

Coordenação de  
Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

# DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

25



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

**DIALÉTICA**

# Proporcionalidade e Direito Tributário\*

Humberto Ávila

*Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Doutor em Direito pela Universidade de Munique - Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.*

## *Resumo*

Este artigo trata do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Tributário. O autor analisa a aplicação desse princípio no Direito Tributário brasileiro. Sob as perspectivas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, este trabalho procura aferir o ajuste dos elementos de aplicação do princípio.

## *Abstract*

This article broaches the proportionality principle in Constitutional Tax Law. The author analyses the applicability of this principle in Brazilian Tax Law. From a Supreme Court precedents perspective, this paper seeks the necessary adjustment of the applicability elements of this principle.

## **Introdução**

O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito brasileiro. Cada vez mais, ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público.<sup>1</sup> Sua aplicação, evidentemente, tem suscitado vários problemas.

O primeiro deles diz respeito à sua aplicabilidade. A sua origem reside no emprego da própria palavra *proporção*. A ideia de *proporção* é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito, fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir, a cada um, a sua proporção. No Direito Penal, faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No Direito Eleitoral, fala-se em proporção entre o número de candidatos e o número de vagas como condição para a avaliação da representatividade. No Direito Tributário, menciona-se a obrigatoriedade de proporção entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade. No Direito Processual, manipula-se a ideia de proporção entre o gravame ocasionado pela inobservância de uma formalidade e a finalidade a que se destina o ato processual. No Direito Constitucional e Administrativo, faz-se uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E, na avaliação da intensidade do gra-

\* Artigo revisto, atualizado e ampliado, publicado inicialmente em: *Direito Tributário. Homenagem a Alcides Jorge Costa*. SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). V. 1 São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 330-347.

<sup>1</sup> Sobre o assunto, conferir: ÁVILA, Humberto. "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo* n° 245. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. de 1999, pp.151-79.

vame provocado, fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim e assim por diante. A ideia de proporção perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios.

Será, porém, que, em todas essas acepções, está-se falando do postulado da proporcionalidade? Certamente que não. O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetados?) e da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos: sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles, o postulado da proporcionalidade não pode ser aplicado em seu caráter trifásico. Daí a sua limitada aplicabilidade no Direito Tributário.

O segundo problema diz respeito ao seu funcionamento. Existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste precisamente a *adequação*? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser *necessário*? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de *vantagens* e relativamente ao *quê* e a *quem* elas devem ser analisadas? Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos.

## 1. Fundamento

O postulado da proporcionalidade tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal como decorrência dos princípios do Estado de Direito e do devido processo legal (artigo 1º e artigo 5º, LIV, CF/1988). Seguindo o mesmo caminho, a Lei nº 9.784/1999, além de estabelecer a proporcionalidade como diretriz da administração, exige a sua atuação segundo o critério de adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (artigo 1º, parágrafo único, VI).<sup>2</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem aplicado de forma reiterada o chamado “princípio da proporcionalidade”. Esta Corte apontou para a

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163; e *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 409.

máxima garantia dos interesses atingidos quando decidiu que uma obra não pode ser suspensa por ato próprio da autoridade administrativa *quando há outros meios específicos à disposição*, mesmo que as condições legais sejam contrariadas.<sup>3</sup>

O Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional uma lei que determinava que as empresas transportadoras de botijões de gás deveriam possuir, em cada veículo transportador, uma balança especial aprovada pelo órgão competente. Nesse caso, o meio, além de ter sua adequação colocada em dúvida (a balança não seria adequada para pesagem em unidade de massa), foi considerado desnecessário (a fiscalização por amostragem seria menos restritiva) e desproporcional em sentido estrito (as desvantagens decorrentes de sua utilização - aumento do preço do botijão, deslocamento do consumidor até o caminhão, exigência de investimentos pelas empresas - foram consideradas superiores e, portanto, sem proporção à vantagem - incremento da proteção dos consumidores).<sup>4</sup>

O mesmo Tribunal decidiu que o exame de DNA, requerido por um terceiro, não pode ser exigido do pai presumido, quando há outros meios disponíveis para a comprovação da paternidade, como é o caso da produção do exame pelo próprio terceiro pretendente. Nesse caso, a determinação do exame foi considerada desnecessária.<sup>5</sup>

Esses precedentes demonstram que qualquer ato estatal, para ser considerado válido, deve preencher três requisitos: *adequação* (o meio deve contribuir para a promoção do fim, pois se sua utilização só é justificada pelo fim, não sendo ele promovido, o uso do meio acaba não mais possuindo justificativa), *necessidade* (o meio deve ser o mais suave dentre os meios disponíveis, pois o Estado não apenas tem a obrigação de atingir seus fins próprios, mas, também, tem a obrigação de proteger ao máximo os direitos dos particulares, e isso somente é possível se ele adotar o meio menos restritivo) e *proporcionalidade em sentido estrito* (o meio deve proporcionar vantagens superiores às desvantagens, pois o Estado, tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em seu conjunto).

Embora ele já tenha recebido um fundamento normativo expresso pela Lei de Processo Administrativo Federal e já tenha tido a sua aplicação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, discussões ainda persistem com relação ao seu fundamento e ao seu conteúdo. Com relação ao seu fundamento, alguns o encontram na cláusula do devido processo legal, enquanto outros o enxergam no princípio do Estado de Direito ou nos direitos fundamentais. O seu fundamento, porém, não está nesses princípios, mas na própria positivação de princípios constitucionais que podem concretamente entrar em rota de colisão.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº 13.140, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Gallotti, julgado no ano de 1964, *DJ* de 16.12.1964, p. 4.649.

