caráter processual, concedendo-se garantias atreladas à citação, à ampla defesa, ao contraditório e aos recursos. Já na segunda, houve o alcance do caráter substantivo, servindo como valioso mecanismo judicial de afirmação dos direitos fundamentais, considerando o controle de eventuais discricionariedades por parte do legislador¹¹.

Já a proporcionalidade, noutro giro, originou-se do direito administrativo europeu, sendo transposta para o direito constitucional “por meio da produção

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 819.

⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 353-354.

⁸ TAVARES, André Ramos. *op. cit.* p. 816.

⁹ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 286.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 249.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 249.

jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, que lhe conferiu perfil analítico e sistemático”¹².

Na Alemanha, portanto, que a proporcionalidade foi devidamente lapidada, sendo aquele o primeiro país que “guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional”¹³. No entanto, foi apenas no contexto de pós Segunda Guerra Mundial, “por ter constatado que a menção expressa de tais direitos [fundamentais] nas cartas políticas não se mostraram suficientes”¹⁴, com a edição da Lei Fundamental de 1949 e, sobretudo, com a intensa atividade do Tribunal Constitucional alemão (TCF), que a proporcionalidade logrou vasta aplicabilidade constitucional¹⁵.

Assim, foi no período pós-guerra que “a noção de proporcionalidade passou a contar com amplitude e incidência muito maiores, já que se tornou parâmetro (...) em todos os âmbitos do Direito, de forma generalizada”¹⁶. O instituto foi consagrado em território alemão como mecanismo de limitação à discricionariedade administrativa.¹⁷

Insta salientar que a proporcionalidade, na Alemanha, enquanto método de controle às restrições dos direitos fundamentais “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise de relação meio-fim”¹⁸. Ao contrário, o instituto possui conteúdo racionalmente delimitado e planejado pela jurisprudência alemã, consoante Virgílio Afonso da Silva:

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.¹⁹

¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 354.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 407.

¹⁴ GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos Fundamentais e Sistema Tributário: A aplicação do princípio da proporcionalidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 67, 2006, p. 232.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 408.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 811.

¹⁷ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 286.

¹⁸ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

¹⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

A doutrina alemã, acompanhando a evolução que partiu do TCF, debruçou-se a explicar e teorizar acerca das subregras²⁰ que compõem a proporcionalidade, as quais devem ser utilizadas para a aferição do instituto nos casos concretos, são elas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito²¹.

A despeito do consenso doutrinário, consoante acima explanado, em relação às distintas origens da proporcionalidade e da razoabilidade, existem entraves, no que se refere à equivalência entre os dois institutos.

Há autores, como Luís Carlos Barroso, Suzana de Toledo Barros e Gilmar Ferreira Mendes, que tendem a igualar a proporcionalidade e a razoabilidade. Para Barroso, os institutos podem ser empregados de forma fungível, pelo que lhe denomina de “princípio da razoabilidade-proporcionalidade”²². Barros afirma que “o princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”²³. Já Ferreira, ao encontro, versando sobre razoabilidade, veicula os critérios de aferição como se proporcionalidade fosse (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)²⁴.

No entanto, a despeito de considerar que os valores de ambos institutos se aproximam ou se identificam, Barroso, por sua vez, reconhece a existência da posição doutrinária contrária (e majoritária), referindo que desde suas origens, a proporcionalidade e a razoabilidade percorreram diferentes trajetórias na doutrina e na jurisprudência²⁵.

Essa parte minoritária da doutrina, que sustenta o caráter fungível da proporcionalidade para com a razoabilidade, encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶, que, não surpreendentemente, reflete o posicionamento doutrinário de seus ministros, Barroso e Ferreira.

²⁰ As três subregras que compõem a proporcionalidade serão devidamente esmiuçadas no tópico correspondente do presente trabalho (1.3).

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 588.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 300-301.

²³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 541.

²⁶ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

A jurisprudência da Corte Suprema, portanto, não se mostra segura para o estabelecimento da diferenciação entre a proporcionalidade e a razoabilidade, considerando a ambiguidade na utilização dos institutos²⁷. Humberto Ávila, após analisar detidamente os julgados do STF, chega à conclusão de que a proporcionalidade, tal qual empregada, se confunde reiteradamente com a razoabilidade de forma equivocada²⁸.

Em complemento, Virgílio Afonso da Silva, responsável pela tradução de Robert Alexy para o português, afirma que a análise da jurisprudência do STF, com o intuito de diferenciar os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade “pouco ou nada acrescenta à discussão”²⁹, visto que, no âmbito da Suprema Corte, a análise da proporcionalidade é simplista e mecânica, ignorando-se, praticamente, os pressupostos de análise do instituto, como concebido originalmente na Alemanha, quais sejam, (i) a adequação; (ii) a necessidade; e (iii) a proporcionalidade em estrito senso³⁰:

O raciocínio aplicado [pelo STF] costuma ser muito mais simplista e mecânico.

Resumidamente:

- . a constituição consagra a regra da proporcionalidade.
- . o ato questionado não respeita essa exigência.
- . o ato questionado é inconstitucional.³¹

No mesmo sentido, Leonardo Martins, que asseverou quanto à impossibilidade de aproveitamento da jurisprudência do STF para a definição de um conceito delimitado de proporcionalidade. Para ele “o caráter meramente retórico de sua aplicação deve-se também ao tratamento eclético que a doutrina brasileira lhe deu, sobretudo ao mesclar elementos dogmáticos alemães com a ideia de razoabilidade.”³²

²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355.

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 473.

²⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

³⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *ibidem*. p. 40.

³¹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *op. cit.* p. 31.

³² MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003, p. 41.

Nesse ponto, deve-se levar em conta que as mais recentes literaturas jurídicas e a jurisprudência alemã adotam sentidos autônomos para o postulado da razoabilidade e da proporcionalidade³³. Há diferença entre esses institutos

no que tange, principalmente, à origem histórica (como mencionado, a razoabilidade surgiu no direito americano ao passo que a proporcionalidade surgiu do direito alemão); à estrutura (a razoabilidade é aplicada na esteira do que seria racional ou equilibrado em uma dada circunstância, e, portanto, dotada de estrutura mais subjetiva; já para a proporcionalidade, frente à clareza dos seus elementos a serem aplicados no caso concreto, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é dotado de uma estrutura mais objetiva); à abrangência na aplicação (a razoabilidade teria por escopo apenas impedir aqueles atos que transgridam o senso comum, enquanto que a proporcionalidade deve servir de eixo à prática de determinado ato, devendo-se, inclusive, estar presente a razoabilidade).³⁴

Com base nisso, considerando-se a deficiência da jurisprudência do STF para esclarecer no que consiste a proporcionalidade e a razoabilidade, possibilitando, com isso, a sua aferição aos casos concretos, como já demonstrado, insta a análise dos institutos, partindo-se da premissa de sua dissociação e não fungibilidade, em que os contornos são claros e bem delimitados, de modo a possibilitar o exame de constitucionalidade que se pretende na monografia.

Com o passar do tempo, após sua origem, a razoabilidade passou a exprimir um conceito de justiça material, “de não arbítrio ou capricho, de racionalidade e justificação dos atos do Poder Público”³⁵. Assim o foi, de maneira difusa e fluida, sem estar associada, necessariamente, à forma engendrada pelo TCF³⁶.

A razoabilidade, portanto, evoluiu sem maiores detalhamentos quanto ao seu conteúdo, pressupostos e elementos, que supostamente serviriam para aplicação do instituto em casos concretos, ao contrário da proporcionalidade concebida pelo direito alemão. A razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade³⁷, com significado menos preciso, é “utilizada para referir a outros juízos de ordem substantiva que

³³ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

³⁴ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 289.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 541.

³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 353-354.

³⁷ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45.

transcendem à análise da relação entre fins e meios e à correlata verificação da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito”³⁸.

Há quem diga, no entanto, que a razoabilidade é menos ampla do que a proporcionalidade. Para Virgílio Afonso da Silva, a exigência de razoabilidade, quando fundada no devido processo legal substancial, “traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Nesse sentido, há duas exigências para a aferição da razoabilidade, a (i) compatibilidade entre meio e fim e a (ii) legitimidade dos fins. Considerando o apontamento de Virgílio, “o conceito de razoabilidade (...) corresponde apenas à primeira das três subregras da proporcionalidade, isso é, apenas à exigência de adequação”³⁹. Em conclusão, a proporcionalidade e a razoabilidade não se confundem, pois,

aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topos dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.⁴⁰

Ávila, por sua vez, refere que a razoabilidade é, muitas vezes, empregada com diversos sentidos e em diversos contextos, com múltiplas finalidades⁴¹. No entanto, no entendimento do professor, o instituto “não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, como para Virgílio, mas se apresenta no ordenamento jurídico como espécie de dever de vinculação entre duas grandezas. Assim, a título exemplificativo, salienta ser possível, pela razoabilidade, analisar determinado caso concreto pela “medida adotada e o critério que a dimensiona”. Assim, na aplicação da razoabilidade, não serão objeto de análise os meios e fins empregados⁴², mas sim as medidas adotadas e os critérios utilizados para o dimensionamento dessas.

A definição de razoabilidade, descrita por Ávila, é clarificado quando empregado na esfera penal. Segundo o doutrinador, considerando que em casos

³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 359.

³⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *ibidem*. p. 45.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 194.

⁴² Idem. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 501-502.

criminais não se pode afirmar que a culpa leva à pena, porquanto, nessa hipótese, tratam-se de elementos empiricamente discerníveis, entre eles não há relação de causalidade, mas sim uma relação de correspondência⁴³. No exemplo crime apresentado, utilizara-se da aferição de duas grandezas - a culpa e a pena – (razoabilidade), para se averiguar possível irregularidade na imputação da condenação. Por outro lado, não se realizaria a análise, daquele caso, com base no sopesamento entre meios e fins (proporcionalidade), visto a ausência de relação de causalidade entre as duas grandezas utilizadas, a culpa e a pena.

Como visto acima, mesmo a doutrina majoritária, que dissocia os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, diverge entre si sobre o verdadeiro significado da última, a qual é, por vezes, considerada (i) ampla, difusa, abstrata e sem critérios definidos para sua aferição ao caso concreto; (ii) como um critério de ponderação exclusivo de meios e fins, em relação à medida normativa sob análise (critério de adequação da proporcionalidade); ou, ainda, (iii) como um dever de vinculação entre duas grandezas (critérios e medidas que dimensiona). A despeito disso, há consenso de que a razoabilidade está vinculada a um ideal de justiça material, de racionalidade, como “parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis”⁴⁴, tal qual a proporcionalidade. Está mais voltada, entretanto, a uma análise de atos normativos que transpassem o senso comum⁴⁵, sem ser dotada de critérios bem delimitados e racionais de aferição.

Já em relação à proporcionalidade, de forma contrária à razoabilidade, houve uma evolução objetiva na doutrina, vindo o instituto a se tornar um efetivo mecanismo de controle à aferição da legitimidade das restrições a direitos fundamentais⁴⁶, pelo qual se exige a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais por parte do Poder Legislativo e Executivo. Com o instituto, busca-se exercer efetivo papel de fiscalização e controle quando vários bens ou objetivos entram em conflito, de forma que não podem ser realizados ao mesmo tempo⁴⁷.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 502.

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 353.

⁴⁵ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 289.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 541.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 609.

Diante da sua evolução doutrinária, a proporcionalidade “desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de otimização de princípios”, dessa forma, funciona como base de sopesamento daqueles que conflitam quando em determinada situação⁴⁸ ou, ainda, como mecanismo de decisão para os problemas dogmáticos envolvidos na concretização dos diferentes direitos fundamentais⁴⁹.

A proporcionalidade “passou a receber seus contornos dogmáticos precisos que até hoje são utilizados na jurisprudência do TCF com o estudo de vínculo do legislador aos direitos fundamentais”⁵⁰. Tal delimitação deve-se à composição da proporcionalidade em suas três máximas parciais, a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁵¹.

A partir desses contornos quanto à proporcionalidade, formulados pelo TCF e aperfeiçoados pela doutrina alemã, a partir das três máximas de sua aferição no caso concreto, o processo de aplicação do instituto passou a ser racionalmente considerado. Leonardo Martins resume esse processo lógico-dogmático, que

“parte da verificação o propósito ínsito à intervenção estatal no livre exercício do direito fundamental que deve ser legítimo, ou seja, não pode se chocar contra nenhum dispositivo do ordenamento jurídico. O meio empregado na intervenção também deve satisfazer a esta condição de legitimidade formal. Após tais verificações parte-se para a análise da proporcionalidade da relação “meio-fim”.⁵²

Como perquirido, embora a proporcionalidade e a razoabilidade tenham sido concebidas como mecanismos de controle à discricionariedade de atos administrativos e judiciais, em relação à restrição dos direitos fundamentais, essas possuem diferenças entre si, que vão desde a sua origem até a sua efetiva aplicação nos casos concretos.

A proporcionalidade, notadamente, possui subregras de aferição racionalmente delimitadas pela justiça alemã. Tal lapidação contribuiu para a sofisticação do instituto,

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 817.

⁴⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003, p. 40.

⁵⁰ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003, p. 40.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 116-117.

⁵² MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, p. 41.

de modo que a sua aplicação não esteja limitada a uma mera “busca pela justiça do caso concreto”⁵³ - ideal abstrato, frequentemente alvo do senso comum, tal qual ocorre com a razoabilidade⁵⁴.

Com base nisso, considerando a busca por maior precisão e segurança à análise de constitucionalidade que se pretende no presente, à luz da proporcionalidade (e não da razoabilidade), opta-se por aplicar essa, no decorrer da monografia, em seu sentido mais conservador, tal qual concebida pelo TCF, cuja aferição se dá mediante a adoção das subregras da (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, as quais serão esmiuçadas em tópico próprio (1.3).

Antes, necessário adentrar alguns aspectos quanto ao ingresso da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, notadamente em relação aos fundamentos constitucionais de sua recepção, passando, brevemente, pelas críticas lançadas ao instituto pela doutrina brasileira.

1.2. RECEPÇÃO NO BRASIL E CRÍTICAS

A proporcionalidade não encontra respaldo como norma geral de direito escrito no sistema jurídico brasileiro⁵⁵. Na Alemanha, igualmente, a proporcionalidade não está explícita no texto constitucional. Naquele país, a doutrina e a jurisprudência obraram para que a proporcionalidade alcançasse largo progresso⁵⁶.

No direito brasileiro, os contornos da proporcionalidade, notadamente em relação aos seus fundamentos, também foram dados pela doutrina, que se utiliza, para tanto, do ideal garantidor da própria CF/88. Foi apenas de forma gradual que a proporcionalidade passou a ser utilizada pelos tribunais brasileiros como razões de decidir⁵⁷.

⁵³ HAEBERLIN, Martín. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. In **Revista da AJURIS**, vol. 45, nº 145. Porto Alegre: AJURIS, 2018. p. 194.

⁵⁴ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 293.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 191.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 434.

A problemática da recepção da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, considerando não estar expressamente prevista na CF/88, refere-se ao “questionamento sobre seu caráter de princípio autônomo ou quanto a sua derivação de outros princípios expressamente consagrados na Constituição”⁵⁸.

A professora Raquel Denize Stumm, ao dissertar sobre o tema, sustenta três possibilidades para a recepção da proporcionalidade em um sistema jurídico: o Estado de Direito, os direitos fundamentais e o princípio do devido processo legal⁵⁹. Especificamente em relação à recepção da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, todavia, a maior parte da doutrina encontra fundamento em dispositivos esparsos do texto constitucional. As maiores correspondências se referem ao princípio da igualdade/isonomia e, consoante já aventado por Stumm, o princípio do devido processo legal.

O fundamento da proporcionalidade em solo brasileiro, quando relacionado à noção de igualdade, possui correspondência ao aspecto material dessa, isto é, pela busca de distribuição justa dos direitos e deveres fundamentais, analisando-se aspectos que diferenciam um caso do outro⁶⁰. A doutrina de Guerra Filho, especificamente, esclarece:

Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica — ou, antes, ‘pitagórica’, como prefere DEL VECCHIO — de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal — aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações”.⁶¹

Noutra senda, quando o fundamento da aplicação da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro é apresentado como sendo o princípio do devido processo legal, valem-se alguns dos doutrinadores do art. 5º, LIV, da CF/88⁶².

⁵⁸ TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 829.

⁵⁹ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 97-170.

⁶⁰ TAVARES, André. *op. cit.* p. 816.

⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999, p. 63.

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Para esse entendimento, é utilizada a segunda ramificação do princípio do devido processo legal, tendo por base a sua origem anglo-saxã, qual seja, o devido processo substancial⁶³. Essa acepção do devido processo, como já salientado no tópico anterior, traduz uma noção de vinculação do legislador a um processo legislativo compatível com os direitos fundamentais dos cidadãos, norteado por critérios justos, basilares à aferição de meios e fins. No entender do ministro Gilmar Mendes, esse fundamento seria tão importante que, inclusive, seria capaz de conferir ao postulado um sentido autônomo no sistema jurídico pátrio, isto é, como princípio geral de direito, em que pese não haja qualquer menção expressa ao instituto no texto constitucional⁶⁴.

Paulo Bonavides, defensor ferrenho da aplicação da proporcionalidade no Brasil, sustenta que o sistema jurídico brasileiro já acolhe, em diversos dispositivos normativos, a aplicação do instituto, sem, no entanto, destacá-lo⁶⁵. A título exemplificativo, cabe referir os incisos V, X e XXV do art. 5º, sobre direitos e deveres individuais e coletivos e os incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais, todos da CF/88.

