

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE RACIONALIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DA CONFISCATORIEDADE DAS MULTAS TRIBUTÁRIAS

THE PROPORTIONALITY POSTULATE AS A CRITERION OF WEIGHING'S RATIONALIZATION AND IDENTIFICATION OF TAX'S PENALTIES CONFISCATORITY

Eduarda Gouveia Costa Tupiassú¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o postulado da proporcionalidade a partir das suas máximas parciais ou sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, demonstrando-o como instrumento de racionalização da ponderação de princípios jurídicos e como meio de auxiliar no controle substancial dos direitos fundamentais. Por meio de uma análise crítico-bibliográfica da Teoria dos Princípios, formulada por Robert Alexy, intenta identificar no que consiste o dever de proporcionalidade (se regra, princípio ou postulado) para, em seguida, verificar de que modo esta máxima – que se apresenta como um elemento harmonizador do sistema jurídico constitucional - pode ser utilizada como critério para aferição da confiscatoriedade das multas fiscais e para a identificação de limites a serem observados na imposição destas sanções, com base em uma teoria da argumentação jurídica, de maneira a atingir com a menor intensidade possível o núcleo intangível de direitos dos contribuintes.

Palavras-chave: Postulado da proporcionalidade. Máximas parciais. Colisão entre princípios. Racionalidade. Multas tributárias.

ABSTRACT

This article aims to analyze the proportionality postulate from its partial subprinciples or subrules of adequacy, necessity and strict sense proportionality, demonstrating it as an instrument for rationalization the principles weighing and as a form of assisting the fundamental rights' control. Through a critical-bibliographical analysis of the Principles Theory, formulated by Robert Alexy, it intends to verify what consists the duty of proportionality (if rule, principle or postulate) and then verify how this maxim - which presents itself as a harmonizing element of the constitutional legal system - can be used as a criterion for measuring the tax's confiscatority and for identifying limits to be observed in imposing these sanctions, based on a theory of legal argumentation, in order to achieve with as low as possible the intangible core of taxpayer rights.

Keywords: Proportionality postulate. Subrules. Principles collision. Rationality. Tax penalties.

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA. Pós-Graduada em Direito Tributário e Processual Tributário pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Advogada. E-mail: eduardatupiassu@gmail.com

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Sumário: 1. Introdução. 2 No que consiste o dever de proporcionalidade? 2.1 Regra, princípio ou postulado? 2.2 Proporcionalidade como instrumento de racionalização das decisões e como atividade interpretativa do Direito. 3. As máximas parciais e o tríplice controle; 4. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Quando se está diante de um caso difícil, em que há a colisão de direitos fundamentais, os teóricos da argumentação propõem a utilização da ponderação como técnica de solução do conflito. O postulado da proporcionalidade, neste contexto, é utilizado com o intuito de promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito.

É possível afirmar que o sucesso de um Estado na busca do bem-estar social está intrinsecamente ligado a uma carga tributária equilibrada e suportável, que assegure tanto ao contribuinte a proteção do direito de propriedade e da liberdade individual, quanto possibilite ao ente estatal a manutenção das suas atividades e o financiamento dos programas constitucionais.

Todavia, muitas vezes, princípios tributários (como, por exemplo, o que proíbe o confisco) não são observados pelo ente público, o que gera inúmeros prejuízos aos destinatários das normas, que se veem obrigados a suportar não só uma carga tributária elevada, em desconformidade com os preceitos da capacidade contributiva, mas também multas escorchantes, que lhes avilta o patrimônio e atentam com contra a sua dignidade.

No entanto, a definição do caráter confiscatório das multas não é tarefa simples, cabendo ao legislador e ao intérprete do direito a árdua tarefa de identificar, no caso concreto, a partir de quando uma penalidade fiscal deixou de atender às suas funções precípua, passando a violar garantias básicas do indivíduo.

Assim, a máxima da proporcionalidade releva-se de extrema importância para auxiliar de um lado o legislador ordinário, na instituição de leis justas e proporcionais, e, de outro, a Administração Pública e o Poder Judiciário na aplicação dessas normas, de forma a atingir com a menor intensidade possível o núcleo intangível de direitos dos contribuintes.