<sup>4</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 1.7.2003, *DJ* de 1º.10.1993, p. 20.212.

<sup>5</sup> Habeas Corpus nº 76.060/SC, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 31.3.1998, *DJ* de 15.5.1998, p. 44.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. "O que é 'Devido Processo Legal'?" *Revista de Processo* nº 163, São Paulo: RT, 2008, pp. 50 e ss.

A Constituição Brasileira instituiu vários princípios. Um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal. Embora não descreva quais comportamentos devem ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas *adequadas e indispensáveis* à sua promoção. Uma conduta inadequada não promove o princípio que legitima seu uso. Erra o alvo. Desvia-se do fim que pretende promover e que justifica sua utilização. O dever de adoção de comportamentos adequados decorre, portanto, da própria positividade de um princípio. O dever de adequação não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio, mas *decorrente* do seu conteúdo normativo. Não há, por exemplo, a proteção da liberdade “mais” o dever de adequação, mas a proteção da liberdade *de modo adequado*, pelo singelo motivo de que com condutas inadequadas à sua promoção ela não se realiza. Logo, o dever de adequação é decorrência lógica da mera positividade de “um princípio”.

Ocorre que a Constituição não protege apenas um fim, mas vários. Como o Estado deve proteger mais de um fim, ao mesmo tempo, ele deve escolher, dentre todos os comportamentos adequados para proteger um, aquele que restringe na menor medida o outro fim, que igualmente precisa ser promovido. A escolha de qualquer outro comportamento revela que o Estado está, sem necessidade, restringindo um fim que também deve promover. O dever de necessidade advém, assim, da própria positividade de vários princípios que devem ser realizados simultaneamente. O dever de necessidade não é, destarte, *independente*, no seu fundamento, dos princípios, mas *decorrente* da sua própria proteção simultânea. Não há, desse modo, a instituição de determinados princípios “mais” o dever de necessidade, mas a proteção de determinados princípios *na medida do necessário*. Daí a conclusão de que o dever de necessidade é decorrência lógica da positividade de “mais de um princípio”.

A Constituição não protege apenas dois fins, mas um conjunto deles. Como o Estado deve realizar uma pluralidade de princípios, deve fazê-lo adotando comportamentos que produzam efeitos que mais os promovam do que os restrinjam. Por isso, o Estado não pode, a pretexto de promover, em determinado grau, a realização de um fim, escolher um comportamento que cause uma restrição, em maior medida, à realização de outro fim, ou de outros fins. O dever de proporcionalidade decorre, por conseguinte, da própria positividade de um conjunto de princípios, a ser mais promovido do que restringido. Assim, o dever de proporcionalidade não é *independente*, quanto ao fundamento, do conjunto de princípios, mas *decorrente* da sua proteção. Não há a instituição de um conjunto de princípios “mais” o dever de proporcionalidade, mas a proteção de determinados princípios *de modo proporcional*. Daí resultar que o dever de proporcionalidade é decorrência lógica da positividade de “um conjunto de princípios”.

Para usar uma metáfora, o dever de adequação está para um princípio assim como a sombra está para o objeto que se interpõe entre o sol e o chão. Separar o dever de adequação do princípio que deve ser adequadamente promovido é separar a sombra do objeto que ela projeta. O mesmo vale para os deveres de necessidade e de proporcionalidade: eles não são conteúdos normativos independentes

dos princípios a serem realizados, mas deveres implicados na sua própria posição e que, por mais paradoxal que possa parecer, estruturam a própria realização dos princípios.

O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.

Essas considerações demonstram que o fundamento do dever de proporcionalidade reside nos princípios constitucionais. Ele não carece de um dispositivo ou suporte físico que o fundamente normativamente.

## 2. Aplicabilidade

### 2.1. *Relação entre meio e fim*

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio-fim intersubjetivamente controlável.<sup>7</sup> Se não houver uma relação meio-fim devidamente estruturada, então - nas palavras de Maurer - cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.<sup>8</sup>

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade), e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifica a restrição que a medida produz (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Sem uma relação meio-fim, não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de *fim*: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações.<sup>9</sup>

Como se vê, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, a sua força estruturadora

<sup>7</sup> JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1985, p. 96.

<sup>8</sup> MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*. München: Beck, 1999, pp. 234-5.

<sup>9</sup> VOGEL, Klaus; WALDHOFF, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts: Sonderausgabe des Bonner Kommentars zum Grundgesetz (Vorbemerkungen zu Art. 104a bis 115 GG)*. Heidelberg: Müller, 1999, Rdnr. 480, p. 310.

reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público.

Fim significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins. Para estruturar a aplicação do postulado da proporcionalidade, é indispensável a determinação progressiva do fim. Um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio. Mais do que isso, dependendo da determinação do fim, os próprios exames se modificam; uma medida pode ser adequada, ou não, em função da própria determinabilidade do fim.

## 2.2. *Fins internos e fins externos*

Há fins e fins no Direito. Pode-se, em razão disso, fazer uma distinção entre fins internos e fins externos.