Virgílio Afonso da Silva vai mais longe e se abdica da tarefa de buscar um fundamento de recepção da proporcionalidade no Brasil. O autor entende ser plenamente infrutífera essa busca, considerando que “a proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”⁶⁶.

Como demonstrado, o entendimento doutrinário no Brasil não é uníssono quanto a um fundamento da proporcionalidade: ora se entende pela sua correlação ao princípio da igualdade/isonomia; ora por sua intrínseca ligação ao princípio do devido processo legal, sob a ótica substancial, e, ainda, ora se exprime de diversos

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

⁶³ DO Couto e Silva, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 578.

⁶⁴ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 200.

⁶⁵ Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

⁶⁶ Afonso da Silva, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

dispositivos esparsos constitucionais, cujo teor prevê direitos sociais, coletivos e individuais aos cidadãos.

Foi nesse contexto de tamanha dúvida quanto à fundamentação constitucional da proporcionalidade em solo brasileiro, que Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis propuseram dois argumentos normativos⁶⁷.

O primeiro diz respeito à previsão do §1º do art. 5º da CF/88⁶⁸, cujo teor vincula diretamente o legislador à observância dos direitos fundamentais. Exige-se do legislador respeito a todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente e, em caso de conflito entre eles, racional ponderação, em que a restrição a um desses direitos se dê tão somente até o limite de sua necessidade. Assim, necessária a observância do critério da proporcionalidade.

O segundo argumento normativo ao fundamento da proporcionalidade no Brasil se refere ao §2º do art. 5º da CF/88⁶⁹, o qual possibilita o reconhecimento de garantias e direitos não expressamente previstos na Magna Carta, mas que tenham azo nos princípios que ela prevê. Nesse contexto, a proporcionalidade

decorre da necessidade de harmonizar: (a) o exercício de direitos fundamentais com bens jurídicos conflitantes contemplados pelo texto constitucional como seus limites; e (b) os direitos fundamentais que colidem mediante controle das respectivas e muitas vezes implícitas intervenções legislativas.⁷⁰

Esses dois últimos argumentos normativos apresentados (§§1º e 2º do art. 5º da CF/88), com fulcro a identificar o fundamento da proporcionalidade no Brasil,

⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 189.

⁶⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

⁶⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 190.

parecem ser dotados de notável plausibilidade, sobretudo porque conseguem englobar, em um ou outro critério, a confusa construção doutrinária sobre o tema. Afinal, os doutrinadores que entendem existir um fundamento em cláusula expressa da Constituição, notadamente em relação aos direitos sociais, individuais e coletivos, podem encontrar respaldo no primeiro argumento normativo, cujo teor determina a aplicação imediata desse direito previsto. De outro lado, aqueles que sustentam um fundamento difuso, decorrente da própria estrutura das garantias e princípios constitucionais, podem encontrar respaldo no segundo argumento normativo, cujo teor possibilita a utilização de outros princípios e garantias, ainda que não explicitamente previstos.

Os diversos fundamentos dados à recepção da proporcionalidade, no entanto, não a poupou de críticas por parte da doutrina, que, com isso, obrou em lapidar os contornos de sua aplicação. Com a recepção do instituto aos ordenamentos jurídicos, ao poder judiciário é possível interpretar quaisquer dispositivos normativos à luz da proporcionalidade, em qualquer caso concreto.

Nesse passo, o maior óbice encontrado pela proporcionalidade em sua integração a um sistema jurídico foi a de que a sua aplicação concederia ao poder judiciário a possibilidade de exercício de atividades exclusivas do poder legislativo, o que acarretaria em insegurança jurídica e em violação à separação de poderes. Segundo esse raciocínio, seria possível ao julgador, sob o pretexto da utilização da proporcionalidade, decidir amplamente sobre qual lei permanece vigente no ordenamento e qual não; em outras palavras, ao julgador seria possível legislar⁷¹.

A crítica, apresentada acima de forma ampla, com o passar do tempo, ramificou-se em diversas outras, responsáveis por pontuar cada aspecto da aplicação da proporcionalidade pelo julgador, em detrimento da atividade do legislador. A doutrinadora Omara Gusmão se debruçou a compilá-las, pelo que se chegou à conclusão de seis ramificações daquela crítica, que se passa a explicar⁷².

A primeira preocupação reside na “alteração qualitativa” da proporcionalidade, do direito administrativo⁷³ ao constitucional. Segundo os doutrinadores que defendem

⁷¹ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 291.

⁷² GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos Fundamentais e Sistema Tributário: A aplicação do princípio da proporcionalidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 67, 2006, p. 244-245.

⁷³ Nesse ponto, importa ressaltar que a legislação infraconstitucional, notadamente, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, prevê expressamente

essa crítica, estar-se-ia diante de um aviltamento das atividades legislativas, vez que se subordinaria a legislação constitucional a um princípio do direito administrativo. Essa irresignação não logrou maiores repercussões, nem restou reconhecida pela jurisprudência, considerando que não se pode afirmar, com certeza, que o fato de alçar um princípio administrativo à esfera constitucional incorreria em degradação da legislação, tampouco nas atividades do legislador.

A segunda objeção reside na utilização excessiva da proporcionalidade pelo julgador como princípio geral de direito, sem a verdadeira compreensão de seus contornos, o que comprometeria seu substrato e veracidade. Segundo Omara, “como princípio aberto, se utilizado de forma abusiva põe em perigo a própria ordem jurídica que serve”. Nesse sentido, a crítica serviria para a reflexão dos operadores do direito quando da aplicação da proporcionalidade.

Considerando o apanhado já realizado na monografia, cabe o comentário de que tal crítica seria infundada se o sistema jurídico brasileiro, sobretudo os tribunais, aplicasse a proporcionalidade em conformidade aos seus axiomas dogmáticos, isto é, sem confundi-la com a razoabilidade (instituto difuso e abstrato). Como visto, e será detidamente esmiuçado no próximo tópico, a proporcionalidade possui contornos e aspectos de aferição bem delimitados, desde a sua concepção pelo judiciário e doutrina alemães. Ocorre que, no Brasil, forte na jurisprudência do STF, confunde-se os institutos da proporcionalidade e razoabilidade, pelo que se aplica, de fato, a última. Possível denotar, portanto, que a segunda objeção feita pela doutrina à aplicação da proporcionalidade serviria à aplicação da razoabilidade, cuja compreensão de seu significado não é bem delimitado.

A terceira ramificação da crítica principal, trazida pela doutrina de Omara Gusmão, diz respeito à preocupação dos estudiosos com a expansão demasiada da proporcionalidade, de forma que, ao ser utilizada em todos os ramos do direito pátrio, prejudicaria a normatividade do ordenamento, o qual passaria a ser balizado por princípios. Em outras palavras, há o receio de que a lei dê lugar aos princípios. Essa ramificação de irresignação também não obteve eco na doutrina, considerando que os princípios funcionam como balizadores da ponderação legislativa e não como

a proporcionalidade como princípio a ser seguido, consoante o caput do art. 2º, que prevê: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” BRASIL. **Lei nº 9.784/99**. Brasília, DF: Senado, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Último acesso em 11.11.20.

substitutos da letra da lei⁷⁴. O legislador, quando se utiliza da proporcionalidade como método de sopesamento, no caso concreto, de dois ou mais direitos em conflito, não está, formalmente, substituindo um direito por outro, a lei pela aplicação do princípio, mas tão-somente buscando o nivelamento de um ou outro, em busca da justiça material, mediante delimitados critérios. O contexto dessa discussão deu origem à quarta ramificação de irresignação em face da proporcionalidade.

A quarta vertente pretende alertar sobre os riscos decorrentes do nivelamento de direitos fundamentais, apontando que a proporcionalidade não é, por si, um direito fundamental, mas engloba diversos outros em seus parâmetros. Assim, a sua aplicação exacerbada possui o risco de alterar todo o sistema dos direitos previstos constitucionalmente, de forma a criar um “direito geral de liberdade”. Ocorre que os defensores dessa ideia veem a proporcionalidade como um mecanismo de limite aos próprios direitos fundamentais, o que não é correto, considerando a gênese alemã do instituto. A definição da proporcionalidade, como já foi abarcado em tópico próprio, coaduna-se à sua finalidade de limitadora à discricionariedade legislativa, em face da restrição de direitos fundamentais e não como uma limitação aos próprios direitos fundamentais.

A quinta ramificação apresentada por Omara Gusmão se refere à preocupação de que a aplicação da proporcionalidade crie espécie de “governo dos juízes”, de modo que haja desequilíbrio entre os poderes legislativo e judiciário. Nessa acepção, o receio é de que “a fluidez do conteúdo do princípio da proporcionalidade poderia servir de mote a uma expansão incontrolável e exacerbada do controle das decisões dos demais poderes do judiciário”.⁷⁵

A sexta ramificação crítica, por sua vez, nessa mesma acepção, refere os riscos de substituir os valores objetivos da Constituição e da lei por juízo de valor subjetivo por parte do julgador. Nesse sentido, a proporcionalidade poderia ter o seu significado esvaziado mas como um método de busca exagerada por “justiça no caso concreto”.

As ramificações quinta e sexta, no entanto, não logram êxito. Com base na delimitação alemã dada à proporcionalidade, o espaço conferido ao julgador para a

⁷⁴ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

⁷⁵ GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos Fundamentais e Sistema Tributário: A aplicação do princípio da proporcionalidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 67, 2006, p. 244.

aplicação do instituto é limitado e possui parâmetros intrínsecos bem limitados, os quais devem ser observados.⁷⁶

Ao encontro desse pensamento, Paulo Magalhães descaracteriza a crítica principal de que a aplicação da proporcionalidade acarretaria na usurpação da função principal do legislativo pelo judiciário:

Evidentemente que as críticas, ponderadas e respeitáveis que sejam, não resistem a um confronto mais sério, todas elas alicerçadas numa visão tradicional do direito constitucional e, por isso mesmo, resistentes aos influxos da inovação. O temor de que a doutrina possa possibilitar a remoção da função legislativa tão só pela decisão de um Tribunal é, em si mesmo, desarrazoado, porque o que a doutrina postula não é a sindicalidade das razões de oportunidade e conveniência da lei, mas sim que se proceda a um cotejo entre os vetores axiológicos da Constituição e a lei ou o ato administrativo, para que se verifique uma relação de adequação e conformidade ou de inadequação e confronto.⁷⁷

As respeitáveis críticas lançadas à aplicação da proporcionalidade, em sua maioria, como demonstrado, referem-se ao receio de que o juiz passe a ter ampla atuação, de modo a desequilibrar a separação dos poderes. No entanto, não encontram eco na doutrina majoritária, principalmente quando analisada a contribuição que a proporcionalidade traz ao ordenamento jurídico, em relação à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da democracia⁷⁸.

A aplicação da proporcionalidade, da forma como idealizada pelos alemães, com critérios de ponderação bem delimitados, ao contrário do que referem as críticas lançadas, tem por um de seus objetivos a mitigação da insegurança jurídica. Afinal, por meio do instituto pode-se aventar a possibilidade de substituir o “decisionismo judicial” desenfreado por critérios de aferição racionalmente demarcados, que contribuam à efetivação dos direitos fundamentais, obrando em enaltecer a segurança jurídica⁷⁹.

Não se pode deixar de consignar que a aplicação da proporcionalidade, sem a devida observância de seus critérios delimitadores, deve ser ponderada e, assim,

⁷⁶ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 299.

⁷⁷ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 283.

⁷⁸ GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos Fundamentais e Sistema Tributário: A aplicação do princípio da proporcionalidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 67, 2006, p. 247.

⁷⁹ HAEBERLIN, Mártin. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. In **Revista da AJURIS**, vol. 45, nº 145. Porto Alegre: AJURIS, 2018. p. 194.

minimizada, sob pena de seu uso irrestrito, transpor os limites da CF/88, no tocante à separação dos poderes⁸⁰. Nesse ponto, cabe rememorar que o STF, em seus julgados, confunde os institutos da proporcionalidade e razoabilidade, aplicando, por fim, a última, sem qualquer enfrentamento dos critérios de aferição ao caso concreto que balizam o instituto da proporcionalidade. Pode-se concluir, portanto, que as críticas apresentadas não logram êxito quando lançadas contra o instituto da proporcionalidade e seus critérios delimitadores, mas devem ser objeto de reflexão pelos operadores do direito quando lançadas ao instituto da razoabilidade, tal qual empregado pelo STF.

Como demonstrado, a recepção da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio foi turbulenta: muitos foram os fundamentos encontrados e debatidos em relação ao seu respaldo constitucional e muitas foram as críticas à sua aplicação.

Apesar disso, conforme se objetivou demonstrar no capítulo, independentemente de qual fundamento seja dado à proporcionalidade, todos encontram respaldo no art. 5º, §1º e/ou §2º da CF/88. Além disso, a despeito das críticas lançadas ao instituto, essas se originaram e se desenvolveram, cada uma a sua medida, com o intuito de delimitar a aplicação da proporcionalidade, mas não para negá-la.

Atualmente, é notória a aceitação doutrinária e jurisprudencial da proporcionalidade como norma integrante do direito constitucional brasileiro. Dotada de características principiológicas, foi recepcionada como “paradigma ou parâmetro para a aferição da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Lei Maior, no que se refere ao conteúdo daquelas normas”⁸¹. Corroborando esse entendimento, Paulo Bonavides o complementa, salientando que

a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.⁸²

⁸⁰ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 299.

⁸¹ GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. *Ibidem*, p. 298.

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 436.

Sendo inconteste a recepção e a aplicação da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, considerando-se, ainda, que na presente monografia se utilizará do instituto à luz da sua gênese alemã (e não da forma como frequentemente é tratada, tal qual a razoabilidade – abstrata e difusa), necessário se mostra a explanação detalhada de cada uma das subregras que compõem a proporcionalidade, as quais lhe conferem o norte da segurança jurídica, a funcionar como mecanismo de limitação à discricionariedade do poder público em face da restrição de direitos fundamentais.

1.3. SUBREGRAS DE ANÁLISE

A proporcionalidade, tal como concebida, possui estrutura racionalmente delimitada, traduzindo-se em três subregras que devem ser observadas quando de sua aferição ao caso concreto, quais sejam: (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito⁸³. Em sumário, a proporcionalidade possibilita ao julgador invalidar atos discricionários por parte do legislativo ou da administração pública quando

- a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação);
- b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso);
- c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).⁸⁴

A aplicação da proporcionalidade, baseada no exame das três subregras sumariamente apresentadas, é realizada através de um processo sucessivo de “natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito)”⁸⁵.

Nesse processo de aplicação do instituto, verifica-se o afunilamento progressivo dos critérios delimitadores da proporcionalidade, isso porque são, entre si, subsidiários. Independentemente do modo como realizada a enumeração das

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 588.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 300-301.

⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 182.

subregras, sempre deve-se proceder a análise do caso concreto da seguinte forma: a adequação é feita antes da necessidade e essa, por conseguinte, precede a análise da proporcionalidade em estrito senso⁸⁶.

A importância do ponto deve ser ressaltada, haja vista que a próxima subregra da “cadeia” de análise só será, então, aferida se o caso não houver sido encerrado com a análise da regra anterior. Assim, “a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se (...) com o simples exame da adequação do ato estatal (...). Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade.”⁸⁷

Feita a consideração, parte-se à explicitação do que consiste cada etapa de aferição da proporcionalidade, a fim de aplicá-la aos casos concretos.

A adequação e a necessidade transmitem a noção de exigência do máximo enfrentamento das possibilidades fáticas do caso concreto. A máxima, como se refere Alexy, da adequação pode ser classificada como um critério negativo. Nesse sentido, a subregra não é responsável por determinar todas as variáveis, nem as soluciona, mas exclui algumas, especificamente, aquelas que não são adequadas⁸⁸.

Nesse sentido, a adequação consiste, em um primeiro momento, em verificar se a lei sob exame “contém os meios hábeis a atingir os fins pretendidos, não cabendo indagar se tais meios serão os melhores, ou não; bastará que haja uma relação de pertinência lógica entre meios e fins”⁸⁹. Em solo brasileiro, difundiu-se a definição de que um meio adequado se refere “àquele apto para alcançar o resultado pretendido”⁹⁰.

Na etapa da adequação não se está a perquirir se a lei sob análise veicula os melhores e mais suaves meios à obtenção do fim que se pretende; nem se de fato, a lei irá alcançar o fim através desses meios. O que deve ser perquirido nessa etapa, em outras palavras, é se a lei lança mão de meios (independentemente de serem os mais gravosos ao cidadão) que fomentam, promovam, o fim que se busca⁹¹.

⁸⁶ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

⁸⁷ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 590.

⁸⁹ DO COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 579 .

⁹⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

⁹¹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

Portanto, um meio só será considerado totalmente inadequado, à luz da proporcionalidade, “quando inequivocamente se apresentar como inidônea [o] para alcançar seu objetivo”⁹². A doutrina de Canotilho corrobora:

a exigência de conformidade pressupõe que se investigue e prove que o acto do poder público é apto para e conforme os fins que justificaram a sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.⁹³

Ao se debruçar sobre a primeira subregra da proporcionalidade, Jane Pereira vai um pouco mais longe e propõe que a análise da adequação seja realizada em duas etapas distintas. A primeira diz respeito a verificar se a lei objeto da restrição do direito fundamental visa à alcançar um fim constitucionalmente legítimo; a segunda, em verificar se a lei veicula um meio adequado à obtenção desse fim. Percebe-se, portanto, que a professora pertinentemente acrescenta a essa etapa de aferição da proporcionalidade a verificação da legitimidade constitucional do fim buscado pela lei. O passo acrescentado é, de fato, condizente com a análise buscada, sobretudo porque um fim não pode ser considerado adequado ou idôneo se, explicitamente, contrapõe-se aos preceitos seguidos pela nossa Constituição⁹⁴.