Nesse contexto, no presente trabalho buscaremos identificar no que consiste o dever de proporcionalidade, verificando qual a sua estrutura normativa, a partir da clássica distinção entre regras e princípios.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Em seguida, pretendemos demonstrar, a partir de uma teoria da argumentação jurídica, que o postulado da proporcionalidade auxilia no controle substancial dos direitos fundamentais, demonstrando a sua importância nos processos de tomadas de decisões para a resolução das controvérsias jurídicas.

Explicitaremos as três subregras ou máximas parciais da proporcionalidade, que, aplicadas em uma ordem de precedência, são capazes de identificar se o direito é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, o que culminará na aplicação ou afastamento de um dos direitos em conflito no caso concreto.

Elucidaremos como a regra da proporcionalidade funciona como critério para a aferição do caráter confiscatório das multas fiscais, destacando a sua importância para a racionalização das decisões e para a aplicação da justiça ao caso concreto.

Para a análise e discussão do tema, faremos uma pesquisa descritiva e explicativa, para, a partir de uma metodologia dialético-comparativa, analisar criticamente a doutrina, por meio de pesquisa bibliográfica de materiais publicados em livros, artigos, periódicos, dissertações e teses, tendo como propósito analisar o postulado da proporcionalidade como critério racionalizador da interpretação do Direito.

2 NO QUE CONSISTE O DEVER DE PROPORCIONALIDADE?

A proporcionalidade, a partir de uma concepção do senso comum, pressupõe a ideia de equilíbrio, moderação, equidade, harmonia, medida justa e apropriada.

Nos dizeres de Pontes², trata-se de um conceito relacional, porquanto diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado³.

Antes de avançarmos no tema, contudo, é necessário, primeiramente, explicitar a clássica distinção entre regras e princípios, discutida pela doutrina, para que seja possível compreender a estrutura normativa do dever de proporcionalidade.

2.1 Regra, princípio ou postulado?

²PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 43.

³Idem.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais⁴, uma vez que constitui a estrutura de uma teoria normativo-material desses direitos, sendo o ponto de partida para a resposta à pergunta sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Para o autor, tanto regras quanto princípios são reunidos sob o conceito de normas, uma vez que ambos prescrevem o dever ser, podendo ser formulados por expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Assim, a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre duas espécies de normas.⁵

O jurista sustenta que as regras expressam deveres definitivos e são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, já que contêm determinações, dentro daquilo que é fática e juridicamente possível.

Os princípios, por sua vez, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível⁶. São, portanto, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em variados graus e em virtude de a medida devida de sua satisfação depender tanto das possibilidades fáticas quanto jurídicas, determinadas pelas regras e princípios colidentes⁷.

A realização de um princípio não se dá de forma absoluta, mas apenas parcial, considerando que encontra barreiras na proteção de outro princípio. Nesse sentido, podemos dizer que os princípios podem ser realizados em vários graus, possuindo um caráter *prima facie*, isto é, à primeira vista. Este dever *prima facie* contém uma obrigação que deve ser cumprida, a menos que entre em conflito, em uma situação concreta, com outro dever de igual porte.

Diferentemente das regras, os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas contêm fundamentos a ser conjugados com os decorrentes de outros princípios, possuindo uma dimensão de peso: em caso de conflito, o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem, contudo, torná-lo inválido.

Com efeito, Alexy afirma que a solução da colisão de princípios não se dá pela determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas ocorre em decorrência da ponderação entre os princípios colidentes, que, aplicados em circunstâncias concretas,

⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

⁵Ibidem, p. 87.

⁶ALEXY, *Op. Cit.*, p. 87.

⁷*Idem*.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

recebem prevalência⁸. É dizer, a ponderação dos princípios conflitantes se dá pela criação de regras de prevalência, fazendo com que, a eles, também seja aplicada a regra do tudo ou nada⁹.