Os fins internos estabelecem um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação.<sup>10</sup> A comparação entre duas pessoas em razão da sua capacidade econômica demonstra uma relação próxima entre a medida (capacidade econômica) e o fim almejado (cobrança de tributos). A mesma relação existe quando se relaciona *culpa* com *pena* ou *taxa* com *retribuição*: a pena deve ser correspondente à culpa; a taxa deve corresponder à contraprestação. O decisivo é que os fins internos exigem determinadas medidas de apreciação que se relacionam com as pessoas ou situações, e devem realizar uma propriedade que seja relevante para determinado tratamento. Daí a razão pela qual se faz referência a medidas de justiça ou juízos de justiça: a capacidade contributiva é tanto medida, pois consiste em critério para a tributação justa, quanto fim, pois estabelece algo cuja existência fundamenta a própria realização da igualdade. A capacidade contributiva não causa a justiça da tributação; e o *meio* e o *fim* confundem-se em razão de não poderem ser concretamente discernidos.<sup>11</sup> Como consequência disso, o exame de igualdade do ponto de vista de um fim interno e uma medida de justiça exigem tão somente um exame de correspondência.

Os fins externos estabelecem resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem uma dimensão extrajurídica.<sup>12</sup> Por isso, podem-se separar duas realidades que se diferenciam no plano concreto: a relação entre meio e fim é uma relação entre causa e efeito.<sup>13</sup> Os fins externos são aqueles que podem

<sup>10</sup> HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, pp. 166-7.

<sup>11</sup> HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, pp. 149, 210.

<sup>12</sup> VOGEL, Klaus; WALDHOFF, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts: Sonderausgabe des Bonner Kommentars zum Grundgesetz (Vorbemerkungen zu Art. 104a bis 115 GG)*. Heidelberg: Müller, 1999, Rdnr. 480, p. 310.

<sup>13</sup> HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, pp. 148, 150.

ser empiricamente dimensionados, de tal sorte que se possa dizer que determinada medida seja meio para atingir determinado fim (relação causal).<sup>14</sup> Os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são a praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental. Quando houver um fim específico a ser atingido, pode-se considerar o meio como causa da realização do fim. Nessa hipótese, o exame admite o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

### 2.3. *Distinção da proporcionalidade relativamente a outros postulados*

#### 2.3.1. *Justa proporção*

Justamente nesse ponto é preciso separar a proporcionalidade dos outros postulados ou princípios hermenêuticos. O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *justa proporção*: enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independente da existência de uma restrição decorrente de uma medida adotada para atingir um fim externo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável.

#### 2.3.2. *Ponderação de bens*

O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: este último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.

#### 2.3.3. *Concordância prática*

O postulado da proporcionalidade não é igual ao da *concordância prática*: esse último exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim em função de uma estrutura racional de aplicação.

#### 2.3.4. *Proibição de excesso*

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: este último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a *proporcionalidade* exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim e a relação entre dois princípios colidentes.

O postulado da proibição de excesso tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, normalmente em associação com a proporcionalidade (artigo 1º e artigo 5º, LIV, CF/1988) ou com a liberdade de comércio (artigo 170, parágrafo único, CF/1988). Ele fundamenta-se na ideia de que todos os direitos e princípios fun-

<sup>14</sup> HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: 1981, p. 43.



damentais, ainda que possam ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu núcleo essencial, sendo esse núcleo definido como aquela parte do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia e, por isso, deixa de ser reconhecível como um direito fundamental.<sup>15</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a majoração do imposto de licença sobre as cabines de banho, considerou que a faculdade de determinar a quota do tributo não é ilimitada, já que não é lícito à Administração Pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava. O voto do Ministro Orozimbo Nonato faz referência à decisão da Suprema Corte Americana no sentido de que “o poder de taxar somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade”.<sup>16</sup> Em outro processo sobre o mesmo tema, o Tribunal registrou a proibição de que “a administração, por meio de tributos excessivos, possa tolher, cecear ou dificultar o pleno exercício dos direitos básicos conferidos ao cidadão”.<sup>17</sup>

Noutro caso, a Primeira Turma da mesma Corte reconheceu o direito à cobrança do imposto do selo, mas modificou o entendimento em relação ao valor da multa, considerando-a *excessiva* relativamente ao direito de propriedade e de liberdade.<sup>18</sup>

O Egrégio Tribunal tem igualmente considerado inconstitucionais as restrições administrativas, afastando “sanção fiscal, que, se não impediu totalmente, bloqueou de modo profundo a atividade profissional lícita do contribuinte”.<sup>19</sup>

Noutro julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por deferir medida liminar que suscitava a inconstitucionalidade de Lei Estadual que elevava os valores de taxa judiciária. O fato de a taxa judiciária ter sido elevada em 827% *restringiria excessivamente* o direito de acesso ao Poder Judiciário a uma grande parcela da população.<sup>20</sup>

Em outro caso já mencionado, a Corte analisou a obrigatoriedade de utilização de balanças especiais por veículos transportadores de botijões de gás. Dentre as várias alegações, uma delas diz respeito à proibição de excesso: os efeitos da utilização do meio poderiam provocar a restrição excessiva do direito fundamental de livre iniciativa (a utilização de balanças poderia levar as empresas “à ruína”).<sup>21</sup>

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147; e *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403.

<sup>16</sup> Recurso Extraordinário nº 18.331, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Orozimbo Nonato, julgado em 21.9.1951, *DJ* de 8.11.1951, p. 10.856.