Nessa acepção, o intérprete da lei que restringe direitos fundamentais, à luz da proporcionalidade, deverá (i) identificar a finalidade pretendida pela lei; (ii) verificar se o fim buscado está em consonância à estrutura de garantias e direitos do sistema constitucional e, se validada a etapa anterior, (iii) aferir se os meios empregados pela norma, isto é, se a restrição dos direitos que veicula, possibilitam alcançar o fim buscado⁹⁵.

A identificação da finalidade de uma lei não é tarefa fácil, considerando-se que nem todos aspectos finalísticos de uma norma estão devidamente expressas nos documentos legislativos, a exemplo, na exposição de motivos. Portanto, o exercício de se identificar a finalidade de uma lei é, sobretudo, hermenêutico (interpretativo), tal qual a tarefa de analisar a sua constitucionalidade. Tavares, sobre o ponto, reconhece que “a doutrina ainda carece de um estudo mais aprofundado e esclarecedor acerca

⁹² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 78.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 387.

⁹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 428.

⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Ibidem*. p. 363-364.

da metodologia mais apropriada para um levantamento adequado da finalidade de cada lei”⁹⁶.

Devidamente delimitados os contornos da primeira etapa de aferição da proporcionalidade em relação a uma medida restritiva de direitos, verificados todos os seus elementos, deve passar o intérprete à análise da segunda subregra do instituto, a da necessidade.

A etapa da necessidade é conceituada por Alexy, após detida análise de julgados do TCF, como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”⁹⁷. Como visto, na primeira etapa, a da adequação, não se analisou se o legislador optou pelo melhor meio ou, então, o mais suave, a justificar a restrição de direitos que pretende, isso porque tal análise é feita apenas nessa segunda etapa da proporcionalidade, a da necessidade.

No entanto, ressalta-se que, para a concretude da segunda subregra, não basta verificar se o meio adotado pelo legislador é o menos gravoso à restrição de direitos do cidadão. A necessidade de um meio legislativo deverá ser analisada sob duas variáveis, quais sejam, (i) a da gravidade da lesão ao direito do cidadão e (ii) a da eficácia de alcançar, de forma semelhante, o fim pretendido pelo legislador.

Nessa perspectiva, o intérprete deverá verificar as mais variadas formas de restrição dos direitos fundamentais igualmente aptas ao alcance do fim pretendido, de forma a aferir se o legislador, de fato, optou pela menos gravosa ao cidadão⁹⁸. Para a realização dessa tarefa, “o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas para fins de comparação e conclusão”. A operação de se buscar as medidas alternativas, hipotéticas, por sua vez, deve ser realizada de forma externa ao dispositivo normativo em exame, otimizando-se as possibilidades fáticas para só então ser possível sopesar o meio adotado pelo legislador para com os outros possíveis⁹⁹.

Com fulcro na segunda subregra da proporcionalidade, não será considerada necessária a medida adotada pelo legislador quando existir um meio alternativo ao

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 821.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 119.

⁹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 374.

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. *op. cit.* p. 821.

escolhido que seja (i) menos lesivo ao direito fundamental do cidadão e que tenha (ii) eficácia semelhante ao alcance do fim que se persegue. Ou seja, dentre os meios que possibilitam alcançar o propósito emanado pela autoridade legislativa, somente aquele que atingir de forma mais suave o direito fundamental que restringe determinada lei deve ser considerado o necessário. Se autoridade legislativa escolheu, dentre diversos meios aptos ao alcance do fim, o mais gravoso do que o necessário, está sinalizada a inconstitucionalidade da medida¹⁰⁰.

Esmiuçada a segunda etapa de aferição da proporcionalidade, caso a medida normativa de restrição de direitos tenha sido considerada adequada e necessária, deve o intérprete lançar mão da terceira subregra que compõe o instituto, a da proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito exprime a otimização que deve ser feita entre os princípios colidentes. Esse critério nada mais é do que o sopesamento entre o direito que se restringe e a finalidade que se busca através da norma em análise. Alexy, ao versar sobre o ponto, utiliza da legislação alemã para definir que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁰¹.

Por meio da terceira subregra da proporcionalidade, portanto, o intérprete deverá efetuar a comparação entre “o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que com ele colide e que serve de fundamento à restrição”.¹⁰² Em outras palavras, se verificará se o alcance da finalidade pretendida pela legislação examinada compensa os prejuízos que, possivelmente, advenham da restrição dos direitos fundamentais que veicula.

Para a aferição da terceira subregra da proporcionalidade ao caso concreto, Alexy propõe que sejam seguidos três passos pelo operador do direito:

No primeiro, é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.¹⁰³

¹⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 211.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 593.

¹⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 381.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 594.

A aplicação de um juízo ponderativo à proporcionalidade em sentido estrito, portanto, pressupõe a (i) identificação da intensidade com a qual a norma restritiva afetará o direito fundamental contraposto; (ii) identificação do grau de importância da realização do fim que embasa a medida restritiva de direitos e (iii) o sopesamento, a saber se a importância do alcance do fim perseguido pelo legislador justifica adequadamente a restrição ao direito fundamental do cidadão.

Para se concluir pela inconstitucionalidade de uma medida legislativa, sob a luz da terceira subregra da proporcionalidade, basta, então, que os motivos na qual se baseia a norma não possuam “peso” necessário a justificar as lesões decorrentes da limitação dos direitos fundamentais que prescreve¹⁰⁴.

No Brasil, tal qual na Alemanha, essa terceira subregra da proporcionalidade não é unanimemente aceita. Há doutrinadores que entendem que essa etapa possui elevado grau de abstração e subjetividade e, por essa razão, não deveria servir como um dos critérios de controle à atividade legislativa.

Expoente nesse sentido, Leonardo Martins assevera que o problema da proporcionalidade em sentido estrito transcende a ausência de objetividade de aferição, visto que “ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas”. Complementa, ainda, que “tal critério, a despeito da opinião dominante da doutrina alemã, não merece este nome, por não disciplinar a justificação constitucional, a qual deve proceder todo operador do direito”¹⁰⁵.

A terceira etapa do exame da proporcionalidade, de fato, não possui critérios de ponderação tão delimitados como a primeira e a segunda, pelo que “merece maior preocupação o desenvolvimento de uma teoria acerca do controle da racionalidade desta fase”¹⁰⁶. No entanto, considerando a deficiência da doutrina que enverga para esse lado em propor delimitações mais cerradas à terceira subregra da proporcionalidade, é plausível que se aplique, na presente monografia, a proporcionalidade tal como concebida, e majoritariamente aplicada, em solo alemão, composta de todas as suas três subregas.

¹⁰⁴ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

¹⁰⁵ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003, p. 37.

¹⁰⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 823.

Os três critérios que pressupõem o exame da proporcionalidade, aplicada aos casos concretos de limitação de direitos fundamentais, tal qual apresentados, servirão, em momento oportuno, como guias à análise de constitucionalidade que se pretende no presente trabalho, qual seja, a da multa tributária prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996. No entanto, por ora, deve-se dispender especial atenção ao “direito de petição”, previsto expressamente na CF/88. Esse é o direito fundamental dos cidadãos que encontra conflito/limitação, em relação à multa tributária acima referida.

2. DIREITO DE PETIÇÃO

Também de forma prévia à explanação do objeto, cuja constitucionalidade será analisada no presente trabalho, são necessárias algumas digressões acerca do “direito de petição”, considerando ser esse o direito fundamental que encontra restrição na multa tributária isolada, consubstanciada no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996.

A abordagem será subdividida em dois momentos. No primeiro, serão apresentados aspectos mais gerais e introdutórios, notadamente, os conceitos jurídicos de direitos e garantias fundamentais; a definição de restrição de direitos; bem como as diferentes formas, possíveis, de se realizar tal restrição, consoante o ordenamento jurídico pátrio e a doutrina. No segundo, mais especificamente em relação ao direito de petição, serão abordados os aspectos histórico-evolutivos do instituto; a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro ao longo de nossas diferentes Constituições; sua conceituação jurídica; sua natureza; finalidade; e seus titulares; e, ao final, serão realizados breves comentários sobre a importância de sua proteção.

Justifica-se o tópico pela necessidade de se expor, mesmo que de maneira breve, os principais aspectos teóricos sobre o direito de petição, os quais servirão de substrato ao sopesamento entre aquele direito fundamental e os fins buscados pela atividade legiferante que o limita.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

As normas fundamentais constituem o núcleo duro da Constituição; ocupam, assim, “o cume da estrutura escalonada, configurando direito diretamente vinculante para a função legislativa”¹⁰⁷. Os “direitos” e as “garantias”, que compõem as normas fundamentais, à luz do direito constitucional, possuem conceituação bastante dificultada pela evolução histórica de proteção a que lhes é conferida¹⁰⁸.

No direito brasileiro, a confusão dos institutos decorre do próprio texto constitucional, que prevê, entre o art. 4º e art. 5º, o Título III, que leva o nome “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sem que seja adotada qualquer delimitação precisa, ao longo do Título, que diferencie os termos. Nesse passo, “deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias”¹⁰⁹.

A despeito da dificuldade apresentada para diferenciar os institutos, não se deve confundi-los. A utilização dos termos, como se equivalentes fossem, tem sido reprovada pela doutrina majoritária brasileira¹¹⁰.

Os ensinamentos clássicos de Rui Barbosa visaram à clarificar a diferença entre os “direitos” e as “garantias”. Para o professor, os direitos são constituídos por disposições declaratórias, encontradas na lei constitucional, ou seja, aquelas que exprimem o reconhecimento de determinado direito. As garantias, de outra sorte, são constituídas através de disposições assecuratórias, as quais imprimem os meios de defesa ao exercício dos direitos fundamentais e, nesse sentido, limitam o poder do legislador¹¹¹.

Corroborar esse entendimento, as lições do professor Paulo Bonavides, que se utiliza da doutrina do espanhol Carlos Sánchez Viamonte e do português Jorge Miranda para diferenciar os direitos das garantias.

¹⁰⁷ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 123.

¹⁰⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 175.

¹⁰⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Ibidem*, p. 186.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 526.

¹¹¹ BARBOSA, Rui. República: Teoria e Prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p., 121-124. *Apud* AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 186.

Segundo Viamonte, à proteção máxima da liberdade, levada ao extremo de sua eficácia, dá-se o nome de “garantia”¹¹². Ato contínuo, de outra obra do mesmo autor, retira-se que “a garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais”¹¹³. Para Miranda, no mesmo sentido, é bem colocada a “contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro.”, haja vista que “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens”¹¹⁴.

As garantias fundamentais, por sua vez, encontram registro na doutrina sob a visão bipartida. Segundo essa acepção, as garantias são divididas em (i) garantias constitucionais gerais e (ii) garantias constitucionais especiais. As primeiras são aquelas expressas no texto constitucional, cujo teor proíbe a prática de abuso de poder e a violação de direitos que se pretende assegurar, a título exemplificativo, o princípio do devido processo legal¹¹⁵. As segundas se chamam “especiais”, visto que dão conta de instrumentalizar o exercício dos direitos. Através dessas, os titulares de determinado direito encontram “a forma, o procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção incondicional de suas prerrogativas”¹¹⁶, são os chamados remédios constitucionais, como por exemplo, o *habeas corpus* e o mandado de segurança¹¹⁷.

A partir do breve apanhado realizado até o momento, exprime-se que as garantias, sejam gerais ou especiais, visam assegurar que os direitos fundamentais sejam prestados, mediante instrumentos processuais capazes a tanto. Já os direitos fundamentais dizem respeito à disposição legislativa declaratória, cujo teor se refira ao dever de proteção e observância. Em outras palavras, estabelecem o patrimônio jurídico tutelado.

¹¹² VIAMONTE, Carlos Sánchez. Manual de Derecho Constitucional, 4ª ed., p.123. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 527.

¹¹³ VIAMONTE, Carlos Sánchez. El “Habeas Corpus”: La Libertad y su Garantía”, p.1. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 527.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 4 vs.: v. I, 4a ed., Coimbra, 1990, p. 88-89. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 528.

¹¹⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 189.

¹¹⁶ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed., Recife/PE: Armador, 2017, p. 103.

¹¹⁷ Percebe-se, dessa diferenciação bipartida das garantias constitucionais, que a doutrina clássica, sobretudo Rui Barbosa, quando diferencia os “direitos fundamentais” das “garantias fundamentais”, utiliza-se das últimas em sua segunda acepção, a das “garantias constitucionais especiais”.

Nesse contexto, pode-se concluir, de antemão, que o “direito de petição”, que será pormenorizadamente abordado no próximo subtópico, se trata, de fato, de um direito fundamental e não de uma garantia.

Os direitos fundamentais, dentre os quais, agora se sabe, o direito de petição, são inegavelmente aplicáveis à relação Estado-cidadão. A Constituição, pela disposição expressa desses direitos, vincula o Poder Público de tal forma que, em havendo violação, pode o Poder Judiciário dirimir o conflito¹¹⁸.

Entretanto, deve-se considerar que o princípio da supremacia do interesse público norteia a atividade estatal, de sorte que, em determinados conflitos, há a possibilidade de ser considerada idônea a colocação de particulares/cidadãos em situações consideradas desvantajosas, em nome daquele princípio, com fulcro no bem da coletividade¹¹⁹. Em outras palavras, é dizer ser possível a restrição de determinados direitos fundamentais em detrimento de outros, em um caso concreto, desde que observados alguns critérios e limites, como os da proporcionalidade, já apresentada. Considerando isso, necessário que sejam abordados alguns aspectos referentes à restrição de direitos fundamentais, sobretudo, o seu conceito e suas modalidades no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito não é, por si, necessariamente, restringível. A imposição de limitá-lo decorre, segundo uma teoria externa da restringibilidade, das relações mantidas entre os homens e, desses, para com os bens coletivos. Portanto, essa restrição “acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos”¹²⁰.

As restrições dizem respeito a normas que, expressa ou implicitamente, privam ou suprimem o exercício dos direitos fundamentais, isto é, aqueles assegurados pela Constituição¹²¹. O clássico de Alexy, ao propor uma definição às restrições de direitos fundamentais, estabelece uma condição, muito plausível, que não pode ser deixada para trás. Para o professor, só poderá ser chamada de “norma restritiva de direitos fundamentais” aquela que for compatível com a Constituição. Não havendo

¹¹⁸ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed., Recife/PE: Armador, 2017, p. 105.

¹¹⁹ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed., Recife/PE: Armador, 2017, p. 105.

¹²⁰ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 142.

¹²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 234.

compatibilidade, pode-se até denominá-la “intervenção”, mas não “norma de restrição”¹²².

Aglutinando-se as definições trazidas, com intuito de aperfeiçoar o conceito jurídico abordado, tem-se que a restrição de direitos fundamentais é aquela decorrente de uma norma que limita um ou mais direitos fundamentais, desde que compatível com os parâmetros e ditames da Constituição.

Conceituada a restrição de direitos fundamentais, insta a apresentação da sistematização dos diferentes tipos e modalidades de restrições existentes no sistema jurídico. Alexy, ao se debruçar sobre esse aspecto, propôs a divisão das restrições de direitos fundamentais em duas, são elas (i) as restrições diretamente constitucionais e (ii) as restrições indiretamente constitucionais.

As restrições diretamente constitucionais são aquelas que advêm de cláusulas restritivas da própria Constituição, podendo ser tácitas ou expressas; ou seja, a Constituição, no mesmo passo que assegura o direito, restringe-lhe. Alexy explica que uma cláusula restritiva, independentemente de expressa ou tácita, “é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental, foi ou pode ser restringido”¹²³.

O exemplo mais utilizado, a título de cláusula restritiva expressa, diz respeito ao direito fundamental de reunião¹²⁴, o qual, em diversas Constituições, é acrescido da disposição “pacificamente e sem armas”¹²⁵. Apresentado o exemplo, esse pode parecer óbvio, e até simplista, à primeira vista, considerando-se a evidente constatação de que o direito de reunião se encontra limitado, na espécie, porquanto não será possível à população se reunir, senão de forma pacífica e sem armas.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 281.

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 286.

¹²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 247.

¹²⁵ No Brasil, há semelhante correspondência no art. 5, XVI, CF/88, que dispõe: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

No entanto, há quem negue o caráter restritivo do preceito, afirmando que o mesmo possui tão somente uma função delimitadora e explicativa do direito fundamental de reunião. Os doutrinadores que enveredaram para esse lado adotam a concepção da teoria interna das restrições de direitos, pela qual “as condições estabelecidas no próprio texto constitucional demarcam o conteúdo máximo da norma protetora”¹²⁶, mas não as restringem. Nessa acepção, portanto, não existiriam cláusulas restritivas de direito, constitucionalmente previstas, mas tão somente meros contornos delimitadores do direito fundamental em questão.

Em que pese reconheça essa linha doutrinária divergente, Alexy pondera que a desconsideração das “cláusulas restritivas expressas” como “norma de restrições de direitos fundamentais” poderia acarretar o “perigo de que o jogo de razões e contrarrazões fosse substituído por compreensões mais ou menos intuitivas”¹²⁷, abstratas, que poderiam implicar indesejada insegurança jurídica.