A partir disso, prossegue afirmando que a diferença entre regras e princípios não se baseia no modelo *all-or-nothing* proposto por Dworkin¹⁰, devendo se resumir a dois fatores: 1) diferença quanto à colisão, à medida que os princípios colidentes apenas têm sua relativização normativa limitada reciprocamente, ao passo que as regras tem a colisão solucionada pela declaração de invalidade de uma das regras ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; b) diferença quanto à obrigação que instituem, haja vista que as regras instituem obrigações absolutas, porquanto não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, podendo ser superadas ou derogadas em função dos princípios colidentes¹¹.

Nesse contexto, o dever de proporcionalidade se apresenta como instrumento de solução da colisão de princípios. Assim, a caracterização dos princípios como deveres de otimização implica no estabelecimento de regras de colisão, cujo determinação depende de ponderação¹². Ou seja, as condições em função das quais um princípio se sobrepõe ao outro, constituem a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde à consequência do princípio que se sobrepõe.

Em sentido diverso, Poscher¹³ entende que uma análise do trato da ordem jurídica com colisões de normas demonstraria que regras e princípios são estruturados de forma idêntica e que se diferenciam não em sua estrutura, mas apenas no conteúdo contingente de uma estrutura unitária.

Segundo o autor, a maneira como a aplicação jurídica acontece não é uma questão relativa à norma que está sendo aplicada (se regra ou princípio), mas sim da situação que deve ser julgada de acordo com a norma, isto é, se se trata de um caso fácil, que demande simples subsunção ou se é um caso difícil, que demanda reflexões, argumentações e valorações¹⁴.

⁸*Idem.*

⁹*Idem.*

¹⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010, p. 97.

¹¹ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA 215, 1999. p. 61.

¹²ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.

¹³ POSCHER, Ralf. *Acertos, erros e equívocos de autocompreensão na teoria dos princípios*. Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS, vol. X, n. 3, p. 3– 38, 2015, p. 11.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Por isso, considera que as técnicas previstas pela teoria dos princípios encontram aplicação normalmente em qualquer norma (toda a norma é tanto regra como princípio), o que, por conseguinte, não autoriza que as normas sejam classificadas a partir do esquema princípio-regra em diferentes categorias.

Seguindo essas premissas, defende que, da perspectiva de uma teoria da aplicação jurídica, constitui um erro de categoria da teoria dos princípios ontologizar diferentes técnicas de aplicação de uma norma e considerá-las como diferentes tipos de normas¹⁵.

A despeito do interessante debate suscitado por Poscher, para os fins do presente trabalho, utilizamo-nos da clássica separação entre princípios e regras, nos moldes formulados por Alexy.

Feitas essas considerações, questionamos: o dever de proporcionalidade tem estrutura normativa de regra ou de princípio? A doutrina não é uníssona sobre o assunto.

Parte dos juristas considera que a proporcionalidade tem estrutura de princípio¹⁶. Outros, como Ávila¹⁷, defendem que o dever de proporcionalidade não tem estrutura principiológica, considerando que a sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, de modo que a sua estrutura trifásica consiste na possibilidade de sua aplicação independente das possibilidades fáticas e normativas. A proporcionalidade, assim, não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.

Alexy, posiciona-se na mesma linha, asseverando que a proporcionalidade não se trata de um princípio, pois não entra em conflito com outras normas-princípios, de modo que é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência no caso concreto¹⁸.

O jurista acredita que tampouco se trata de uma regra jurídica, visto que não estabelece um conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas, não funcionando sem a complementação material de outras normas¹⁹.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ Nesse sentido, Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª Ed rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004) e Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito* in Eros Roberto Grau/Guerra Filho, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001).

¹⁷ ÁVILA, *Op. Cit.*, 1999, p. 19.

¹⁸ ALEXY, *Op. Cit.*, p. 71.

¹⁹ *Idem*.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Defende, assim, ser um postulado normativo aplicativo, impondo uma condição formal ou estrutura de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Trata-se de uma condição normativa, criada pelo próprio Direito, para a sua devida aplicação²⁰.