<sup>17</sup> Recurso Extraordinário nº 18.976, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Barros Barreto, julgado em 2.10.1952, *DJ* de 26.11.1952, p. 14.653. Ver, especialmente, a página 15 do acórdão, que se refere à decisão recorrida.

<sup>18</sup> Recurso Extraordinário nº 47.937, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Cândido Motta, julgado em 19.11.1962, *DJ* de 6.12.1962, p. 3.744.

<sup>19</sup> Recurso Extraordinário nº 76.455, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, julgado em 1.4.1975, *DJ* de 23.5.1975. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* nº 73, p. 825.

<sup>20</sup> Representação nº 1.077, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 28.3.1984, *DJ* de 28.9.1984, p. 15.955. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* nº 112, pp. 34-67.

<sup>21</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 1º.7.2003, *DJ* de 1º.10.1993, p. 20.212.

O Supremo Tribunal Federal, em caso também já referido, entendeu que submeter o pai presumido ao constrangimento de fazer um exame de DNA para provar a paternidade de um terceiro restringiria excessivamente a dignidade humana.<sup>22</sup>

O mesmo Tribunal também veda o exercício arbitrário do poder, entendido este como aquele que é praticado de modo imoderado e que, por isso, afeta substancialmente o patrimônio e os rendimentos do contribuinte, como demonstra a decisão que aponta a excessividade com o nome de violação à razoabilidade.<sup>23</sup>

Em todos esses casos, aqui mencionados a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal constatou que nenhuma medida estatal pode: (a) restringir *excessivamente* um direito fundamental, inviabilizando-o substancialmente, independentemente do seu motivo; e (b) *cercear, tolher ou dificultar sobremaneira* o livre exercício da atividade econômica, ainda que a medida não inviabilize por completo a atividade empresarial.

### 2.3.5. Razoabilidade

O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *razoabilidade*. A razoabilidade, exige, em primeiro lugar, a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação. Nessa hipótese, a razoabilidade exige uma causa real justificante para a adoção de qualquer medida.<sup>24</sup> O Supremo Tribunal Federal considerou irrazoáveis várias leis: aquela que instituiu um adicional de férias de um terço para os inativos, por tratar-se de vantagem destituída de causa, já que só deve ter adicional de férias quem tem férias;<sup>25</sup> aquela que determinou que os estabelecimentos de ensino expedissem certificados de conclusão do curso e histórico escolar aos alunos que haviam passado no vestibular, mesmo que eles não tivessem sequer frequentado o curso;<sup>26</sup> aquela que determinou que o pagamento dos servidores do Estado fosse feito até o décimo dia útil, por remunerar serviços que ainda não tinham sido sequer prestados.<sup>27</sup>

Além disso, a razoabilidade exige, em segundo lugar, uma *relação de congruência* entre o fundamento para a diferenciação entre sujeitos e a norma que estabelece a diferenciação. O Supremo Tribunal Federal considerou irrazoáveis as seguintes leis: a lei que aumentou o prazo para interposição de ação rescisória somente para o Poder Público, por não existir nenhuma diferença real que autorizasse a distinção,<sup>28</sup> e a lei que contava em dobro o prazo de aposentadoria somente para

<sup>22</sup> Habeas Corpus n° 76.060/SC, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 31.3.1998, *DJ* de 15.5.1998, p. 44.

<sup>23</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.010, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 30.9.1999, *DJ* de 12.4.2002, p. 51.

<sup>24</sup> GALLIGAN, Denis James. *Discretionary Powers*. Oxford: Clarendon, 1986, p. 321.

<sup>25</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.158, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 19.12.1994, *DJ* de 26.5.1995, p. 15.154.

<sup>26</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.667/DF, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 19.6.2002, *DJ* de 12.3.2004, p. 36.

<sup>27</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 247/RJ, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgada em 17.6.2002, *DJ* de 26.3.2004, p. 5.

<sup>28</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.753-2, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 16.4.1998, *DJ* de 12.6.1998, p. 51.

os secretários de Estado, por não existir qualquer particularidade que justificasse a diferenciação.<sup>29</sup>

A exigência de razoabilidade também se manifesta, em terceiro lugar, no dever de coerência na atuação estatal.<sup>30</sup> De um lado, é necessária a existência de *consistência interna* entre as normas jurídicas. Por exemplo, não é razoável uma lei municipal que estabelece uma obrigação para um sujeito e direciona a punição para outro.<sup>31</sup> De outro lado, é imprescindível a existência de *consistência externa* da norma com circunstâncias necessárias a sua aplicação. Por exemplo, não é razoável uma lei que impõe uma obrigação que não poderá ser tecnicamente cumprida, desde a edição, porque o órgão incumbido de cumpri-la não é capacitado nem competente para tanto.<sup>32</sup> Enfim, a razoabilidade, enquanto coerência, exige que as normas, e os elementos de fato e de direito que a compõem ou que elas pressupõem, mantenham uma relação de harmonia.

O postulado da razoabilidade exige, em quarto lugar, harmonização da norma geral com os casos individuais. Nesse sentido, ele impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece - como ocorreu no caso em que o Supremo Tribunal Federal considerou irrazoável presumir a falta de procuração quando um procurador do Estado apresenta defesa escrita em papel timbrado da procuradoria.<sup>33</sup> Correlato a isso, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal - como ocorreu no caso em que o Supremo Tribunal Federal qualificou de irrazoável aplicar a norma geral que pune o administrador que contrata servidor sem concurso, no caso de contratação para uma atividade de menor hierarquia, como a de gari.<sup>34</sup> Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. Aplicar a regra, mesmo assim, é violar a equidade.