Na doutrina brasileira, Jane Pereira corrobora a posição de Alexy, afirmando, de forma bastante razoável, que “a solução que confere maior grau de proteção ao direito fundamental é justamente entender cláusulas dessa natureza como restrições”, visto que, em assim se considerando, a regra estará sujeita, no caso concreto, ao sopesamento entre a dimensão positiva (todos possuem direito à reunião), com o elemento negativo (de forma pacífica e sem armas)¹²⁸.

Na Constituição brasileira, são vários os dispositivos que encontram correspondência nessa primeira classificação proposta por Alexy, isto é, em normas de restrições de direitos fundamentais, consubstanciadas em cláusulas restritivas expressas. A título exemplificativo, além do direito de reunião, já apresentado, cita-se a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de associação, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos XI e XVII da Constituição brasileira:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou*

¹²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 247.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 288.

¹²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *op. cit.* p. 248.

desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
 (...)

 XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.¹²⁹

As “cláusulas restritivas de direitos fundamentais implícitas”, por sua vez, que também compõem o primeiro tipo proposto por Alexy, das “restrições diretamente constitucionais”, são aquelas que decorrem da necessidade de ponderar conflitos entre direitos e outros bens protegidos pela Constituição¹³⁰.

Ao se debruçar sobre as cláusulas restritivas implícitas, o doutrinador alemão se utiliza do excerto de precedente do TCF, o qual refere: “os direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional (...) estão em condições de (...) restringir (...) também os direitos fundamentais irrestringíveis”¹³¹; ou seja, mesmo que não haja uma cláusula restritiva expressa, é possível, ainda assim, que um direito fundamental encontre limitação em outros direitos ou princípios.

O segundo tipo de restrição de direitos fundamentais existente no sistema jurídico, conforme proposto por Alexy, diz respeito ao das restrições indiretamente constitucionais. Essas, ao contrário das diretamente constitucionais, não preveem a limitação do direito fundamental, mas outorgam/autorizam que alguém a estabeleça, mediante ato infraconstitucional. Os dispositivos normativos que contêm as “cláusulas de reserva explícita”, as quais conferem, expressamente, a outrem o estabelecimento de uma restrição de direito fundamental, são os exemplos mais evidentes de restrição indiretamente constitucional.

Na Constituição pátria, é possível vislumbrar alguns dispositivos dotados de cláusula de reserva explícita. A título exemplificativo, o direito da liberdade de exercício de profissão e da publicidade dos atos processuais, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos XIII e LX da Magna Carta:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...)

¹²⁹ Os grifos verificados no excerto foram realizados exclusivamente para esse trabalho, com o objetivo de destacar as cláusulas restritivas expressas de direitos fundamentais e, por isso, não possuem correspondência no texto constitucional brasileiro.

¹³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 248.

¹³¹ BVerfGE 28, 243 (261), Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 290.

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*,
 (...)
 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;¹³²

Esses são, em linhas gerais, os tipos de restrição de direitos fundamentais existentes no sistema jurídico. Impende, ainda, um breve adendo, acerca das formas de efetivação das restrições aos direitos fundamentais no solo brasileiro.

Os dois tipos de restrição de direitos fundamentais acima explicitados (as restrições diretamente constitucionais e as restrições indiretamente constitucionais), podem ser operados/efetivados tanto pela atividade do legislador, quanto pela atividade do aplicador do direito.

As restrições legislativas são efetuadas de forma abstrata e geral, modificando-se a gênese do direito fundamental parcialmente suprimido; isso porque a lei que restringe o direito fundamental acaba por determinar a verdadeira abrangência da proteção vigente dele. Isto é, a legislação transforma o conteúdo original do direito fundamental em outro, mais delimitado e definido.

As restrições aplicativas, diferentemente das legislativas, são efetivadas nos casos em concreto, de forma individualizada. Logo, não repercutem ou modificam o conteúdo objetivo do direito fundamental, mas tão somente a sua dimensão subjetiva¹³³.

É possível vislumbrar a diferença entre ambas as formas de efetivação das restrições de direitos fundamentais (legislativas e aplicativas) em casos forenses. Nesse contexto, utilizando-se da limitação aos direitos de sigilo, liberdade de expressão e de informação, bem exemplifica a doutrina de Jane Pereira:

Exemplificando, as normas legais que regulam a interceptação telefônica restringem o sigilo de comunicações na dimensão abstrata, enquanto a decisão judicial que determina tal providência restritiva opera uma restrição in concreto no direito subjetivo ao sigilo. Em sentido semelhante, o preceito do Estatuto da Criança e do Adolescente que veda a divulgação de nome ou fotografia de menor a que se atribua a prática de ato infracional restringe o direito à liberdade de expressão e à informação no plano abstrato, sendo que decisão judicial que determine a apreensão de publicação que tenha

¹³² Os grifos verificados no excerto foram realizados exclusivamente para esse trabalho, com o objetivo de destacar as cláusulas de reserva explícitas, que autorizam a outrem a limitação de direitos fundamentais. Em razão disso, não possuem correspondência no texto constitucional brasileiro.

¹³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 246.

infringido tal preceito operará uma restrição concreta nos direitos fundamentais em questão.¹³⁴

Demonstrou-se, nesse subtópico, que direitos fundamentais divergem de garantias fundamentais e que o direito de petição se refere, de fato, a um direito. Partindo-se da premissa veiculada pela doutrina majoritária de que não existem direitos que se revistam de caráter absoluto em um sistema jurídico¹³⁵, isto é, podem ser sopesados em detrimentos de outros direitos e bens da coletividade, preocupamo-nos em definir o que é a restrição de direitos fundamentais, concluindo como sendo “aquela decorrente de uma norma que limita um ou mais direitos fundamentais, desde que compatível com os parâmetros e ditames da Constituição”.

Consequentemente, foram apresentados os tipos de restrições a que se submetem os direitos fundamentais, os quais, segundo Alexy, dizem respeito (i) às restrições diretamente constitucionais, subdividas entre as disposições constitucionais que adotam cláusulas de restrições expressas e as que adotam cláusulas de restrições implícitas; e (ii) às restrições indiretamente constitucionais, que se referem à autorização outorgada pela Constituição para que outrem exerça a limitação de determinado direito fundamental, podendo essas serem explícitas, dotadas de cláusula de reserva de competência, ou implícitas.

Por fim, com respaldo na doutrina de Jane Pereira, foram perquiridas as duas formas pelas quais as restrições no direito brasileiro são efetivadas/operadas, isto é, (i) pelo ato do legislador, quando, por meio da legislação, se decota o direito fundamental, de maneira a delimitá-lo; ou (ii) pelo ato do aplicador do direito, quando a restrição é operada pelo legislador em concreto, no caso individual.

Concluiu-se, em resumo, que o direito de petição é direito fundamental, não absoluto, cujo teor pode ser objeto de restrições de diferentes tipos e formas. Considerando-se realizada a primeira classificação do instituto, bem como apresentadas as formas como esse poderá ser restringido no ordenamento jurídico pátrio, é importante, nessa altura da monografia, adentrar os seus pormenores.

2.2. RELANCE HISTÓRICO E ASPECTOS INTRÍNSECOS

¹³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 246.

¹³⁵ OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65.

A origem do direito de petição não é concreta, nem encontra unicidade na doutrina. Há certa confusão entre os historiadores e juristas acerca do lugar, da época e da forma de sua aparição.

A etimologia da palavra “petição” possui raízes no latim, “*petitio, onis*, significando “pedido” do radical de *petitum; supino petere*, dirigir-se para, chegar a; desejar, aspirar a, pedir.”¹³⁶ Com base nisso, é possível conjecturar que o direito de petição possui origem no remoto direito romano ou canônico¹³⁷. O verbo “*supplicare*” – suplicar - e o substantivo “*supplicium*” – suplício -, que figuram nas inúmeras fontes de direito romano, parecem corroborar a ideia de que a origem do direito de petição remonta àquele antigo direito.¹³⁸

Não se deve deixar de consignar, numa análise quanto à origem do direito de petição, a faculdade que detinham os súditos de se direcionar até os seus reis em busca de concessões benéficas, durante a Idade Média (Séculos VI e VII), na Europa. Utilizando desse substrato fático, alguns autores consideram o território europeu daquela época como berço do instituto. “Os forais e cartas de franquias, documentos convencionados e concessivos da outorga de direitos pelos monarcas aos súditos” seriam, nesse contexto, exemplos do exercício do direito de petição.¹³⁹

Há quem entenda que a remota origem do direito de petição encontra correspondência no ano de 1215, na Magna Carta da Inglaterra. Naquela época, o monarca, João Sem-Terra, assim chamado por não ter herdado qualquer propriedade de seu pai, exercia o poder de forma arbitrária e autoritária. Os barões ingleses, visando pôr fim à autoridade desmedida do monarca, conquistaram a assinatura da Magna Carta, documento que restringia o poder absoluto do rei¹⁴⁰. A Magna Carta “desponta como primeiro documento indicativo deste direito [de petição], de acordo com a cláusula 40, ao proclamar: “A ninguém venderemos justiça ou direito, nem a recusaremos ou demoraremos”.¹⁴¹

¹³⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2004, p. 84.

¹³⁷ CUADRADO, Antonio García. El Derecho de Petición. In **Revista de Derecho Político**, nº 32, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1991, p. 123.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 719.

¹³⁹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁰ PIRES, Antonio Fernandes. **Manual de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 2ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 247.

¹⁴¹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *op. cit.*, p. 76.

Ainda, existem autores que sustentam que a origem do direito de petição remonta às Revoluções inglesas de 1628, embora reconheçam que a Magna Carta inglesa tenha insinuado o direito de petição no ano de 1215¹⁴². Assim compreendem, considerando que, naquele ano, houve a promulgação, pelo Parlamento Inglês, da “*Petition of Rights*”, que possibilitava aos cidadãos ingleses o direito de petição frente ao poder público¹⁴³. O documento, assinado pelo Rei Carlos I, ratificou diversos dispositivos normativos elencados à Magna Carta de 1215, dando conta do reconhecimento de liberdades públicas, bem como da interposição de requerimentos à Câmara dos Lordes, dada a ampliação do Poder do Parlamento Inglês¹⁴⁴.

A despeito das divergências acima apresentadas, há consenso doutrinário de que o direito de petição apenas se consolidou, de fato, através da Revolução Gloriosa de 1689, na Inglaterra, com a formalização da Declaração dos Direitos dos Cidadãos (“*Bill of Rights*”), assinada por Guilherme de Orange¹⁴⁵. A Declaração possibilitou aos súditos o direcionamento de petições e requerimentos ao rei, bem como a garantia de que qualquer prisão efetuada com base no exercício desse direito seriam consideradas ilegais¹⁴⁶. A norma inglesa assim dispôs: “é direito dos súditos peticionar ao Rei, e todas as prisões e processos judiciais, decorrentes do ato de peticionar, são ilegais”¹⁴⁷.

No Brasil, o direito de petição é parte importante da história constitucional, seja porque foi comumente utilizado em face dos países colonizadores, seja porque constou, de forma expressa, em todas as nossas Constituições¹⁴⁸. No entanto, nem sempre foi encarado com o mesmo sentido. Durante décadas, a legislação pátria entendeu que o direito de petição se complementava com o direito de representação

¹⁴² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 442.

¹⁴³ PIRES, Antonio Fernandes. **Manual de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 2ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 246.

¹⁴⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2004, p. 76.

¹⁴⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 442.

¹⁴⁶ Além do direito de petição, a “*Bill of Rights*” estabeleceu a liberdade política, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e o direito de propriedade. Cf. PIRES, Antonio Fernandes. **Manual de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 2ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 247.

¹⁴⁷ Versão original em língua inglesa: “*Right to petition - That it is the Right of the Subjects to petition the King and all Commitments and Prosecutions for such Petitioning are Illegal*”. Cf. REINO UNIDO, Legislação do. **Bill of Rights, Chapter 2 1 Will and Mar Sess 2**, 1689. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>> Acesso em: 02 nov. 2020.

¹⁴⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *op. cit.*, p. 101.

e vice-versa. Nesse sentido, o texto constitucional de 1891 (art. 72, §9º), 1934 (art. 113, 10) e 1946 (art. 141, §37), respectivamente:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 9º - É permitido a quem quer que seja *representar*, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

10) É permitido a quem quer que seja *representar*, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o *direito de representar*, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.¹⁴⁹

Como demonstrado, o direito de petição e o direito de representação constavam de forma apartada nas Constituições brasileiras. Através das reformas legislativas da Lei Maior, a Constituinte vislumbrou que o direito de representação poderia ser integralmente exercido pelo direito de petição.¹⁵⁰ Isto é, em outras palavras, dizer que o direito de representação já estava contido implicitamente na forma ampla do direito de petição¹⁵¹, afinal, o cidadão que exerce o seu direito de peticionar ao Poder Público está, frente a esse, representando. Nessa acepção, bem esclarece a doutrina de Celso Bastos e Ives Gandra:

“Constata-se assim que a partir de um tronco comum, nascido no direito inglês, o direito de petição aos Poderes Públicos desdobrou-se em nosso sistema constitucional para abranger também o direito de representar. O primeiro se preordena à defesa dos direitos particulares ou públicos, e o segundo é mais apto à denúncia de abusos de autoridade”¹⁵²

¹⁴⁹ Os grifos foram realizados tão somente com o intuito de salientar a vinculação, nessas Constituições, do direito de petição com o direito de representação. Em razão disso, não possuem correspondência ao texto original.

¹⁵⁰ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 443.

¹⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 760.

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2, p. 182.

Foi com base nisso que, em 1988, optou-se por reunir os dois aspectos em um só instituto, o direito de petição, que passou a ser revestido de um caráter não-jurisdicional, corroborado no peticionamento administrativo, e, por outro lado, de um caráter informacional e opinativo¹⁵³. Atualmente, a Constituição brasileira consagra o direito fundamental de petição em seu art. 5º, inciso XXXIV, “a”, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Em análise ao texto constitucional atual, percebe-se ter havido outras inovações de grande importância ao amadurecimento e aprimoramento do direito de petição no Brasil. A Constituição de 1988 não apenas englobou o direito de representação ao direito de petição, mas também (i) concedeu imunidade ao instituto, afastando a cobrança de taxas que, porventura, obstaculizariam o seu exercício pelos cidadãos; e (ii) consagrou o direito de petição como instrumento de defesa frente ao Poder Público, em face de qualquer ilegalidade ou abuso de poder¹⁵⁴.

A evolução histórica do direito de petição, bem como as suas expressas previsões no direito constitucional brasileiro, da forma como apresentados, já deram indícios sobre o que trata o instituto. Fato é que o conceito jurídico desse direito fundamental evoluiu no mesmo passo que a sua previsão no texto constitucional brasileiro¹⁵⁵.

“Direito”, empregado em seu sentido subjetivo, é materializado pelo exercício de uma “faculdade” do titular, pela qual é atribuído a cada cidadão o que é seu, não sendo permitido a outrem obrar em prejuízo, considerando que a lei protege o

¹⁵³ AFONSO DA SILVA, José. *op.cit.* p. 443.

¹⁵⁴ JATENE, Karina Kassis. O Direito de Petição nas Constituições Brasileiras – Quadro Comparativo. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

¹⁵⁵ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2004, p. 81.

interesse legítimo em toda sua amplitude.¹⁵⁶ “Petição”, a seu turno, emprega a semântica da reclamação, do pedido ou do requerimento, formulado em face de autoridade administrativa ou Poder Público, pela qual se exprime determinada pretensão de concessão.¹⁵⁷ Assim, em uma abordagem nua e crua, o direito de petição pode ser conceituado como a faculdade que possui alguém de peticionar algo em face de quem, notadamente, possui poderes para conceder o postulado.

Esse conceito, no entanto, não é capaz de abordar o direito de petição em sua completude e seus pormenores, afinal, deve-se ponderar o que, de fato, é peticionado e em face de quem é exercido esse direito.

Avançando nesse sentido, parte da doutrina brasileira conjectura que o direito de petição é, de forma simples, “o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação”¹⁵⁸. Percebe-se, nessa acepção, que o conceito jurídico do instituto encontrou uma delimitação mais acentuada, considerando que, com base no texto constitucional de 1988, definiu-se que o ato de peticionar é realizado em face do Poder Público. No entanto, ainda longe de satisfazer os principais aspectos do direito de petição.

Há estudiosos que, aprimorando o instituto, o definem como aquele pertencente a uma pessoa, pelo qual se pode requerer a atenção do Poder Público, tanto para denunciar uma lesão concreta de direito material, para solicitar uma orientação em relação a alguma situação enfrentada ou, ainda, para requerer a modificação do direito vigente, por determinado motivo¹⁵⁹. Essa definição, trazida por Afonso da Silva, embora de elogiável repercussão e notoriedade doutrinária, não traz consigo, especificamente, quais os interesses que podem ser manejados através do ato de peticionar, nem menciona as formas pelas quais se dará a efetivação do exercício desse direito.

As lacunas encontradas na conceituação do direito de petição, como as acima demonstradas, podem ser colmatadas, considerando-se que uma pessoa poderá dirigir-se até uma autoridade pública, requerendo providências, “que podem ser de interesses individuais, coletivos, próprios ou de terceiros, que estejam sendo violados

¹⁵⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** [livro eletrônico]. 31ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 719

¹⁵⁷ SILVA, De Plácido e. *Ibidem*. p. 1585.