Nesse sentido, está contido nas dobras do próprio ordenamento jurídico, de modo que a sua aplicação depende do estabelecimento de uma medida limitada e orientada pela sua máxima realização²¹.

Nas palavras de Ávila: “O dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim”²².

Em sendo uma estrutura formal de relação de meios a fins, a utilização do dever de proporcionalidade depende da importância e do poder estruturador da finalidade para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica, sendo justamente a sua estrutura formal que revela a sua necessária correlação com normas substanciais²³.

Contudo, como bem elucida Guastini, o termo princípio é polissêmico, não comportando uma definição unitária, já que possui tantas definições quanto são os autores que o conceituam²⁴.

Em razão disso, embora consideremos mais adequadas, do ponto de vista lógico-estrutural, as posições adotadas por Ávila e Alexy, neste trabalho adotaremos como correto o termo princípio para tratar da proporcionalidade, mesmo porque, consoante pondera Silva²⁵, este é a expressão é mais difundida entre os juristas brasileiros.

2.2 Proporcionalidade como instrumento de racionalização das decisões e como atividade interpretativa do Direito

A ponderação é um critério metodológico básico para a aplicação jurídica, em especial dos direitos fundamentais.

²⁰ÁVILA, *Op. Cit.*, 1999, p. 22.

²¹*Idem.*

²²*Ibidem*, p. 22.

²³*Idem.*

²⁴GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Giuffè, Milano, 1998, p. 276.

²⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 798, 2002. p. 25.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Como bem elucidada Gadamer, “o conhecimento de um texto jurídico e a sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário²⁶”. Nesta perspectiva, quando se depara com uma norma jurídica, o operador do direito dialoga com o texto, de modo que o sentido deste deixa de ser um dado prévio apto a ser meramente descoberto, passando a ser construído pelo intérprete²⁷.

A interpretação, portanto, se dá de forma circular – o que é chamado de círculo hermenêutico – segundo uma lógica de perguntas e repostas: o jurista-intérprete pergunta e o texto responde, em um relacionamento dialético de idas e vindas, o que permite, por fim, a compreensão.

Fato é que toda interpretação/aplicação do Direito implica, impõe e reconhece uma exigência de justiça, haja vista a necessidade de haver conteúdo substancial das decisões judiciais.

Para Atienza:

La dogmática jurídica y la técnica legislativa mantienen también una conexión estrecha con la argumentación: su función básica consiste, cabe decir, em suministrar argumentos (...) para la toma de decisiones en esas dos instancias básicas de todo sistema jurídico desarrollado: la producción y la aplicación de normas²⁸.

Em um Estado democrático de Direito, as decisões judiciais e os atos estatais, para serem válidos, precisam estar devidamente fundamentados, sob pena de serem considerados inválidos.

A argumentação jurídica, neste contexto, não pode estar limitada à lógica e à retórica, devendo pôr em primazia os argumentos como um meio fundamental para se chegar à conclusão mais justa aos casos apresentados aos operadores do direito.

A partir da segunda metade do século XX, após as atrocidades praticadas pelo regime nazista e sua aplicação irrestrita ao princípio da legalidade, o postulado da proporcionalidade ganhou bastante relevo.

Doravante, passou a ser necessário pôr em evidência a dimensão valorativa do Direito, não se restringindo à aplicação fria da lei, bem como buscar em outras fontes, que não somente a legislativa, os critérios para a sua correta aplicação. Logo, houve uma tendência de

²⁶GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3º Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 87.

²⁷*Idem*.

²⁸ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. 4ª Ed. Barcelona: Ariel, 2014. p. 265-266.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

relativização do positivismo jurídico então dominante, dando lugar ao chamado pós-positivismo.

Nas palavras de Miguel Carbonell, o princípio da proporcionalidade:

(...)se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos²⁹.

No mesmo sentido, Pontes aduz que o princípio da proporcionalidade constitui importante instrumento no controle da atividade estatal, no que tange a não interferência no núcleo essencial das posições subjetivas individuais protegidas constitucionalmente (*status negativus*), bem como na concretização dos direitos fundamentais, os quais devem passar da declaração constitucional formal à efetiva realização prática (*status positivus*)³⁰.