<sup>29</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 489, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 7.8.1991, *DJ* de 22.11.1991, p. 16.845.

<sup>30</sup> SCACCIA, Gino. *Gli 'Strumenti' della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 202; e ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 424.

<sup>31</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70002017721, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal Pleno, Relator Desembargador Clarindo Favretto, julgada em 16.9.2002. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* nº 217, p. 43.

<sup>32</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70002017721, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal Pleno, Relator Desembargador Clarindo Favretto, julgada em 16.9.2002. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* nº 217, p. 43.

<sup>33</sup> Recurso Extraordinário nº 192.553/SP, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 15.12.1998, *DJ* de 16.4.1999, p. 24.

<sup>34</sup> Habeas Corpus nº 77.003/PE, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.6.1998, *DJ* de 11.9.1998, p. 5.

A razoabilidade também exige, em quinto lugar, uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.<sup>35</sup> O Supremo Tribunal Federal considerou irrazoável a criação de taxa judiciária, de percentual fixo, por não ser equivalente ao custo real do serviço.<sup>36</sup> O mesmo órgão - em julgamento já mencionado - também decidiu pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso: a punição por contratação isolada de mão de obra, visando à atividade de gari, por município, considerado o período diminuto, foi considerada irrazoável.<sup>37</sup> Em ambos os exemplos, as medidas previstas na legislação - taxa judiciária e penalidade - deixaram de ser aplicadas porque não mantinham uma relação de equivalência com os critérios que as dimensionam - serviço prestado e ato delituoso. Ou seja, a razoabilidade, nesse sentido, exige que a pena corresponda à culpa, e que toda taxa, cuja finalidade é custear a atividade estatal, tenha um valor correspondente a esse custeio.<sup>38</sup>

Em todos esses casos, a rigor, não se está diretamente fazendo uma análise de adequação, necessidade e proporcionalidade decorrente da imbricação concreta entre princípios. Não se pode, sem uma justificação ulterior, falar-se em proporcionalidade.

### 3. Exames Inerentes à Proporcionalidade

#### 3.1. Adequação

##### 3.1.1. Significado

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio *cujas eficácia* (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada essa relação de adequação? E qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?

Para responder à primeira pergunta (o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?), é preciso analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Pode-se analisar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza).<sup>39</sup>

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160; e *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 435.

<sup>36</sup> Representação nº 1.077, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 28.3.1984, *DJ* de 28.9.1984, p. 15.955. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* nº 112, pp. 34-67.

<sup>37</sup> Habeas Corpus nº 77.003/PE, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.6.1998, *DJ* de 11.9.1998, p. 5.

<sup>38</sup> WIENBRACKE, Mike. *Bemessungsgrenzen der Verwaltungsgebühr*. Berlim: Duncker und Humblot, 2004, p. 157.

<sup>39</sup> WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2ª ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1989, p. 287. Sobre a proporcionalidade, conferir, por todos, a notável obra de CLERICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001, pp. 26 e ss.

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim. A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos), e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).

Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: a Administração e o legislador têm o dever de escolher o *mais intenso, melhor e mais seguro* meio para atingir o fim, ou tem o dever de escolher um meio que *simplesmente* promova o fim? A Administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão.<sup>40</sup>

Em primeiro lugar, nem sempre é possível - ou mesmo plausível - saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração. A Administração Pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da Administração seria previamente reduzida, se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções.

Em terceiro lugar, a própria exigência de racionalidade na interpretação e na aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o *mais intenso, o melhor e o mais seguro* para atingir o fim, impede a consideração de outros argumentos que podem justificar a escolha. Esses outros argumentos não devem, por isso, ser analisados no exame de adequação, mas no exame de proporcionalidade em sentido estrito, como será adiante demonstrado.

Até o momento, basta reconhecer que o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que este não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro.

<sup>40</sup> CLERICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 39.

### 3.1.2. Plano de análise

Para responder à segunda pergunta (como deve ser analisada a relação de adequação?), é necessário verificar em quais aspectos pode ser analisada a adequação. A adequação pode ser analisada em três planos: abstração/concretude, generalidade/individualidade e antecedência/posteridade.

No primeiro plano (abstração/concretude), pode-se exigir a adoção de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. A medida será adequada se o fim for *possivelmente* realizado com a sua adoção. Se o fim for, de fato, realizado, é impertinente. Ou pode-se exigir a adoção de uma medida que seja concretamente adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto.

No segundo plano (generalidade/individualidade), pode-se exigir a adoção de uma medida que seja geralmente adequada para promover o fim. A medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção. Mesmo que exista um grupo não atingido ou casos em que o fim não foi realizado com aquela medida, só por isso ela não será considerada inadequada. Pode-se ainda exigir a adoção de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim.

No terceiro plano (antecedência/posteridade), pode-se exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que foi adotada. A medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da adoção da medida. Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada, em momento posterior e com informações somente disponíveis mais tarde, é impertinente. Pode-se ainda exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que ela vai ser julgada. A medida será adequada se o julgador, no momento da decisão e depois que a medida for adotada, verificar que ela promove o fim. Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada, em momento posterior e com informações disponíveis mais tarde, ela deverá ser anulada.