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 143.

¹⁵⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 443.

por ato ilegal ou arbitrário”. Tais providências podem ser formalizadas por intermédio de um requerimento, pedido, ou, também, petição escrita, não devendo ser cobrada qualquer taxa do titular, nem exigida a constituição de um advogado, para o exercício do direito¹⁶⁰.

Utilizando-se da etimologia das palavras que compõem o instituto, bem como das ideias perpetradas pelos doutrinadores citados e dos preceitos da Constituição vigente, é possível conceituar o direito de petição como sendo a faculdade de uma ou mais pessoas de requerer providências do Poder Público, de interesse individual, coletivo, próprio ou de terceiros, seja para denunciar uma lesão, para solicitar uma orientação, ou, ainda, para requerer a modificação de um direito, com fulcro na defesa dos direitos ou contra a ilegalidade de autoridade pública, sem que seja exigido, do peticionante, a constituição de procurador ou o pagamento de taxas e emolumentos. Dessa completa conceituação, é possível exprimir a natureza jurídica do instituto, as suas finalidades e os legitimados para seu exercício.

A natureza jurídica do direito de petição é, conforme consolidada jurisprudência do STF, o da prerrogativa de cunho democrático-participativo¹⁶¹, consubstanciado no direito de liberdade e no direito prestacional, vez que possibilita ao cidadão participar ativamente das decisões políticas que o circundam e, notadamente, o afetam¹⁶².

As finalidades do direito de petição são (i) dar ciência ao Poder Público de fato ou ato ilegal ou que incorra em abuso de poder, a fim de que sejam tomadas as medidas necessárias ao reestabelecimento do direito; e (ii) funcionar como instrumento de defesa, perante o Poder Público. Trata-se, pois, “de mecanismo constitucional de político-fiscalizatório dos negócios jurídicos do Estado”¹⁶³.

Por sua vez, todas as pessoas serão legítimas para exercer o direito de petição¹⁶⁴. Dessa forma, a materialidade desse direito independe do fato de serem, os peticionantes, “pessoas físicas, jurídicas, nacionais, estrangeiras, sindicatos, associações, grupos e [ou] coletividades”. Insta referir, nesse contexto, que o exercício do direito de petição não está atrelado à comprovação de violação de interesse do

¹⁶⁰ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017, p. 152.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 760.

¹⁶² BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2004, p. 81.

¹⁶³ DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 119.

¹⁶⁴ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 443.

requerente, visto que a defesa buscada pelo instituto é a da ordem constitucional e a do interesse público como um todo¹⁶⁵.

Necessário, nesse ponto, breve adendo de que o direito de petição não deve ser confundido com o direito de ação (à jurisdição). Aquele, como já abordado, diz respeito ao direito fundamental de formular requerimentos, dirigir manifestações a um representante do Estado, e que possui trâmite na esfera administrativa¹⁶⁶, ou seja, se trata de direito exercido extrajudicialmente¹⁶⁷. O direito de ação, por sua vez, se trata da prerrogativa dos cidadãos “de requerer ao Estado a solução de um conflito de interesses, no exercício da função jurisdicional, acarretando a formação do processo”¹⁶⁸, sendo dependente, em regra, de capacidade postulatória para seu exercício¹⁶⁹.

O STF, há muito, já enfrentou essa distinção, consolidando o entendimento de que as partes em lide não podem lançar mão do direito de petição com o pretexto de se exonerar do dever de observância aos pressupostos e requisitos próprio do direito de ação, como a capacidade postulatória e o pagamento de preparos e custas, visto que os institutos não se confundem:

"O direito de petição, fundado no art. 5, XXXIV, a, da Constituição não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição, por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal"¹⁷⁰

Apresentou-se, até o momento, nesse subtópico, os aspectos evolutivos do direito de petição, os principais aspectos que o compõem, bem como o seu incontestado reconhecimento pelo direito brasileiro. Todavia, impende, ainda, trazer à tona algumas

¹⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 735.

¹⁶⁶ JATENE, Karina Kassis dos Reis. O Direito de Petição nas Constituições Brasileiras – Quadro Comparativo. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176.

¹⁶⁷ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017, p. 152.

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de; et al. **Constituição Federal Comentada** [livro eletrônico]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 324.

¹⁶⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1098.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 258.867-2**. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de setembro de 2000. Brasília: publicado no DJ em 02.02.2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>> Último acesso em 10 de novembro de 2020.

informações importantes quanto à aplicabilidade e efetividade do instituto em solo brasileiro.

A professora Maria Garcia, ao se debruçar sobre a questão, assevera que “o direito de petição vem sendo inexplicavelmente esquecido na proteção de direitos, na sua forma/garantia ou na denúncia de ilegalidade ou abuso de poder”¹⁷¹. O alerta anuncia o que, talvez, já se imaginasse: o exercício pleno e constante do direito de petição encontra certos obstáculos no Brasil.

A CF/88 não prevê qualquer sanção a ser aplicada em face do Poder Público nas situações que esse, de posse de um requerimento ou de uma petição do cidadão, deixa de responder ou de se pronunciar¹⁷². O texto constitucional também não fixa prazo a ser observado pela autoridade administrativa para que a análise do pleito popular seja feita¹⁷³. Daí que se origina a praxe do Poder Público de silenciar a respeito dos peticionamentos dos cidadãos, negando-lhes resposta à formulação encaminhada¹⁷⁴.

Ocorre que a autoridade administrativa não pode destituir de eficácia o direito fundamental de petição, visto estar obrigada a responder os requerimentos que recebe, seja para acolher ou rejeitar o pedido, justificando, devidamente, a sua posição¹⁷⁵. Caso ocorra essa violação, tão somente restará, aos titulares do direito, o manejo do mandado de segurança, de forma a compelir a autoridade a se manifestar quando ao pedido realizado¹⁷⁶. Situações como essas, de violação ao direito de petição, só tendem a crescer, considerando que, no Brasil, parece não haver respeito aos seus fundamentos como direito¹⁷⁷.

É nesse contexto de constante inobservância do direito de petição que a doutrina menciona ser, o instituto, “um dos mais caros da pessoa humana”, pois ele ecoa apenas em sistemas jurídicos onde a limitação do poder estatal logrou certo

¹⁷¹ GARCIA, Maria. Ecos da constituinte de 1988: os writs constitucionais e o direito de petição. In **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 470.

¹⁷² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 444.

¹⁷³ BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017, p. 152.

¹⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 735.

¹⁷⁵ AFONSO DA SILVA, José. *op. cit.*, p. 444.

¹⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p. 735.

¹⁷⁷ SALGADO, Eneida Desiree. O Desenvolvimento Democrático e os Direitos Fundamentais: levando o direito de petição a sério. In DOTTA, Alexandre Godoy; et al. **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**, 1ª ed., Curitiba: Negócios Públicos, 2011, p. 77.

desenvolvimento, afinal, só será útil o peticionamento onde é possível a concessão do postulado¹⁷⁸.

Embora existam dificuldades ao pleno estabelecimento do direito de petição em solo brasileiro, não se deve, sob hipótese alguma, negá-lo reconhecimento, porquanto incontestemente a sua recepção em todas cartas constitucionais, sobretudo, no rol de direitos fundamentais. Ademais, a constatação de que a aplicação do instituto vem, gradualmente, perdendo a sua força, deve servir para que a sua maximização volte a ocorrer, e não como um pretexto para enterrá-lo de vez.

O apanhado teórico realizado nesse segundo capítulo, atinente ao direito de petição, será de suma importância ao desiderato do presente trabalho. A partir desse tópico, pôde-se concluir que o direito de petição ostenta a posição de direito fundamental na Constituição brasileira, cujas finalidades são imprescindíveis à concretização da prerrogativa de cunho democrático-participativo dos cidadãos. Não obstante, toma-se ciência de que o instituto, como qualquer outro direito, não possui caráter absoluto, de sorte que poderá ser objeto de limitações, tanto legislativas, quanto aplicativas.

3. MULTA TRIBUTÁRIA (§17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430/1996)

Até o presente momento da monografia, se apresentou a proporcionalidade e os seus critérios de aferição de constitucionalidade, e o direito de petição e seus aspectos intrínsecos. Para que se possa sopesar o direito fundamental exposto e os fins buscados pela atividade legiferante que o limita, à luz da proporcionalidade, pende, ainda, debruçar-se sobre aquela, notadamente, a multa tributária prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996.

A abordagem será subdividida em três momentos. No primeiro, serão apresentados aspectos introdutórios acerca da compensação tributária, bem como, de forma breve, o modo como se dá a sua formalização e operacionalização administrativa. No segundo, serão apresentados os diferentes tipos de multas tributárias existentes no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, a isolada, os motivos de sua instituição legal, a sua finalidade ao restringir o direito de petição e a sua

¹⁷⁸ MACHADO, Costa. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 9ª ed. Barueri/SP: Manole, 2018, p. 29.

classificação e natureza jurídica. No terceiro subtópico, que encerra o capítulo, será realizada a análise da constitucionalidade daquela multa fiscal, sopesando as suas finalidades de instituição com o direito que restringe, o de petição, à luz das três subregras que compõem a proporcionalidade.

3.1. COMPENSAÇÃO, SEU CONCEITO E CONTORNOS

A palavra “compensação” encontra origem no latim *compensatio*, de *compensare*, diz respeito ao ato de contrapesar e contrabalançar. O instituto possui o mérito de, após verificadas as prestações devedoras de um lado e as devedoras de outro lado, proporcionar o balanceamento dos respectivos créditos, evidenciando, pela dedução, qual dos lados permanece devedor ou credor.¹⁷⁹

O instituto se verifica quando dois sujeitos são integrantes de relações jurídicas diversas e, nessas, são credores e devedores entre si, de forma que suas obrigações se extinguem até onde se encontram.¹⁸⁰ Em outras palavras, pode se dizer que a compensação é o ato de “encontro das dívidas recíprocas dos sujeitos que integram relações obrigacionais distintas”.¹⁸¹

As dívidas recíprocas, objetos da compensação, devem possuir origem em títulos diversos, ser homogêneas, líquidas e certas. Esses são os aspectos essenciais à compensação, seja ela civil ou tributária. Disso, conclui-se que “tanto no Direito Privado como no Direito Tributário as dívidas recíprocas integram relações jurídicas obrigacionais diferentes, originárias de títulos distintos”.¹⁸²

Atualmente, a compensação é uma das formas mais utilizadas pelos contribuintes, a fim do cumprimento de suas obrigações principais.¹⁸³ Tal afirmação não surpreende, considerando ser a maneira mais simples de se evitar um pagamento em duplicidade, haja vista que entre os mesmos sujeitos da relação podem existir

¹⁷⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** [livro eletrônico]. 31ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 497.

¹⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Compensação tributária e o Código Civil. In **Revista de Direito Privado**, vol. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 200.

¹⁸¹ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1856.

¹⁸² BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. *ibidem*. p. 1857.

¹⁸³ CAMPO, Fabrício Costa Resende de. Compensação tributária no âmbito federal – natureza jurídica e materialidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140.

diversos créditos e débitos pendentes e, de igual forma, poderia haver confusão entre o que se paga e o que se deve.¹⁸⁴

Se não existisse o instituto da compensação, as obrigações recíprocas teriam de ser extintas autônoma e independentemente¹⁸⁵, todavia, não se mostra razoável, sob o ponto de vista prático, que “o contribuinte peça a restituição de valores à Fazenda Pública e logo em seguida, com esses mesmos recursos monetários, os transfira novamente ao Fisco para pagamento de créditos tributários”.¹⁸⁶ Daí a sua importância ao ordenamento jurídico.

Apresentado o conceito de compensação, deve-se ter em mente que, embora seu significado transite entre o Direito Público e o Direito Privado, não se deve dar à compensação de créditos tributários o mesmo tratamento jurídico dispensado a dos créditos civis, isso porque os normativos aplicáveis aos tributos atendem ao regime de Direito Público e não ao Direito Privado.¹⁸⁷

O Código Civil (CC), em seus arts. 368 a 380, disciplina a compensação em “sentido amplo”.¹⁸⁸ Dos seus termos, retira-se que, no campo privado, a compensação tem previsão legal expressa, podendo ser objeto de compensação os débitos e créditos líquidos, certos, exigíveis e fungíveis.¹⁸⁹ Uma vez preenchidos os requisitos trazidos pelo CC, a compensação ocorre independentemente do acordo entre partes, isto é, “basta que haja créditos de igual natureza (“coisas fungíveis”), vencidos e líquidos (valor não discutível), que se consideram extintas ambas as obrigações, pela compensação”.¹⁹⁰

Nesse sentido, o professor Aliomar Baleeiro, citando as palavras de Orlando Gomes, refere que a compensação admitida pelo CC, isto é, a da esfera do Direito Privado, insere-se na modalidade extintiva *ex lege*, e, em virtude disso, “é considerada modo extintivo anormal e aberrante para outros ordenamentos, por não ser decorrente

¹⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 200.

¹⁸⁵ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. *op. cit.*, p. 1857.

¹⁸⁶ CAMPO, Fabrício Costa Resende de. Compensação tributária no âmbito federal – natureza jurídica e materialidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

¹⁸⁷ LIMA, Osvaldo Antonio de. A compensação no Direito Tributário. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

¹⁸⁸ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1856.

¹⁸⁹ LIMA, Osvaldo Antonio de. *op. cit.*, p. 127.

¹⁹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário** [livro eletrônico]. 8^o ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 648.

de consenso entre as partes”.¹⁹¹ A passagem anuncia o que já havia sido dito mais acima: não se deve conferir à compensação do direito civil o mesmo tratamento jurídico dado à compensação do direito tributário.

A CF/88, em seu art. 146, III, estabeleceu ser competente a lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, considerando, dentre essas, aquelas que tratam sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência¹⁹². O Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado na legislação pátria com *status* de lei complementar, portanto, apto para tanto, preceitua o instituto da compensação como uma das modalidades de extinção do crédito tributário em seu art. 156, II.¹⁹³

O art. 170¹⁹⁴ do CTN, complementado pelo art. 170-A¹⁹⁵, por sua vez, de forma bastante prática e generosa, prescreveu de modo amplo a regra matriz da compensação fiscal¹⁹⁶. Os termos dos dois últimos artigos citados dão azo à conclusão de que os atributos de liquidez e certeza devem estar presentes para que os créditos do contribuinte possam ser compensados com os créditos tributários. Portanto, pode-se dizer que alguns elementos da compensação, nascida no bojo do direito civil, também estão presentes na compensação do direito público.¹⁹⁷

¹⁹¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. *Apud* BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1856.

¹⁹² Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

¹⁹³ Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) II - a compensação; BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Brasília, DF: Senado, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

¹⁹⁴ Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento. BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Brasília, DF: Senado, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

¹⁹⁵ Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Brasília, DF: Senado, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

¹⁹⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 930.

¹⁹⁷ LIMA, Osvaldo Antonio de. A compensação no Direito Tributário. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

A despeito desse encontro, há diversas diferenças entre a compensação do direito civil e do direito tributário que devem ser apresentadas. De antemão, cabe a ressalva de que, em que pese a lei tributária não possa modificar o conceito, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado, como é a compensação, nos termos do art. 110 do CTN¹⁹⁸, é possível, ainda, que discipline e delimite, no seu campo próprio de atuação, as situações em que a compensação será empregada.¹⁹⁹

Ao contrário do direito civil, a compensação, no direito tributário, deve ser legalmente autorizada. Em outras palavras, isso quer dizer que o direito dos contribuintes de pleitear a compensação, a título de pagamento de tributos e, conseqüentemente extingui-los, não é automático e não pode ser imposto ao Fisco, sendo imprescindível a existência de norma legal que autorize de forma específica a compensação postulada.²⁰⁰

O art. 170 do CTN não confere ao contribuinte a compensação genérica, nem individual, atinente a algum tributo, seja federal, estadual ou municipal. Tal dispositivo apenas possibilita que a compensação seja disciplinada em lei própria, formulada pelo Poder competente à instituição do tributo.²⁰¹ A compensação trazida pelo CTN, assim, tem o objetivo de desenhar o caráter procedimental do instituto e não propriamente constituir o direito creditório do contribuinte²⁰².

No direito tributário, portanto, a compensação encontra condição na discricionariedade do legislador, dado que

o sujeito passivo só poderá contrapor seu crédito ao crédito tributário, como direito subjetivo seu, nas condições e sob as garantias que a lei fixar. Fora disso, quando a lei o permite, se aceitar as condições específicas que a autoridade investida de poder discricionário, nos limites legais, para fixá-las,

¹⁹⁸ Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias; BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Brasília, DF: Senado, 1966. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

¹⁹⁹ LIMA, Osvaldo Antonio de. A compensação no Direito Tributário. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

²⁰⁰ FERRAREZI, Renata Soares Leal. Pedido de compensação de tributos e contribuições federais não homologado e a prescrição da compensação de crédito contra a Fazenda Nacional. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 357.

²⁰¹ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1857.