Todavia, de acordo com o entendimento do autor, não obstante o princípio tenha sua origem ligada à afirmação dos direitos fundamentais, não resume seu âmbito de aplicação a esses direitos, sendo concebido, na verdade, como exigência de adequada da relação de meio-fim entre a ingerência estatal sobre as liberdades individuais e os motivos que a justificam³¹.

Assim, se de um lado maximiza a busca do interesse público dentro dos limites e determinações constitucionais, de outro, garante a eficácia e a observância dos direitos fundamentais, haja vista estar relacionado à afirmação dos princípios diretores e fundamentais do Estado de Direito.

Portanto, podemos afirmar que o princípio da proporcionalidade tem por objetivo instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim que se busca e o fundamento de uma intervenção estatal, para que seja possível um controle do excesso.

Para Pontes, a proporcionalidade “(..) representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público, sobre o interesse secundário (próprio Estado)³²”. É, portanto, corolário de uma ordem jurídica na qual

²⁹CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales in *El principio de la proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2008. p.10.

³⁰PONTES, *Op. Cit.*, p. 67.

³¹ *Idem*.

³²PONTES, *Op. Cit.*, p. 50.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

a Constituição Federal assume o cume do sistema normativo, impondo um limite jurídico à ação normativa estatal.

3 AS MÁXIMAS PARCIAIS E O TRÍPLICE CONTROLE

Segundo a teoria formulada por Alexy, o postulado da proporcionalidade é constituído por três subprincípios ou máximas parciais - a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito -, possuindo uma estrutura de aplicação segundo uma ordem predeterminada: a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito³³.

Sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devemos analisar as possibilidades de tal medida levar à realização deste fim e de ser a menos restritiva aos direitos envolvidos, dentre àquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir o fim pretendido.

A análise de cada uma dessas sub regras deve ocorrer independentemente uma da outra; é dizer, a análise da regra da proporcionalidade não necessita que sejam analisadas e aplicadas todas as máximas parciais, havendo casos em que somente a análise da adequação far-se-á suficiente para solucionar conflitos mais simples, enquanto conflitos mais complexos (os chamados *hard cases*) geralmente demandarão a análise de todas as sub regras.

Destarte, analisar a adequação significa entender que o meio deverá levar à realização de um fim. Quando uma medida estatal implicar na intervenção do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, de forma obrigatória, essa medida deve objetivar um fim constitucionalmente legítimo, que, geralmente, consiste na realização de outro direito fundamental. Então, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”³⁴.

O exame da necessidade diz respeito à verificação de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelo legislador, capazes de promover igualmente o fim pretendido, sem restringir direitos fundamentais afetados. A necessidade, portanto, é um exame comparativo,

³³ALEXY, *Op. Cit.*, p. 84.

³⁴ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 37

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

entre qual medida será mais eficiente na realização de determinado fim e se tal medida é menos gravosa ao direito atingido.

Segundo Alexy, “pode ser conceituada como a impossibilidade de promoção do objetivo pretendido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido³⁵”.

Uma fórmula de otimização, conhecida como eficiência de Pareto, ilustra com clareza o referido subprincípio: Suponha-se que, para promover o objetivo *O*, o Estado adota a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limita o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada pelo Estado, não é necessária.

Com efeito, Alexy constata que os exames da adequação e da necessidade se referem aos pressupostos fáticos de aplicação da norma, ou seja, “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”³⁶.

Isto porque, consoante vimos, tais análises sempre exigirão apreciação das circunstâncias de fato, a fim de aferir as consequências e custos da decisão e das potenciais alternativas.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”³⁷.

Dito de outra forma, “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”³⁸. Para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Ou seja, envolve uma análise da norma (princípio) que fundamenta a decisão em face das normas (princípios) colidentes, num exame tipicamente deontológico.