Em face dessas considerações, faz-se necessário saber o que significa adotar uma medida adequada. Uma resposta categórica é inviável em face da multiplicidade de modos de atuação do Poder Público. Mesmo assim, pode-se propor uma resposta em que predomina o valor heurístico, isto é, uma resposta que funciona como hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.<sup>41</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que, nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos - por exemplo, quando edita atos normativos -, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais - por exemplo, atos administrativos -, a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hi-

<sup>41</sup> SCHEPERS, H. Heuristik. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. V. 3. Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1974, p. 1.119.

póteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público e, não, em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção e, portanto, da atuação da Administração deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo.<sup>42</sup>

Essas ponderações são relevantíssimas do ponto de vista prático. Um exemplo é a utilização da substituição tributária para frente, que se afasta do modelo de tributação com base na ocorrência do fato gerador em razão de finalidades extrafiscais, como a simplificação da arrecadação e a diminuição dos custos administrativos de fiscalização. Sua estrutura reside na presunção de que o fato gerador ocorrerá, em determinadas dimensões, no futuro. Se o Poder Legislativo projetou bem e avaliou corretamente a medida para a generalidade dos casos, e dimensionou o “fato gerador futuro” medianamente, para cada setor atingido, a sua ocorrência individual com características diversas daquelas presumidas não afeta a validade do mecanismo da substituição tributária enquanto tal. Nessa hipótese, a medida adotada é adequada, pois a adequação exigida, reitere-se, não é concreta, individual e posterior, mas abstrata, geral e anterior. A questão decisiva, pois, está na análise do mecanismo legal de substituição tributária em geral e de sua adequação abstrata, geral e prévia para a maioria dos casos, e, não, no exame da ocorrência do fato gerador em dimensões diferentes daquelas presumidas ou na investigação da falta de diminuição dos custos tributários com a fiscalização e a arrecadação dos tributos.

Até aqui, é suficiente registrar que a adequação do meio escolhido pela Administração Pública deve ser julgado mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribui para a promoção do fim.

### 3.1.3. Intensidade de controle

Para responder à terceira pergunta (qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?), é imprescindível analisar dois níveis de controle: um controle forte e um controle fraco.

Num modelo forte de controle, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa. Num modelo fraco, apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim. Pois bem, qual desses modelos está, de modo mais plausível, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro? O modelo fraco de controle, pelos seguintes motivos.

Em primeiro lugar, o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa

<sup>42</sup> SCACCIA, Gino. *Gli 'Strumenti' della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 20.

e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio escolhido pela Administração para promover o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou do administrador.<sup>43</sup>

Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redundaria na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário, deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente. Em função disso, entende-se por que o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha refere-se aos controles da evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*). Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for *evidente* e não for, de nenhum modo plausível, *justificável*. Fora esses casos, a escolha feita pelos outros Poderes deve ser mantida, em atenção ao princípio da separação dos Poderes. Uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra, de um lado, a exigência de evidência na declaração de invalidade de uma medida por ser ela inadequada e, de outro, a circunstância de o exame de adequação, como de resto de qualquer postulado, sempre envolver a violação de algum princípio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal examinou o caso de uma lei que determinava, para o exercício legal da profissão de corretor de imóveis, a exigência de comprovação de condições de capacidade. O Tribunal, no entanto, entendeu que o exercício da profissão de corretor de imóveis não dependia da referida comprovação. Em outras palavras, declarou que o meio (atestado de condições de capacidade) não promovia o fim (controle do exercício da profissão). Em consequência, essa exigência violava o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão.<sup>44</sup>

### 3.2. Necessidade

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, *o exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, *o exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

<sup>43</sup> SCACCIA, Gino. *Gli 'Strumenti' della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 238.

<sup>44</sup> Representação nº 930/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cordeiro Guerra, *DJ* de 2.9.1977.



O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros, mais complexos, e assim sucessivamente.<sup>45</sup> Além disso, a distinção entre os meios será, em alguns casos, evidente; em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promovem em menor intensidade o fim em exame, mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico.<sup>46</sup>

Diante disso, surge a indagação: os meios devem ser comparados em *todos os aspectos*, ou em *alguns aspectos*? Se em *alguns aspectos*, então quais? A resposta a essa questão deve ser buscada nos mesmos fundamentos antes referidos, especialmente no princípio da separação dos Poderes. Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e, sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem.

Em face das ponderações precedentes, fica claro que a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes. Na hipótese de normas gerais, o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso, relativamente à restrição aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos. Mesmo nos atos gerais, pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele mais suave ou menos gravoso no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o exame de necessidade. A Primeira Turma do Tribunal deferiu o pedido de *habeas corpus* impetrado pelo paciente que seria o pai presumido de menor nascido na constância de seu casamento, que respondia à ação ordinária de reconhecimento de filiação combinada com retificação de registro, movida por terceiro que se pretendia pai biológico da criança. O im-

<sup>45</sup> WRIGHT, Georg Henrik von. *Normen, Werte und Hundlungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

<sup>46</sup> CLERICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 85.

petrante usou o *habeas corpus* para se livrar do constrangimento de ser submetido ao teste de DNA. Neste caso, sustentou-se que a investigação de paternidade poderia ser feita sem a participação do paciente, eis que o autor da ação poderia ele mesmo fazer o teste de DNA.<sup>47</sup> O Tribunal considerou que o meio alternativo (exame de DNA pelo autor da ação investigação de paternidade) seria menos restritivo que aquele escolhido pelo julgador *a quo* (exame de DNA pelo réu da ação de investigação de paternidade).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, não só por impor um ônus excessivo às companhias, que teriam de dispor de uma balança para cada veículo, mas também porque a proteção dos consumidores poderia ser preservada de outra forma, menos restritiva.<sup>48</sup> Nesse caso, a medida foi declarada inconstitucional, porque existiam outras medidas menos restritivas aos direitos fundamentais atingidos, como a fiscalização por amostragem.