²⁰² CAMPO, Fabrício Costa Resende de. Compensação tributária no âmbito federal – natureza jurídica e materialidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

estipular, julgando da conveniência e da oportunidade de aceitar ou recusar o encontro dos débitos.²⁰³

De outra partida, inexistente margem de arbítrio à autoridade fazendária, através do Poder Executivo. Como a autorização de compensação, suas condições e garantias decorrem de lei, a atividade de cobrança (e todos seus aspectos decorrentes, como a compensação) está vinculada à reserva legal, de forma que, respeitados os critérios pelo contribuinte, a compensação deve ser concedida.²⁰⁴

Outra diferença entre a compensação tributária e a compensação civil que merece ser apresentada está nos créditos que poderão ser objetos do ato. A lei que autoriza a compensação na esfera do direito público poderá prever que sejam utilizados créditos do contribuinte, tanto vencidos, quanto vincendos. Na esfera do direito privado, apenas os créditos vencidos poderão ser objetos de compensação.²⁰⁵

No âmbito dos tributos federais, o instituto da compensação foi inicialmente previsto pelo art. 66 da Lei nº 8.383/91, que assim referia:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.²⁰⁶

O §1º do referido artigo infere que (i) a compensação somente poderia ser realizada entre tributos da mesma espécie; e (ii) não havia qualquer exigência de autorização prévia por parte da Receita Federal para que pudesse ser formalizado o encontro de contas pelo contribuinte. Nesse sentido, esse poderia opor seus créditos aos débitos de mesma espécie, cobrados pela Receita Federal, independentemente de ter apresentado requerimento prévio ao Fisco, bastando que registrasse em sua escrituração contábil o crédito oposto contra a Fazenda.²⁰⁷

²⁰³ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. *op. cit.*, p. 1853.

²⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 549.

²⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1857.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 8.383/91**. Brasília, DF: Senado, 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm>. Último acesso em 11.11.20.

²⁰⁷ FERRAREZI, Renata Soares Leal. Pedido de compensação de tributos e contribuições federais não homologado e a prescrição da compensação de crédito contra a Fazenda Nacional. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 358.

Em continuidade, cinco anos após a atividade legiferante possibilitar a compensação fiscal, nos moldes do art. 66 da Lei nº 8.383/91, adveio a Lei nº 9.430/96, que, em seu art. 74, instituiu nova forma de compensação. O dispositivo possibilitou a aplicabilidade do instituto aos créditos tributários de espécies distintas, desde que havendo a prévia autorização pela Secretaria da Receita Federal (SRF):

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.²⁰⁸

A despeito da referida norma ter possibilitado a compensação entre espécies tributárias distintas e com destinação constitucional diversa, foi criado novo ônus ao contribuinte, o qual não encontrava correspondência na Lei nº 8.383/91: a necessidade de prévio requerimento pelo contribuinte e, conseqüentemente, a prévia autorização, por parte do Fisco, à efetivação da compensação.²⁰⁹ Havia o dever de se aguardar a análise do pedido de compensação pela SRF antes de efetivá-la.

Nesse ponto, portanto, existiam duas modalidades de compensação no âmbito federal:

(a) o regime de compensação entre créditos e débitos de mesma destinação constitucional, a ser realizado por simples encontro de contas pelo contribuinte sem a necessidade de prévio requerimento à Receita Federal (regime do art. 66 da Lei 8.383/1991); e

(b) o regime de compensação entre créditos e débitos de destinação constitucional diversa, submetidos a prévia autorização à Receita Federal (regime do art. 74 da Lei 9.430/1996).²¹⁰

Foi com a edição da MP nº 66/2012, posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002, que a redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96 foi alterada, passando a constar com a seguinte redação:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.²¹¹

²⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 9.430/96**. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Último acesso em 11.11.20.

²⁰⁹ FERRAREZI, Renata Soares Leal. Pedido de compensação de tributos e contribuições federais não homologado e a prescrição da compensação de crédito contra a Fazenda Nacional. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 358.

²¹⁰ FERRAREZI, Renata Soares Leal. *ibidem*. p. 358.

²¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.430/96**. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Último acesso em 11.11.20.

A partir dessa modificação legislativa, foram unificadas muitas das características dos dois regimes de compensação existentes no âmbito federal.²¹² Destaca-se a combinação da possibilidade de (i) compensação de quaisquer tributos, desde que administrados pela Receita Federal; e (ii) de compensação sem autorização prévia por parte do Fisco. O contribuinte, portanto, não necessita mais requerer autorização prévia à SRF para efetuar o encontro de contas, nem está adstrito a compensar tributo de mesma espécie.

Com as novas regras, o pedido de autorização, prévio à compensação, cedeu lugar à declaração de compensação (DCOMP). A DCOMP se trata de documento eletrônico, no qual “constam informações relativas aos créditos utilizados e os respectivos débitos compensados”.²¹³ Através dela, o contribuinte informa ao Fisco a compensação que realizou, após efetuar o encontro de contas por si mesmo.

Atualmente, a DCOMP é a única forma de se externar uma compensação tributária no âmbito federal. Considerando que a mesma é integrada ao programa DCTF (Declaração de Contribuições e Tributos Federais)²¹⁴, fornece ao Fisco a facilidade de controle completamente eletrônico.²¹⁵

Insta frisar que a declaração eletrônica não alterou a função básica do pedido de compensação, mas apenas o lapso temporal de sua apresentação ao Fisco, que, agora, é posterior à compensação. Nesse sentido, permanece a obrigatoriedade do contribuinte de informar a origem do crédito, o débito que compensou, o valor atualizado do crédito, etc.²¹⁶

A manutenção da obrigação do contribuinte de comprovar os elementos constitutivos de seu direito à compensação não surpreende. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em seu art. 36²¹⁷, prevê expressamente que caberá ao interessado provar os fatos que alegar. Logo, por

²¹² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

²¹³ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 443.

²¹⁴ CAMPO, Fabrício Costa Resende de. Compensação tributária no âmbito federal – natureza jurídica e materialidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

²¹⁵ CAMPO, Fabrício Costa Resende de. *ibidem*, p. 140.

²¹⁶ CAMPO, Fabrício Costa Resende de. *op. cit.* p. 143.

²¹⁷ Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 9.784/99**. Brasília, DF: Senado, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Último acesso em 11.11.20.

exemplo, “no caso de créditos federais, estes devem ser informados em declaração apropriada, conforme as normas contábeis e com a comprovação do pagamento realizado.” Veja-se que deve haver consistente relação entre o que foi informado à fiscalização tributária, os recolhimentos efetuados e os dados contábeis escriturados.²¹⁸

Quando da análise da DCOMP por parte do fisco, este poderá, verificando ausência de elementos constitutivos do direito de compensação, não homologá-la. A partir desse ponto, considerando a instauração de uma lide, dá-se início ao processo administrativo, com o exercício do contraditório e ampla defesa.

A comprovação do direito de compensar é de extrema importância, sobretudo porque, não havendo a homologação da declaração de compensação aviada pelo contribuinte, há previsão, no art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96, de que seja aplicada, em face do requerente, multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto da declaração de compensação apresentada.

Essa multa isolada diz respeito ao objeto dessa monografia, cuja constitucionalidade será oportunamente analisada. Todavia, antes de aprofundar esse ponto, é de bom tom que sejam realizadas, de forma breve, algumas considerações acerca das multas tributárias existentes em nosso ordenamento jurídico, em especial, a isolada, cuja a prevista no art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96 encontra classificação.

3.2. SANÇÕES TRIBUTÁRIAS E A MULTA ISOLADA

Muito se disserta, na esfera do direito tributário, acerca das sanções fiscais aplicáveis aos contribuintes. No entanto, o termo “sanção” se refere a termo polissêmico, cuja significação carece de unicidade, vindo a experimentar diversas mutações semânticas na esfera jurídica.²¹⁹

Dito isso, a exemplo dos diversos significados que o termo pode exprimir, pode-se citar (i) o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, quando confirma uma determinada lei, pondo fim ao processo legislativo; ou, ainda, (ii) a benesse, caracterizada como “sanção premial”, aplicada quando o obrigado, em face de uma

²¹⁸ CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1072.

²¹⁹ MARICATO, Andreia Fogaça Rodrigues; ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. A aplicação do princípio da vedação ao confisco às sanções (multas) tributárias. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 321.

norma, realiza uma prestação maior do que a estabelecida para todos os outros obrigados. A exemplo do segundo significado apresentado, a previsão de desconto no recolhimento de determinado tributo, se o contribuinte pagá-lo antes do vencimento.²²⁰

Feita a breve consideração acerca do caráter polissêmico da palavra “sanção”, com o objetivo de aproximar o seu significado à necessidade dessa monografia, passa-se às considerações do vocábulo pelo seu viés semântico mais utilizado, isto é, como contra-ataque a uma conduta ilícita, ilegal e/ou indesejada.

Em seu clássico da teoria geral do direito, Norberto Bobbio buscou aferir critérios com os quais seria possível diferenciar as sanções social e moral da sanção jurídica. Foi nesse contexto que asseverou que o ato de violação está presente em toda e qualquer prescrição normativa, estando na natureza de todo sistema jurídico, sendo a sanção uma resposta a esse ato, em vista de preveni-lo ou eliminando por completo as suas indesejadas consequências. A partir dessa constatação, aquilata que a “sanção” pode ser definida como o instituto com o qual se busca salvaguardar a lei da degradação causada por ações contrárias ao seus ditames.²²¹

No mesmo sentido, Maria Padilha e Geraldo Ataliba, que definem a “sanção”, respectivamente, como uma reação jurídica, em face da não realização de um comportamento esperado e devido, cujo Direito estabeleça como desejável em uma determinada sociedade, em um determinado momento;²²² e como uma providência jurídica invocada no caso de uma violação de determinado comando jurídico-normativo.²²³

A partir das concepções apresentadas, conclui-se que a “sanção”, no seu viés semântico que mais interessa à presente monografia, trata-se, amplamente, de mecanismo utilizado com o intuito de salvaguardar determinada norma jurídica de uma possível violação. Essa definição, no entanto, compõe o caráter geral de “sanção”, sendo necessário termos em mente que, no ordenamento jurídico pátrio, existem diversas espécies de “sanções”, que podem ser aplicadas de inúmeras formas, pertinentes aos mais variados ramos do direito.

²²⁰ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 46.

²²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 145-147.

²²² PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *op. cit.* p. 46.

²²³ ATALIBA, Geraldo. Penalidades tributárias. In **Revista dos Tribunais**, vol. 852, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 745.

Com base nisso, Ives Gandra propôs a divisão das sanções jurídicas em quatro grandes áreas: penal, civil, administrativa e tributária.²²⁴ As sanções civis, geralmente, têm natureza indenizatória; as sanções administrativas, em geral, têm aspectos reparatórios ou punitivos; as sanções penais, por sua vez, sempre são punitivas. Quanto às sanções do direito tributário, só será possível aferir se punitivas ou reparatórias quando analisada a positivação que as estabelece.²²⁵

As sanções tributárias são aquelas aplicáveis ao contribuinte ou a terceiro responsável que violarem determinada obrigação principal, de pagar tributo, ou determinada obrigação acessória, dever instrumental de fazer ou suportar algo, em benefício da atividade de fiscalização. Em outras palavras, a sanção fiscal consiste na efetivação de ação ou omissão tipificada na legislação tributária como infração, isto é, em face do inadimplemento de uma obrigação principal ou acessória.²²⁶

A doutrina majoritária, de forma didática, divide o estudo das sanções tributárias, estabelecendo como critério classificador o caráter pecuniário das penalidades. Dessa forma, são duas as categorias utilizadas: (i) as sanções tributárias pecuniárias (multas) e (ii) as sanções tributárias não pecuniárias (restrições de direitos ou medidas interventivas).²²⁷ Para o presente, deve-se analisar a primeira categoria.

As sanções pecuniárias, no direito tributário, são as formas mais expressivas pela qual se manifesta o sistema jurídico pátrio, em face do descumprimento de obrigação principal ou acessória. Além de exprimir efeito psicológico frente ao contribuinte, de forma a desencorajar que determinada infração legal se consume, possuem o condão de agravar o débito fiscal em valor considerável.²²⁸

Assim, a finalidade das sanções fiscais pecuniárias (multas), além de compelir o cumprimento da obrigação principal ou acessória, que deverá ser recolhido pelo sujeito passivo que violou a regra-matriz da incidência tributária, por incidir no patrimônio do contribuinte infrator, provoca nele a percepção de que se deve agir nos limites da lei, sob pena de ter que recolher o mesmo tributo, de forma mais onerosa.²²⁹

²²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 53-54.

²²⁵ MARICATO, Andreia Fogaça Rodrigues; ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. A aplicação do princípio da vedação ao confisco às sanções (multas) tributárias. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 324.

²²⁶ MARICATO, Andreia Fogaça Rodrigues; ROSA, *ibidem*, p. 323.

²²⁷ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 163.

²²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 628.

²²⁹ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *op. cit.* p. 266.

As multas tributárias receberam, tanto do legislador, quanto do intérprete do direito, diversificadas nomenclaturas, que dificultam o estudo das mesmas, como: multa de mora, multa de ofício, multa isolada, multa agravada e multa qualificada.²³⁰ Veja-se, abaixo, um breve apanhado sobre cada uma das expressões e o que significam, objetivando distingui-las.

A expressão “multa de ofício” anuncia o procedimento para a constituição da sanção, isto é, o lançamento de ofício. Nessa acepção, significa tão somente ser uma espécie de sanção aplicada pela autoridade fiscalizatória, mediante lançamento de ofício.²³¹

Comumente, intitula-se “multa de mora” aquela devida quando do recolhimento a destempo de determinado tributo.²³² As multas de mora são, notadamente, penalidades pecuniárias, no entanto, não possuem caráter punitivo intrínseco; há predominância do caráter indenizatório em sua concepção, visando a ressarcir o ente fazendário pelo atraso na arrecadação de determinado tributo.²³³ A aplicação dessa sanção pecuniária pode ser dada mediante lançamento de ofício, por parte do ente fiscalizatório, mas, também, pode ser formalizada pelo próprio contribuinte infrator, quando do recolhimento, de forma pretérita a uma autuação.²³⁴

A “multa qualificada”, por sua vez, é aplicada via lançamento de ofício e, assim, insere-se no âmbito das “multas de ofício”. Para a aplicação da multa de ofício qualificada é imprescindível que haja a prática do comportamento previsto no critério material da multa, isto é, inadimplemento de obrigação principal ou acessório, acrescido de um viés doloso, em demonstração de fraude, conluio ou, ainda, sonegação.²³⁵

A “multa agravada”, da mesma forma que a qualificada, corresponde a uma “multa de ofício”. A aplicação dessa multa está condicionada a realização de uma conduta, cujas circunstâncias são consideradas agravantes por lei. A exemplo, cita-

²³⁰ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 259.

²³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 629.

²³² PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *op. cit.*, p. 273.

²³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 633.

²³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *ibidem*, p. 629.

²³⁵ LIMA JÚNIOR, João Carlos de. **Interpretação e aplicação das multas de ofício, de ofício qualificada, de ofício agravada e isolada**. 1ª ed., São Paulo: Noeses, 2018, p. 168.

se o desatendimento à intimação, no prazo concedido, para a apresentação de documentos (art. 44, §2º, da Lei nº 9.430/96).²³⁶

Por fim, mas não menos importante, necessário tecer comentários às “multas isoladas”. A expressão é utilizada, no ordenamento jurídico, com significados diversos, referindo-se, também, a fenômenos jurídicos distintos.²³⁷ De forma geral, dá-se o nome de “multa isolada” ao procedimento sancionatório que, isoladamente, cobra a multa por alguma circunstância definida em lei.²³⁸ Nota-se, portanto, que o caráter isolado atribuído à multa decorre do fato de que essa é exigida de forma apartada, desacompanhada, do tributo.

A conotação “multa isolada”, na acepção demonstrada, faz referência às sanções aplicadas em face do descumprimento de deveres instrumentais (obrigações acessórias) pelo sujeito passivo. A exemplo, a multa por atraso na entrega da DCTF e a multa aplicada à pessoa física que venha a desobedecer a sistemática do carnê-leão, atinente ao imposto sobre a renda.²³⁹

A legislação federal faz referência à sanção tributária pecuniária isolada, também, quando estabelece multa em face do contribuinte, diante de compensação administrativa não-homologada. A citada multa encontra amparo legal no art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96 e, considerando que corresponde ao objeto do presente estudo, deve-se, nesse ponto, enfrentar os seus pormenores, buscando estabelecer, principalmente, as finalidades de sua instituição.

A multa isolada do art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96 dispõe que seja cobrado do contribuinte 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito objeto da declaração de compensação não homologada. O dispositivo legal possui a seguinte redação:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 17. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.²⁴⁰

²³⁶ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *op. cit.* p. 282.

²³⁷ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 278.

²³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 630.

²³⁹ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *op. cit.* p. 280.

²⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 9.430/96**. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Último acesso em 11.11.20.

A referida norma, da forma que positivada, possui caráter genérico e abrange toda e qualquer declaração de compensação que, porventura, tenha simplesmente tido sua homologação negada pela autoridade fiscal, em vista de interpretações dissonantes entre contribuinte e Fisco.²⁴¹

A multa isolada do §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 está, ou deveria estar, calcada em substrato sólido de justificação, que se imagina sejam seus próprios aspectos finalísticos. Conforme já aventado no subtópico 1.3 dessa monografia, identificar a finalidade de uma lei nem sempre se refere a uma tarefa fácil, visto que pode ocorrer de nem todos aspectos finalísticos de uma norma estarem expressos nos documentos atrelados ao processo legislativo. Assim, o exercício de averiguar a finalidade de uma lei acaba sendo, muitas vezes, exercício de hipótese e interpretação do que poderia vir a justificar tal penalidade.²⁴² Nesse ponto, será adentrado o histórico legislativo da multa isolada ora analisada, a fim de que se possa extrair, das exposições de motivos, a justificativa de sua instituição.