³⁵ALEXY, *Op. cit.*, p. 177.

³⁶ALEXY, *Op. cit.*, p. 117.

³⁷Ibidem, p. 40.

³⁸Ibidem, p. 177.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Feitas essas considerações, passemos a analisar de que forma a aplicação das máximas parciais da proporcionalidade se prestam a racionalizar o processo de ponderação e atuam no controle de atos estatais.

4 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE RACIONALIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO E DE IDENTIFICAÇÃO DA CONFISCATORIEDADE DAS MULTAS TRIBUTÁRIAS

Embora a tributação seja inerente à própria existência do Estado enquanto instituição política organizada, a cobrança de tributos (e de sanções tributárias) não pode se dar de forma desarrazoada, sem a observância a limites previstos no texto constitucional, sob pena de não ser válida.

Assim, muitos aspectos devem ser avaliados na dosimetria das multas fiscais, entre os quais chamamos atenção para a sua proporcionalidade. Ou seja, para a análise, no caso concreto, se as multas instituídas pelos entes estatais atendem às máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Como é cediço, a seara tributária é campo fértil para a previsão de sanções negativas. No entanto, estas devem ser controladas pela máxima da proporcionalidade, tendo em vista que o alcance de uma finalidade de interesse público não pode ser tão extremo ao ponto de comprometer a eficácia dos demais interesses protegidos pelo ordenamento constitucional.

Os princípios jurídicos possuem um papel estruturante da ordem jurídica e da organização estatal, estabelecendo os pensamentos diretores do ordenamento jurídico, bem como conferindo aos indivíduos posições subjetivas em face do Estado.

A proporcionalidade, nesse sentido, enquanto postulado normativo aplicativo, racionaliza a ponderação entre princípios colidentes no caso concreto, apresentando critérios para solucionar o conflito da forma mais conveniente.

Em razão disso, faz-se mister demonstrar de que forma a máxima da proporcionalidade pode ser utilizada como critério de delimitação do efeito confiscatório das multas fiscais.

O princípio do não confisco, previsto no artigo 150, inciso IV, da Carta Maior, prescreve ser vedado aos entes federativos utilizar tributo com efeito de confisco. Em verdade, tal princípio é norma dirigida ao Estado com o objetivo de garantir ao contribuinte limites à atuação

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

estatal, impedindo o livre arbítrio do legislador na instituição de tributos e coibindo qualquer intenção estatal que possa levar à injusta apropriação do patrimônio do contribuinte.

Carrazza³⁹ afirma que, a princípio, é impossível precisar a partir de que ponto o tributo assume viés confiscatório. Todavia, segundo o autor, a análise de cada caso concreto, com base nos princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da função social da propriedade e da dignidade humana, é capaz de revelar se o tributo atingiu as raias do confisco, hipótese em que o Poder Judiciário deverá declarar inconstitucional a lei irrazoável que o criou.

Nesse sentido, percebe-se que os princípios da capacidade contributiva e do não confisco estão ligados de forma intrínseca à ideia de proporcionalidade, tendo em vista não ser adequado, necessário e não-excessivo instituir tributos com caráter confiscatório e que não respeitem a capacidade econômica do contribuinte.

Conforme o ensinamento de Cretton:

Os valores metajurídicos e os princípios gerais de direito – dentre eles os da razoabilidade e proporcionalidade, devem necessariamente presidir o pensamento do intérprete e coadjuvar a aplicação balanceada dos princípios da legalidade e tipicidade (segurança jurídica), da isonomia e capacidade contributiva (justiça) e tantos outros aplicáveis ao terreno tributável⁴⁰.

Com efeito, as sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico, de modo que a análise da sua constitucionalidade deve se dar sempre considerando o objetivo visado pela criação legislativa.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade atua como elemento de controle dos excessos cometidos pelo legislador e pelas autoridades estatais na definição das sanções. Assim, segundo preleciona Pontes⁴¹, o primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta das sanções. Ou seja, deve-se analisar o interesse público validador da previsão e imposição da sanção.

³⁹CARRAZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 375.