### 3.3. *Proporcionalidade em sentido estrito*

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. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente, um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

O Supremo Tribunal Federal, no já citado julgamento a respeito da lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, considerou desproporcional a medida. A leitura do acórdão permite verificar que a intensidade das restrições causadas aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada (ônus excessivo às companhias, pois elas teriam de dispor de uma balança para cada veículo, elevando o custo que seria repassado para o preço dos botijões, e exigindo que os consumidores se locomovessem até os veículos para acompanhar a pesagem) superava a importância da promoção do fim (proteção dos consumidores, que podiam ser enganados na compra de botijões sem o conteúdo indicado).<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Habeas Corpus nº 76060/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15.5.1998.

<sup>48</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Octávio Galloti, *DJ* de 1º.10.1993.

<sup>49</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Octávio Galloti, *DJ* de 1º.10.1993.

## 4. O Postulado da Proporcionalidade e o Direito Tributário

### 4.1. Aplicabilidade

A aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário depende do *efeito* e da *finalidade* das normas a serem aplicadas. As normas tributárias têm duas espécies de eficácia quanto aos bens jurídicos que afetam: quando visam retirar dinheiro dos particulares possuem uma *eficácia criativa de encargo*, cuja medida é obtida mediante a análise das normas que estabelecem como deve ser *dividido* o encargo (igualdade como capacidade contributiva); e quando visam afetar a atividade econômica dos contribuintes ou influenciar o seu *status* econômico ou social possuem uma *eficácia limitativa da liberdade*, cuja medida é obtida mediante a análise das normas que garantem a liberdade dos contribuintes (liberdade, propriedade, esfera privada, sigilo etc.).<sup>50</sup>

No caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma finalidade estritamente fiscal e afrontem bens jurídicos protegidos pelo direito de propriedade (normas que instituem impostos, por exemplo), a aplicação do dever de proporcionalidade, *pela deficiência do fim para estruturar a relação jurídica*, circunscreve-se à proporcionalidade em sentido estrito, ou proibição de excesso. Se a imposição tributária total for tão alta que implique a não realização de um direito fundamental, como a propriedade, a liberdade de exercício de atividade econômica ou da dignidade humana, deve ser declarada inválida. O que a proibição de confisco e a observância do limite para uma existência digna significam é, apenas, o dever de preservar o núcleo do direito de propriedade e da dignidade humana. Já em 1951, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu - na vigência da Constituição de 1946 - alguns parâmetros sobre a majoração excessiva de imposto que envolve obstáculo à liberdade de profissão.<sup>51</sup> Também cedo analisou o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de violação da liberdade de comércio pela majoração do antigo imposto de licença.<sup>52</sup> Mais tarde decidiu que uma multa moratória à razão de 100% do débito e acompanhada de outras cominações mostra-se excessiva.<sup>53</sup> Também decidiu o Tribunal que uma lei instituidora de uma multa de 200% pelo não pagamento e de 500% por sonegação já não mais se situa no plano da multa, mas no do confisco.<sup>54</sup>

Nas decisões citadas, a instituição do tributo ou da multa implicava a não realização de um direito fundamental (propriedade, liberdade), sendo, por isso, considerada *excessiva*. Nesses casos, estando legalmente previsto o tributo ou a multa,

<sup>50</sup> Originalmente: VOGEL, Klaus. "Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht". *Steuer und Wirtschaft*, 1977, p. 97 e ss. Também BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Masstab der Steuernormen. Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht*. Deubler, Köln, 1983, p. 83.

<sup>51</sup> Recurso Extraordinário nº 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, *DJ* de 8.11.1951, p. 10.856. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 47.937, Relator Ministro Cândido Motta, *DJ* de 6.12.1962, p. 3.744; Recurso Extraordinário nº 47.937, Relator Ministro Hermes Lima, *DJ* de 27.10.1965.

<sup>52</sup> Recurso Extraordinário nº 18.976, Relator Ministro Barros Monteiro, *DJ* de 26.11.1952, p. 14.653.

<sup>53</sup> Recurso Extraordinário nº 98.393, Relator Ministro Décio Miranda, *DJ* de 17.8.1984, p. 12.911.