A atual redação do dispositivo normativo em comento é dada pela Lei nº 13.097/2015, que, por sua vez, originou-se da conversão da Medida Provisória (MP) nº 656/2014 em lei. Em análise ao teor da MP nº 656/2014, é possível vislumbrar que a mesma possuiu substrato jurídico a justificar os seus termos, consubstanciada na exposição de motivos nº 00144/2014. Especificamente, em relação ao §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, dispôs a exposição:

12. Com a revogação proposta para os §§ 15 e 16, e visando manter a aplicação da multa isolada de 50% apenas nos casos de não homologação de compensação, faz-se necessária nova redação para o § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, trazendo para o referido parágrafo o percentual da multa antes previsto no § 15, e para substituir o termo 'crédito' por 'débito", que é efetivamente o valor indevidamente compensado e que deverá ser a base de cálculo da multa isolada.

13. **A nova redação proposta para o § 17 deixa claro que o instituto da Declaração de Compensação não deve ser utilizado para extinção de débitos sem a existência de créditos correspondentes, em estrita observância do que dispõe o art. 170 do CTN.**

14. Assim, é aplicável a multa isolada no caso em que o débito é extinto sob condição resolutória, mas cujo crédito indicado para compensação é insuficiente, no todo ou em parte, para extinguir o tributo devido.

²⁴¹ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 303.

²⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 821.

15. E a ressalva contida no §17 de que essa multa não se aplica no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo é porque para esta hipótese existe previsão específica de aplicação de multa isolada nos termos do art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2013.²⁴³ (grifamos)

Do excerto acima, sobretudo do parágrafo 13, afere-se que a multa isolada encontra fim na tentativa de inibir a declaração de compensação, aviada pelos contribuintes, quando embasada em elementos probatórios frágeis e inconsistentes. Todavia, não se mostra evidente, na exposição, o porquê do Poder Legislativo assim proceder, considerando que bastaria, na hipótese da carência de provas, a simples rejeição da DCOMP apresentada. Deve-se, portanto, aprofundar a busca.

Antes da MP nº 656/2014 ser sancionada pelo Poder Executivo e convertida na Lei nº 13.097/2015, já constava regra semelhante no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96. A redação anterior havia sido dada pela Lei nº 12.249/2010²⁴⁴, objeto da conversão da MP nº 472/2009, que, por sua vez, possuía justificativa na exposição de motivos nº 00180/2009. Embora a exposição não se refira especificamente à multa isolada do §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, ela trouxe interessante passagem quando alterou, sensivelmente, a multa isolada aplicada em face da compensação não homologada, quando constatada a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, consubstanciada no art. 18, §2º da Lei nº 10.833/2003²⁴⁵.

²⁴³ BRASIL. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 656**. Brasília, DF: Senado, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv656-14.doc>. Último acesso em 11.11.20.

²⁴⁴ Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. BRASIL. **Lei nº 12.249/2010**. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12249.htm>. Último acesso em 11.11.20.

²⁴⁵ Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

(...)

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada sobre o total do débito indevidamente compensado, no percentual

I - previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na hipótese em que não for confirmada a legitimidade ou suficiência do crédito informado; ou

II - previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

A MP nº 472/2009, no ponto, objetivou agravar a penalidade aplicada ao contribuinte quando a compensação aviada não é homologada, em virtude de falsidade nas informações declaradas. A exposição de motivos evidencia as razões consideradas pelo legislador para a majoração da sanção pecuniária:

32. O art. 27 altera a redação do caput e do § 2º do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, visando aperfeiçoar a imposição de penalidades na compensação. Atualmente é aplicada apenas a multa de mora na hipótese de compensação indevida, pelo fato de **o débito declarado na Declaração de Compensação constituir confissão de dívida, de forma que, não raro, esse fato tem servido para que alguns contribuintes se utilizem de créditos inexistentes como forma de obter certidão negativa ou para não pagar o crédito tributário, contando com a homologação da compensação pelo decurso de prazo.** Assim, o caput do art. 18 prevê a aplicação da penalidade na hipótese de compensação indevida, ficando determinado, no inciso I do § 2º, que o percentual a ser aplicado, na hipótese em que não for confirmada a legitimidade ou suficiência do crédito informado, é o previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.²⁴⁶ (grifamos)

O legislador, por meio da multa isolada do art. 18, §2º da Lei nº 10.833/2003, visou à coibição dos contribuintes de (i) declararem compensação, sabendo não existir crédito a ser aproveitado, apenas com o intuito de, assim, extinguir o crédito tributário compensado, mesmo que temporariamente, e obter a certidão negativa de débitos; e, ainda, (ii) aguardarem, sabendo não possuir o direito creditório, o transcurso do prazo de homologação (cinco anos, contados da apresentação da declaração, conforme §5º, do art. 74, da Lei 9.430/96²⁴⁷), objetivando, com isso, o deferimento tácito do seu pleito. Em outras palavras, o legislador resolveu agravar a penalidade anteriormente existente com base no abuso de direito e má-fé dos contribuintes que viam na compensação fiscal administrativa uma oportunidade de lograr a autoridade fazendária.

BRASIL. **Lei nº 10.833/2003.** Brasília, DF: Senado, 2003. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.833.htm>. Último acesso em 11.11.20.

²⁴⁶ BRASIL. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472/2009.** Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Exm/EMI-00180-MF-MDIC-09-Mpv-472.htm>. Último acesso em 11.11.20.

²⁴⁷ Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pela sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. BRASIL. **Lei nº 9.430/1996.** Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Último acesso em 11.11.20.

Como visto, embora não haja uma exposição de motivos, cujo texto veicule adequada e especificamente as razões pelas quais foi instituída a multa isolada do art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96, parece-nos razoável considerar como sendo àquelas previstas na exposição de motivos da MP nº 472/2009, apresentada acima, tendo em vista que as prescrições das multas se assemelham em muito.

Afinal, das mesmas circunstâncias antijurídicas elencadas na exposição de motivos da MP nº 472/2009 podem se valer os contribuintes, em ambas as situações, as quais envolvem, de uma forma ou outra, uma compensação administrativa. Assim, com o respaldo legislativo acima mencionado, parte-se da premissa de que o legislador, através da multa isolada aplicada em face da não homologação de compensação administrativa tributária, procura inibir a prática desordenada de atos dotados de má-fé e abuso de direito por parte dos contribuintes.

Não obstante, tal sanção tributária pecuniária enfrenta grandes críticas de inconstitucionalidade aventadas pela doutrina pátria, sobretudo por seu critério amplo, que abrange toda e qualquer declaração de compensação, cujo resultado foi, simplesmente, a não homologação. Para aplicação da multa do §17, art. 74, Lei nº 9.430/96, basta que a DCOMP não tenha sido homologada pelo Fisco, portanto, independe da prática de qualquer ilegalidade ou ilicitude por parte do contribuinte.

A crítica de cunho constitucional lançada em face da referida multa isolada foi de tamanha proporção que, no ano de 2014, foi alçada ao patamar da Suprema Corte. Atualmente, através do recurso extraordinário de nº 796.939, sob o Tema de Repercussão Geral nº 736, pende o desfecho da controvérsia.

Enquanto os excelentíssimos ministros do STF não lançam olhos ao deslinde daquele julgado, ocupamo-nos de analisar, através do apanhado teórico realizado até então, a constitucionalidade da multa do §17, art. 74, Lei nº 9.430/96, que restringe o direito de petição dos contribuintes, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, à luz das três subregras da proporcionalidade, tais quais lapidadas pelo TCF alemão e por Robert Alexy.

3.3. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto no apanhado teórico realizado, o direito de petição, inserto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, é direito fundamental que autoriza aos cidadãos a requerer, formular, peticionar, providências ao Poder Público, de interesse individual, coletivo,

próprio ou de terceiros, seja para denunciar uma lesão, para solicitar uma orientação, ou, ainda, para requerer a modificação de um direito, com fulcro na defesa dos direitos ou contra a ilegalidade de autoridade pública, sem que seja exigido, do peticionante, a constituição de procurador ou o pagamento de taxas e emolumentos. Considerando a inexistência de direitos absolutos no sistema jurídico, o direito de petição pode ser objeto de restrições de diferentes tipos e formas, em contrapartida à afirmação de outros direitos e fins.

A compensação tributária, no âmbito federal, por sua vez, como já explanada, é causa extintiva do crédito tributário, à luz do que preceitua o art. 156, II, do CTN, e encontra seu fundamento jurídico nos art. 170 e 170-A do CTN e no art. 74 da Lei nº 9.630/96. Trata-se de instituto que possibilita o encontro de dívidas recíprocas de sujeitos distintos, que integram relações obrigacionais diversas. Atualmente, a legislação federal autoriza aos contribuintes a (i) compensação de quaisquer tributos, desde que administrados pela Receita Federal; e (ii) sem autorização prévia por parte do Fisco.

A compensação se dá através da DCOMP, pela qual o contribuinte remete o seu pleito compensatório à entidade fiscalizatória, que poderá homologá-la ou não, a depender dos documentos comprobatórios de direito creditório acostados pelo contribuinte. A DCOMP, tal como é disciplinada, trata-se de peticionamento administrativo ao Fisco, mediante a qual se postula a providência de compensar. É instrumento, portanto, ao exercício do direito fundamental de petição naquela seara administrativa e para o fim que se dedica.

Consequentemente, como verificado, com fulcro de mitigar a violação de determinado comando jurídico-normativo, ao Poder Legislativo é possibilitado o estabelecimento de algumas sanções normativas. A sanção tributária, por sua vez, são aquelas aplicáveis ao contribuinte ou a terceiro responsável que violarem determinada obrigação principal, de pagar tributo, ou determinada obrigação acessória, dever instrumental de fazer ou suportar algo, em benefício da atividade de fiscalização.

Percorreu-se, no conjunto teórico feito acima, as diferentes espécies de sanções pecuniárias tributárias (multas), no qual foi analisada a multa isolada, que se refere à sanção aplicada de forma desacompanhada de determinado tributo, por motivo definido em lei. Dentre as multas isoladas tributárias recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio, encontra-se aquela prevista no §17, art. 74, da Lei nº

9.430/96, que, por sua vez, visa a aplicar ao contribuinte a sanção pecuniária no valor correspondente a 50% do valor do crédito objeto da declaração, na hipótese de a compensação não ser homologada.

A multa tributária supra referida, aplicada tão somente em razão da não homologação de compensação, independentemente da prática de qualquer ato ilícito ou antijurídico pelo contribuinte, restringe o direito de petição, mormente porque cria óbice, isto é, justo receio, ao peticionamento por parte do contribuinte ao Fisco.

Resta, assim, debruçar-se à análise da validade constitucional dessa restrição legislativa ao direito de petição, à luz das subregras de análise da proporcionalidade, definidas pelo TCF alemão e lapidadas pela doutrina de Robert Alexy, cuja recepção pelo direito constitucional brasileiro é, atualmente, incontestado, como já demonstrado.

As subregras que compõem a proporcionalidade são, entre si, subsidiárias, de forma que, não se verificando uma das regras, não se deve partir à análise da próxima, como visto. As três subregras, pelas quais se deve aferir a proporcionalidade de determinada restrição aplicada a um direito fundamental, conforme aquilatadas pelo TCF alemão e aprimoradas por Alexy, são (i) a adequação; (ii) a necessidade e a (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Não parece demais, nessa altura da presente monografia, rememorar brevemente cada um desses critérios a medida em que será realizada a análise de constitucionalidade da multa isolada prevista no art. 74, §17, da Lei nº 9.430/96.

Na primeira acepção, a da adequação, deve-se verificar se a lei que instituiu a multa isolada contém os meios necessários a atingir os fins a que se propõe, isto é, se a prescrição normativa, da forma que foi preconizada, é apta a alcançar o resultado pretendido. Entretanto, não deve ser nota de preocupação, nesse momento, fazer qualquer juízo de valor quanto aos meios adotados, se são bons ou justos.

Conforme exposto, a multa isolada sob análise utiliza, como meio de atingir o seu fim, a aplicação de sanção pecuniária em face do contribuinte, no valor correspondente a 50% do crédito objeto da declaração de compensação remetida, tão somente em decorrência da sua não homologação por parte do Fisco. A finalidade da norma, por sua vez, é inibir os atos dotados de má-fé, praticados pelos contribuintes que, supostamente, mediante o abuso do direito de petição, (i) declaram a compensação, sabendo não existir crédito tributário a ser aproveitado, apenas com o viés de extinguir o crédito tributário, a fim de obter a certidão negativa de débitos; e/ou ainda (ii) aguardam, sabendo não possuir o direito de crédito, o transcurso do prazo

de homologação da compensação (de cinco anos, contados da entrega da declaração), objetivando, com isso, o deferimento tácito do seu pleito pela entidade fiscalizadora.

Diante disso, pode-se aferir que o meio utilizado pelo legislador, isto é, a sanção pecuniária prevista, é apta ao alcance do fim pretendido. A aplicação de multa, no percentual de 50% do valor do crédito objeto da declaração de compensação, simplesmente pela não homologação da pretensão, onera, e muito, o contribuinte. Existirá, no mínimo, o justo receio de peticionamento por parte desse, vez que, havendo qualquer dúvida acerca da consistência e idoneidade de suas provas, a embasar o pleito compensatório, será mais vantajoso, em determinados casos, não remeter a declaração de compensação ao Fisco.²⁴⁸

Verificado o critério da adequação, deve-se passar à aferição da segunda subregra que compõe a proporcionalidade, a da necessidade. Como já aquilatado, esse critério pressupõe a análise do meio, mas, diferentemente da adequação, deve ser perquirida a gravidade da restrição ao direito fundamental, causada pela norma limitadora. Assim, a necessidade tem o objetivo de verificar, dentre outras hipóteses de meio, igualmente eficazes ao alcance do fim, menos gravoso à restrição do direito fundamental.

O meio adotado pelo legislador, conforme já explicitado, é a aplicação ao contribuinte de multa pecuniária referente a 50% sobre o valor do crédito pleiteado na declaração de compensação, em face, simplesmente, da sua não homologação. A materialização da sanção pecuniária, sem qualquer distinção quanto à conduta do sujeito passivo, não inibe apenas o contribuinte de má-fé, aquele que abusa do seu direito de petição, mas também o de boa-fé, que, temendo qualquer interpretação contrária de suas provas por parte do Fisco, poderá ver a sua DCOMP não

²⁴⁸ Nesse sentido, os fundamentos do acórdão da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000, de relatoria da Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch: “A determinação da multa, ainda que não obste totalmente a realização do pedido de compensação, cria obstáculos, com certeza, ao direito de petição do contribuinte, pois, diante da possibilidade de lhe ser aplicada a pena pecuniária, produz justo receio, a ponto de desestimulá-lo a efetivar o pedido da compensação a que teria direito.” Conforme: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000**. Relatora: Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch. 03 de julho de 2012. Porto Alegre: juntado aos autos em 03.07.2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Último acesso em 10.11.20.

homologada. O meio adotado pela norma para o alcance de seu fim incorre em restrição grave ao exercício do direito de petição, não apenas o mitiga.²⁴⁹

Considerando-se o alto grau de restrição do direito fundamental imposta pela multa do §17, art. 74, da Lei nº 9.430/96, outros meios menos gravosos emergem, pelos quais seria possível atingir, de forma semelhante, o fim pretendido.

A finalidade da multa, como já enfrentada, corresponde à tentativa do Poder Legislativo de inibir a má-fé de contribuintes que abusam do direito de peticionar frente à autoridade administrativa, tendo a plena ciência de não haver créditos a serem compensados. Almejam, com isso, lograr eventual decurso do lapso temporal previsto legalmente para a homologação da compensação pelo Fisco e/ou extinguir o crédito tributário, mesmo que temporariamente, simplesmente para a obtenção da certidão negativa de débitos.

Analisando-se o fim da referida multa isolada, exprime-se que o Fisco pretende, em última acepção, inibir tão somente os atos ilícitos praticados pelos sujeitos passivos, isto é, aqueles que deturpam a aplicabilidade do instituto da compensação. Nesse sentido, não há razão para que se iniba, também, a prática do direito de petição pelos contribuintes de boa-fé.

Com base nisso, aventa-se outro meio, pelo qual se atinge a finalidade da sanção pecuniária, não havendo, em contrapartida, tamanha restrição do direito fundamental de petição: é a aplicação da multa isolada apenas nos casos em que verificadas as circunstâncias de fraude e de má-fé, em que esteja evidente o descompasso entre a DCOMP remetida e as provas que a embasam.