⁴⁰CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.

⁴¹PONTES, *Op. Cit.*, p. 94.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Fato é que, embora possuam diversas funções no ordenamento, pode-se afirmar que uma das principais finalidades das sanções tributárias é realizar o interesse público consistente na arrecadação de receitas indispensáveis ao custeio dos serviços e investimentos públicos.

Atuam, portanto, como instrumentos para a concretização do princípio da capacidade contributiva, consubstanciado no postulado segundo o qual todos devem concorrer para o custeio dos gastos públicos na medida de suas respectivas possibilidades⁴². Seguindo este raciocínio, o poder sancionador do Estado decorre justamente do postulado da capacidade contributiva.

Nesse sentido, Pontes considera que a maior contribuição da máxima da proporcionalidade para o controle do poder estatal e afirmação das liberdades individuais não é a mera consideração da adequação da pena imposta e o objetivo perseguido pela regra inobservada, mas é, na verdade, possibilitar um juízo de compatibilidade entre o grau de limitação sofrido pela esfera jurídica do infrator⁴³.

Segundo o autor:

A abstrata previsão legal de uma multa pecuniária pode observar o princípio da proporcionalidade quando exista razoável compatibilidade entre o que se busca com a regra tributária que tenha sido inobservada e a sanção prevista como consequência para essa violação. Contudo, a aplicação desta sanção pode afigurar-se inválida, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, se, considerando as características peculiares do indivíduo infrator, a efetiva imposição daquela sanção acaba resultando, por exemplo, no completo aniquilamento da sua atividade econômica⁴⁴.

Em consonância com o entendimento do jurista, consideramos que o postulado da proporcionalidade deve ser observado não apenas pelo legislador ordinário, mas também pelas autoridades administrativas encarregadas de aplicar as sanções tributárias. Isto porque essas autoridades devem, dentro dos limites permitidos pela lei, buscar a máxima concretização do objetivo legal sancionatório, impondo a menor restrição possível à esfera de direitos do infrator.

Ademais disso, como já salientado, a utilização da máxima da proporcionalidade deve sempre levar em consideração as suas três máximas parciais, haja vista que uma sanção pode atender a um ou dois aspectos e descumprir o terceiro, denotando, portanto, a sua invalidade.

⁴²*Ibidem* p.135.

⁴³*Idem*

⁴⁴PONTES, *Op. Cit.*, p.136

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

Para exemplificar esta imprescindibilidade, citemos a teoria de Clève⁴⁵, que considera inconstitucional, por ofensa à máxima da proporcionalidade, a norma legal que tipifica como crime o não recolhimento de tributo devido, pois esta previsão legal imporá uma restrição desnecessária e desproporcional em sentido estrito ao direito fundamental da não privação da liberdade por dívida, conforme disposição do artigo 5º, LXVII da CF.

Esta norma, embora seja adequada à finalidade pretendida – que é garantir a arrecadação estatal- mostra-se desnecessária, haja vista existirem outros meios menos gravosos à esfera de direitos dos indivíduos, bem como é desproporcional em sentido estrito, na medida em que aniquila por completo o direito fundamental de não sujeição à privação da liberdade por dívida.

Por outro lado, clara violação ao princípio da proporcionalidade (por desatendimento em seu sentido estrito) é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial por impontualidade ao cumprimento de deveres tributários por parte do sujeito passivo de obrigação. Tal medida, pela gravidade que impõe à livre iniciativa econômica, desvirtua por completo o papel da tributação no Estado Democrático de Direito.

Sob outro aspecto, faz-se mister destacar que o princípio da proporcionalidade constitui instrumento de controle da constitucionalidade dos atos estatais. É dizer, em havendo o descumprimento de qualquer dos aspectos da proporcionalidade por um ato do Poder Público, cabe ao Poder Judiciário declarar a sua inconstitucionalidade.