A partir dessa concepção, não seria necessária a aplicação da multa isolada a todos os casos em que a compensação não seja homologada, mas sim tão somente àqueles cujo indeferimento decorra da discrepância evidente entre as provas carreadas pelo contribuinte e o pleito apresentado.²⁵⁰ A aplicação da multa isolada,

²⁴⁹ Nesse sentido, os fundamentos do acórdão da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000, de relatoria da Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch: “A previsão legal determina, indistintamente, a punição, atingindo o contribuinte de boa-fé e inibindo o regular exercício de um direito, ainda que inexistente, revelando-se, por isso mesmo, abusiva e inconstitucional.” Conforme: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000**. Relatora: Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch. 03 de julho de 2012. Porto Alegre: juntado aos autos em 03.07.2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Último acesso em 10.11.20

²⁵⁰ Nesse sentido, os fundamentos do acórdão de Apelação nº 0001792-05.2012.4.01.4300, de relatoria da Desembargadora Federal Ângela Catão: “Por conseguinte, há que ser feita a interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos, (...), a fim de que somente se apliquem caso seja reconhecida administrativamente, pela autoridade competente, a má-fé do contribuinte quando do pedido de

decorrente apenas da constatação de má-fé por parte do contribuinte, atinge a finalidade de instituição da sanção, porquanto inibirá o pleito compensatório baseado apenas em presunções e simulações, ou seja, combaterá exatamente a utilização viciada do instituto, qual seja, a fraudatária, sem tolher, sobremaneira o direito de petição.²⁵¹

Com o objetivo de inibir a prática de atos de má-fé por parte do contribuinte, cabe sinalizar a existência da multa tributária prevista no art. 18 da Lei nº 10.833/2003²⁵² e no art. 89, §10, da Lei nº 8.212/91²⁵³. A referida penalidade é aplicada quando constatada fraude na declaração e o seu montante corresponde à 150% do crédito pleiteado em compensação não homologada. Considerando-se isso, poder-se-ia aventar, inclusive, a desnecessidade de instituição de sanção pecuniária tributária, a fim de inibir a prática de má-fé, vez que já há multa que veicula semelhante hipótese, o que reforça o óbice encontrado naquela prevista no §17, art. 74 da Lei nº 9.430/96 aos critérios da proporcionalidade alemã.

A disposição legal do §17, art. 74, da Lei nº 9.430/96 é demasiadamente genérica e abrangente, penalizando o contribuinte apenas porque sua declaração de compensação não foi homologada, o que pode ocorrer simplesmente em decorrência de interpretações discrepantes entre sujeito passivo e autoridade fazendária.²⁵⁴ A doutrina majoritária critica fortemente esse aspecto, considerando a norma instituidora da multa “tão absurda quanto o seria condenar como “litigante de má-fé” todo aquele que formulasse a um juiz pedidos que viessem a ser considerados improcedentes.”²⁵⁵

Pelo demonstrado, averigua-se que a sanção pecuniária tributária, prevista no §17, art. 74, da Lei nº 9.430/96, não restringe o direito fundamental de petição de forma proporcional, encontrando óbice na subregra da necessidade, o segundo critério de aferição concebido pelo TCF alemão e interpretado por Robert Alexy. Dessa

restituição ou de compensação.” Conforme: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação nº 0001792-05.2012.4.01.4300**. Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão. 04 de agosto de 2015. Tocantins: juntado aos autos em 14.08.2015. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>>. Último acesso em 10.11.20.

²⁵¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 202-203.

²⁵² BRASIL. **Lei nº 10.833/2003**. Brasília, DF: Senado, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.833compilado.htm>. Último acesso em 28.11.20.

²⁵³ BRASIL. **Lei nº 8.212/1991**. Brasília, DF: Senado, 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Último acesso em 28.11.20.

²⁵⁴ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 303.

²⁵⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.*, p. 203.

forma, à luz do que dispõe e compõe a proporcionalidade, a multa tributária aplicada em face da não homologação de compensação administrativa, da forma irrestrita como disposta na lei federal, é inconstitucional.

Os critérios de aferição da proporcionalidade são subsidiários entre si, consoante detidamente explicado no subtópico 1.3. Assim, considerando que a inconstitucionalidade já foi constatada por meio da segunda subregra, não haveria a necessidade de dar continuidade à aferição da proporcionalidade ao caso proposto. No entanto, não se vê empecilhos à demonstração, a título expositivo, da aferição da terceira e última subregra, a da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de averiguar se à luz daquela a constitucionalidade da multa subsistiria, na hipótese de transpassada a subregra da necessidade.

A proporcionalidade em sentido estrito, como formulada na Alemanha, funciona como extensão à necessidade, condiz em apurar o alcance da finalidade pretendida pela legislação examinada, com o intuito de verificar se essa compensa os prejuízos causados pela restrição do direito fundamental que se contrapõe. Já foi demonstrado que essa subregra deve ser analisada sob três etapas, nos termos dos ensinamentos de Alexy, que são: (i) a identificação da intensidade com a qual a norma restritiva afetará o direito fundamental contraposto; (ii) a identificação do grau de importância da realização do fim que embasa a medida restritiva de direitos e (iii) o sopesamento, a saber se a importância do alcance do fim perseguido pelo legislador justifica adequadamente a restrição ao direito fundamental do cidadão.

A intensidade da restrição do direito de petição pela multa isolada correspondente a 50% do valor do crédito pleiteado na declaração de compensação não homologada já foi explicitada. Na oportunidade, concluiu-se como grave a limitação ao exercício daquele direito, acarretando em justo receio ao petitionamento administrativo por parte dos contribuintes, inclusive, os de boa-fé. A importância da finalidade da norma sancionatória, tal qual, não passa despercebida. Com fulcro nas exposições de motivos de sua instituição, o Poder Legislativo demonstrou a necessidade de se estabelecer mecanismo de controle em face da prática dotada de má-fé por parte de alguns contribuintes que, cientes da inexistência de créditos a serem compensados, remetem a DCOMP com intuito de aguardar o decurso do lapso temporal de cinco anos, a contar da declaração, para a homologação tácita da compensação pelo Fisco e/ou extinguir o crédito tributário, mesmo que temporariamente, a fim de obter a certidão negativa de débitos.

Há a finalidade da multa, em face da fraude tributária, de um lado e há a limitação do direito de petição, em nível elevado, de outro. Ocorre que a finalidade buscada pela norma restritiva pode ser alcançado por outros meios menos gravosos ao direito fundamental de petição, como já explanado, através da sua aplicação tão somente aos casos em que se verifica evidente discrepância entre o direito pleiteado e as compensações declaradas. A importância do fim almejado pela instituição da multa, portanto, não justifica tolher um direito fundamental, qual seja, o direito de petição, de todos os contribuintes, inclusive os de boa-fé, apenas em razão de eventual entendimento dissonante entre o Fisco e aqueles, considerado quando a não homologação da compensação não tem por base o indício de circunstâncias fraudulentas.

Nesse sentido, mesmo que se considere que a constitucionalidade da multa isolada do §17, do art. 74, da Lei 9.430/96 não encontra óbice nas subregras anteriores, essa encontraria na da proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, merece ser ressaltado que a terceira subregra da proporcionalidade é dotada de critérios mais abrangentes e genéricos do que as das etapas prévias, abrindo espaço para múltiplas interpretações²⁵⁶, notadamente porque a importância de um instituto ou outro pode variar, a depender do intérprete. Feita a ressalva, mais segura é a posição que conclui pela inconstitucionalidade daquela multa, com respaldo na segunda subregra da proporcionalidade, a da necessidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o tema dessa monografia, não se encontram resultados definitivos no âmbito judicial. Atualmente, todas as ações que enfrentam a constitucionalidade da multa isolada, aplicada em face da não homologação de compensação administrativa, no âmbito federal, estão suspensas/sobrestadas, em decorrência do Tema de Repercussão Geral nº 736, perante a Suprema Corte. Daí a motivação e a importância do estudo.

No presente, buscou-se definir o significado axiológico do instituto da proporcionalidade e identificar os critérios que a compõem, a fim de submeter a norma

²⁵⁶ OLIVEIRA, Renata Camilo. Restrições às liberdades: princípio da proporcionalidade como proibição de excesso na dogmática dos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11, n. 36, jan/jun 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 451

legal sancionatória à sua aferição. Com esse viés, foi possível identificar que a proporcionalidade, tal como concebida no direito alemão, está calcada em três subregras, subsidiárias entre si, que dão contorno à metodologia de verificação do instituto ao caso concreto, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Foi possível estabelecer, através do apanhado histórico do instituto, a sua incontestada recepção ao ordenamento jurídico pátrio.

À guisa das três subregras formuladas pelo TCF alemão, devidamente lapidadas por Alexy, objetivou-se inferir se a multa isolada, aplicada em face da não homologação de compensação administrativa, prevista no art. 74, §17, Lei nº 9.430/96, restringe, de sobremaneira, o direito fundamental de petição dos contribuintes, inserto no art. 5, XXXIV, "a", da CF/88. Com base nisso, a pretensão de se pesquisar a existência da desproporcionalidade dos meios legais impostos, em contraposição aos fins almejados. Em decorrência disso, concluir se constitucional, ou não, a sanção pecuniária.

Com respaldo no histórico legislativo da multa referida, foi possível verificar que a sua instituição está diretamente relacionada à finalidade de inibir a prática de atos dotados de má-fé pelos contribuintes. Duas são as circunstâncias específicas que a multa tem a pretensão de frear, (i) a declaração de compensação pelo contribuinte que sabe não possuir qualquer crédito tributário a ser aproveitado, mas que ainda assim pleiteia, tão somente com o objetivo de extinguir, mesmo que temporariamente, o crédito tributário e, com isso, obter a certidão negativa de débitos; e, ainda, (ii) a tentativa de se valer de eventual transcurso do prazo de homologação da compensação (de cinco anos, contados da entrega da declaração), objetivando, com isso, o deferimento tácito do seu pleito pela entidade fiscalizadora, independentemente de possuir, de fato, o direito ao crédito pleiteado.

Considerando-se as finalidades por trás da instituição da multa tributária ora analisada, foi possível constatar que o meio estabelecido pela legislação de regência, o da sanção pecuniária de 50% do valor do crédito objeto da declaração de compensação, é apto ao alcance daquelas. A constatação, que deriva do apanhado teórico sobre o tema, foi de que a sanção gera o justo receio de peticionamento ao contribuinte, vez que, havendo qualquer dúvida acerca da consistência e idoneidade de suas provas a embasar o pleito compensatório, deixará de formulá-lo. Portanto, verificou-se validada a subregra da adequação.

A análise da segunda subregra que compõe a proporcionalidade, a da necessidade, apresentou resultado distinto. Para aferição da necessidade, buscou-se verificar, tanto na doutrina, quanto em alguns julgados, outras hipóteses ao meio sancionatório que, igualmente eficazes ao alcance do fim, implicariam menores prejuízos à restrição do direito fundamental de petição dos contribuintes.

Com fulcro nas finalidades já referidas, restou evidente que as condutas que o Fisco pretende inibir através da multa isolada são, tão somente, aquelas dotadas de má-fé, calcadas em premissas falsas e fraudulentas. Considerando isso, concluiu-se que há medida menos gravosa ao direito de petição, a qual possui a aptidão necessária à produção dos mesmos efeitos práticos vislumbrados através da aplicação da sanção pecuniária irrestrita (a toda e qualquer não homologação de declaração de compensação). Essa medida estima aplicar a multa isolada apenas aos casos em que verificadas as circunstâncias de fraude e de má-fé, em que esteja evidente o descompasso entre a DCOMP remetida e as provas que a embasam. A partir disso, o contribuinte de boa-fé, atualmente inibido em face da multa, encontraria menor restrição no seu exercício do direito de petição.

A título expositivo, embora tecnicamente não seja necessária, tampouco adequada, a aferição da próxima subregra, dado o caráter subsidiário entre as três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), buscou-se demonstrar se, ainda que transposta a subregra da necessidade, encontraria óbice a sanção pecuniária no terceiro critério. Com foco nas mesmas finalidades e meios já referidos, foi possível adotar o entendimento de que a importância do fim almejado pela instituição da multa não justifica tolher um direito fundamental de todos os contribuintes, inclusive os de boa-fé, tão somente por exercerem o seu direito de requerimento frente ao poder público. Pontuou-se, ainda, a amplitude interpretativa desse critério, pelo que se considera mais segura a conclusão pela inconstitucionalidade da multa com base na segunda subregra, a da necessidade.

Dessa forma, o resultado obtido através da aferição dos critérios da proporcionalidade foi que a multa isolada, tal como prevista no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, é inconstitucional, premissa precípua da presente monografia.

Utilizou-se de extenso escrutínio teórico, perpassando-se pelos institutos jurídicos necessários à compreensão e delimitação do tema proposto, como a definição e recepção da proporcionalidade em solo brasileiro; a verificação da possibilidade de se restringir um direito fundamental; os aspectos constitucionais que

definem e circundam o direito de petição; a conceituação, o fundamento jurídico e a aplicabilidade da compensação administrativa tributária no âmbito federal brasileiro; a explanação acerca das mais variadas formas de sanções pecuniárias tributárias, sobretudo a multa isolada; e, por fim, a efetiva aferição dos critérios da proporcionalidade ao caso proposto.

A vasta produção doutrinária acerca dos institutos abordados, sobretudo o da proporcionalidade, é dotada de divergências quanto aos critérios que a compõe. Há estudos, consoante sinalizado ao longo da monografia, que entendem pela desnecessidade de utilização da terceira subregra, a da proporcionalidade em sentido estrito, dada a potencial insegurança jurídica que essa poderá acarretar, vez que se trata de critério amplo, a mercê da discricionária interpretação do aplicador do direito. Diante da problemática, optou-se pela aplicação dos critérios tradicionais da proporcionalidade, tais como concebidos pelo direito alemão. A escolha encontrou respaldo na tradição com a qual o instituto vem sendo amplamente aplicado naquele país, que, há muito, dissemina a influência sobre outros ordenamentos jurídicos, no tocante à proporcionalidade.

De qualquer sorte, embora a existência de posicionamentos doutrinários divergentes, não se constatou qualquer prejuízo ao resultado vislumbrado, notadamente porque a inconstitucionalidade da multa tributária sob análise foi verificada ainda na segunda subregra da proporcionalidade, a da necessidade, cujos contornos encontram convergência nas obras jurídicas consultadas.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais**, vol. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2^a ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ATALIBA, Geraldo. Penalidades tributárias. In **Revista dos Tribunais**, vol. 852, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu. **Direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARBOSA, Rui. República: Teoria e Prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p., 121-124. *Apud* AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2004.

BRASIL. **Lei nº 5.172/66**. Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Senado, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472/2009**. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Exm/EMI-00180-MF-MDIC-09-Mpv-472.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 656**. Brasília, DF: Senado, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv656-14.doc>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 10.833/2003**. Brasília, DF: Senado, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 12.249/2010**. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12249.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 8.212/91**. Brasília, DF: Senado, 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Último acesso em 28.11.20.

BRASIL. **Lei nº 8.383/91**. Brasília, DF: Senado, 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 9.430/1996**. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 9.784/99**. Brasília, DF: Senado, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Último acesso em 11.11.20.

BRASIL. **Lei nº 10.833/2003**. Brasília, DF: Senado, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.833compilado.htm>. Último acesso em 28.11.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 258.867-2**. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 de setembro de 2000. Brasília: publicado no DJ em 02.02.2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Último acesso em 10.11.20.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação nº 0001792-05.2012.4.01.4300**. Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão. 04 de agosto de 2015. Tocantins: juntado aos autos em 14.08.2015. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>>. Último acesso em 10.11.20.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000**. Relatora: Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch. 03 de julho de 2012. Porto Alegre: juntado aos autos em 03.07.2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Último acesso em 10.11.20.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000**. Relatora: Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch. 03 de julho de 2012. Porto Alegre: juntado aos autos em 03.07.2012. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Último acesso em 10.11.20.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMPO, Fabrício Costa Resende de. Compensação tributária no âmbito federal – natureza jurídica e materialidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** [livro eletrônico]. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro** [livro eletrônico]. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUADRADO, Antonio García. El Derecho de Petición. In **Revista de Derecho Político**, nº 32, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1991.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

DO COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAREZI, Renata Soares Leal. Pedido de compensação de tributos e contribuições federais não homologado e a prescrição da compensação de crédito contra a Fazenda Nacional. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Maria. Ecos da constituinte de 1988: os writs constitucionais e o direito de petição. In **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos Fundamentais e Sistema Tributário: A aplicação do princípio da proporcionalidade. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 67, 2006.

HAEBERLIN, Martín. Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. In **Revista da AJURIS**, vol. 45, nº 145. Porto Alegre: AJURIS, 2018.

JATENE, Karina Kassis dos Reis. O Direito de Petição nas Constituições Brasileiras – Quadro Comparativo. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA JÚNIOR, João Carlos de. **Interpretação e aplicação das multas de ofício, de ofício qualificada, de ofício agravada e isolada**. 1ª ed., São Paulo: Noeses, 2018.

LIMA, Osvaldo Antonio de. A compensação no Direito Tributário. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MARICATO, Andreia Fogaça Rodrigues; ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. A aplicação do princípio da vedação ao confisco às sanções (multas) tributárias. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In **Cadernos de Direito – Programa de Pós-Graduação**, vol. 3, Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 4 vs.: v. I, 4ª ed., Coimbra, 1990, p. 88-89. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de; et al. **Constituição Federal Comentada** [livro eletrônico]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. Compensação tributária e o Código Civil. In **Revista de Direito Privado**, vol. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Renata Camilo. Restrições às liberdades: princípio da proporcionalidade como proibição de excesso na dogmática dos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11, n. 36, jan/jun 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIRES, Antonio Fernandes. **Manual de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 2ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REINO UNIDO, Legislação do. **Bill of Rights, Chapter 2 1 Will and Mar Sess 2**, 1689. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>> Acesso em: 02 nov. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. O Desenvolvimento Democrático e os Direitos Fundamentais: levando o direito de petição a sério. In DOTTA, Alexandre Godoy; et al. **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**, 1ª ed., Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário** [livro eletrônico]. 8º ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 648.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** [livro eletrônico]. 31ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIAMONTE, Carlos Sánchez. El “Habeas Corpus”: La Libertad y su Garantía”, p.1. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIAMONTE, Carlos Sánchez. Manual de Derecho Constitucional, 4ª ed., p.123. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.