Cumprir destacar, porém, não ser função do Judiciário substituir este ato por outro que lhe pareça melhor atender aos postulados legais. Assim o é, pois o Poder Judiciário realiza apenas um juízo de exclusão ou manutenção do ato com a sua conseqüente anulação, e não substituição. Contudo, nas hipóteses em que o legislador ordinário prevê uma gradação sancionatória (considerando, por exemplo, o grau de inadimplência), é permitido ao julgador reduzir a sanção administrativamente aplicada, dentro do marco legalmente traçado.

Como ensina Pontes, “o Poder Judiciário afirma concretamente quais são as sanções desproporcionais, jamais quais são as sanções proporcionais ou a sanções que melhor atende à necessidade de regulação do caso”⁴⁶.

A partir do exposto, é possível perceber a relevância do princípio da proporcionalidade para a interpretação e aplicação justa do direito, notadamente no âmbito das multas tributárias, devendo ser aplicado em diversas outras situações em que os direitos fundamentais dos

⁴⁵CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91, Inconstitucionalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: Vol. 736. p. 524-525.

⁴⁶PONTES, *Op. Cit.* p. 150.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

contribuintes colidem com o interesse público, a fim de que prevaleça o princípio mais adequado, necessário e proporcional no caso concreto

5 CONCLUSÃO

A tributação, em que pese seja o meio para a realização dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, não pode ser entendida de forma absoluta e irrestrita, devendo, pois, encontrar baliza e fundamento na norma constitucional.

Assim, os direitos fundamentais, além de estruturas fundantes do chamado Estado de Direito, influenciam o modo de interpretar e aplicar toda e qualquer norma jurídica, posicionando-se como eixo central do ordenamento e apresentando-se como limites ao Estado, além de metas e objetivos a concretizar.

A partir da evidência à dimensão valorativa do Direito, aos juristas não mais cabe restringir-se à aplicação fria da lei, devendo, pois, buscar em outras fontes, que não somente a legislativa, os critérios para a sua correta aplicação, seara na qual a teoria da argumentação jurídica possibilita que se alcance a solução mais justa aos casos difíceis, com os quais têm que lidar os operadores do direito.

Nesse contexto, o postulado da proporcionalidade mostra-se instrumento imprescindível para que seja possível o sopesamento entre princípios colidentes, porquanto tem por escopo instituir uma relação entre fim o que se busca e meio utilizado, de modo que visa a concretizar o ideal segundo o qual o direito não se esgota na lei, devendo esta ser produzida em conformidade com a Constituição, considerada como o núcleo legitimador do Estado Democrático de Direito.

Assim, por meio de suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito auxilia o intérprete na aplicação do direito, primando pela aplicação do princípio mais adequado, necessário e restrinja o mínimo possível os direitos dos indivíduos.

O postulado da proporcionalidade, portanto, atua no controle do poder estatal e da afirmação das liberdades individuais não apenas considerando a adequação da pena imposta e o objetivo perseguido pela regra inobservada, mas, primordialmente, possibilita um juízo de compatibilidade entre o grau de limitação sofrido pela esfera jurídica do infrator.

Destarte, este postulado deve ser seguido não apenas pelo legislador ordinário, mas também pela Administração Pública, buscando a máxima concretização do objetivo legal sancionatório, impondo a menor restrição possível à esfera de direitos do infrator.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 4ª Ed. Barcelona: Ariel, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. RDA 215, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. Malheiros: São Paulo, 2011

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito constitucional**. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, nº 23, 1998

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

CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales *in* **El principio de la proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2008

CARRAZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TUPIASSÚ, Eduarda Gouveia Costa. O postulado da proporcionalidade como critério de racionalização da ponderação e identificação da confiscatoriedade das multas tributárias. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91, Inconstitucionalidade.** Revista dos Tribunais. São Paulo: Vol. 736.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3º Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmática dele fonti.** Giuffè, Milano, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito** in Eros Roberto Grau/Guerra Filho, Willis Santiago (org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3ª Ed rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

POSCHER, Ralf. **Acertos, erros e equívocos de autocompreensão na teoria dos princípios.** Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS, vol. X, n. 3, p. 3– 38, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais Vol. 798, 2002.