<sup>54</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, Medida Cautelar confirmada pelo Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, 20.9.1991. *Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* 138/55.

e concretizada a situação de fato necessária e suficiente à sua incidência, não incumbe ao Poder Judiciário analisar se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado (exame da adequação) ou se, dentre todos os disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim, é o menos gravoso em relação aos direitos envolvidos (exame da necessidade), mas unicamente se houve restrição excessiva dos direitos envolvidos (exame da proporcionalidade em sentido estrito ou da correspondência). *Isso configura, como se vê, apenas a proibição de excesso*, sem que a relação jurídica seja estruturada pela concepção de “meio-fim”. Em função de seu específico significado relativamente ao caráter trifásico do dever de proporcionalidade, sempre relacionado a hipóteses em que existe relação meio-fim, a doutrina alemã, sobretudo com base nas lições de Tipke, qualifica esse dever de *proibição material de excesso ou proporcionalidade em sentido material*, em contraposição à proibição formal de excesso ou proporcionalidade em sentido formal.<sup>55</sup>

Isso porque o fim das normas que instituem tributos não serve como estruturador da relação, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade possa ser realizado. Como lembra Vogel, a utilização do fim “custear despesas públicas” como *estruturador* da relação jurídica surgida com a instituição legal de um tributo levaria tão só à cobrança cada vez maior de tributos.<sup>56</sup> Para que o fim seja estruturador de uma relação jurídica, ele deve ser concretamente verificável na realidade dos fatos, e não unicamente no mundo do Direito.<sup>57</sup> Isso, porém, não ocorre no caso de normas que instituem impostos, já que elas têm a finalidade de arrecadação, sem que exista um fim concreto capaz de estruturar a relação jurídica delas decorrente. Não se aplica, portanto, o princípio da proporcionalidade (na sua estrutura meio-fim). Aqui o decisivo é o princípio da igualdade como medida para a *divisão dos encargos, depois que estiverem resolvidas as questões relativas a realização mínima dos direitos fundamentais envolvidos* (o dever de respeito à existência mínima no caso do direito à vida e da inviolabilidade da dignidade humana, a proibição de confisco no caso do direito de propriedade e de livre exercício de atividade econômica).

Porém, no caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma *finalidade externa*, a obediência ao dever de proporcionalidade admite seu caráter trifásico. E isso ocorre porque há uma *finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica*, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência. Nessas hipóteses, em que as normas possuem *eficácia formativa do comportamento* (criadora de obrigações que afetam os direitos de liberdade) e não uma *eficácia meramente impositiva* (criadora de encargo tributário desvinculado), o fim *serve como estruturador da relação*, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade pode ser utilizado.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Köln: Otto Schmidt, 1993, pp. 232, 423.

<sup>56</sup> VOGEL, Klaus. “Die Besonderheit des Steuerrechts”. *Der offene Finanz- und Steuerstaat*. Heidelberg: CF Müller, 1991, p. 517.

<sup>57</sup> RODI, Michael. *Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem*. München: Beck, 1994, p. 50.

<sup>58</sup> Sobre o assunto, conferir, por todos: PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

#### 4.2. *Exame de alguns casos*

No caso dos tributos que tenham finalidade extrafiscal, o legislador afasta-se do modelo de tributação com base na capacidade contributiva, cuja finalidade é distribuir isonomicamente a carga tributária, para promover outra finalidade, como a proteção do meio ambiente, da indústria nacional, da saúde, ou a simplificação da arrecadação.

A proporcionalidade funciona, nesses casos, como instrumento de controle do afastamento dos princípios constitucionais da tributação. No caso de tributação extrafiscal, será preciso, em primeiro lugar, verificar qual a finalidade que está sendo promovida. Em segundo lugar, se o meio adotado serve para promover a realização da finalidade. Em terceiro lugar, se, para atingir aquele fim, não se poderia adotar outro meio, menos restritivo aos direitos fundamentais do contribuinte. E, em quarto lugar, se a importância da promoção do fim justifica tamanha restrição dos direitos fundamentais afetados.

Nos casos de criação de presunções legais no Direito Tributário restringem-se os princípios da capacidade contributiva e da legalidade em favor da praticabilidade da tributação. Dentre eles, está a hipótese de substituição tributária para frente, em que são utilizados mecanismos para verificar, antecipadamente, a ocorrência e a dimensão do fato gerador a ocorrer. Diante disso, podem-se formular as seguintes indagações: o mecanismo adotado pela lei é adequado, em primeiro lugar, para dimensionar, em termos abstratos, gerais e prévios a ocorrência do “fato gerador futuro” e, em segundo lugar, para promover a simplificação da arrecadação e fiscalização tributárias? Não havia outro mecanismo, igualmente adequado para promover a simplificação da arrecadação tributária, que não causasse tanta restrição aos direitos do contribuinte de pagar tributos com base em manifestações concretas de capacidade contributiva conforme a demonstração, pela autoridade tributária, da ocorrência do fato gerador? A importância das finalidades públicas buscadas pela substituição (simplificação da fiscalização e arrecadação) corresponde à desvalia causada pela restrição aos direitos de propriedade, liberdade e capacidade contributiva dos contribuintes?

A esse exemplo poderiam ser somados outros. O que importa, todavia, é verificar que, sempre que houver um fim específico e um meio utilizado para promover esse fim, o postulado poderá ser utilizado. Trata-se, como se pode facilmente perceber, de um terreno a ser desbravado no Direito Tributário brasileiro.

#### **Conclusões**

Este estudo procurou demonstrar a importância do postulado da proporcionalidade na aplicação dos princípios constitucionais, inclusive no âmbito do Direito Tributário. A sua aplicabilidade, porém, depende da configuração de uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível.

O postulado da proporcionalidade decorre da estrutura constitucional brasileira que exige a realização de vários fins. Essa exigência de simultânea realização de fins implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, nos casos em que haja uma relação de causalidade entre um meio e um fim externo.

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais, a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais, a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.

Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação do meio escolhido quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições.

Um meio é proporcional quando o valor do fim que promove for superior ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo, é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. Assim, o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Essas considerações demonstram a importância da progressiva delimitação dos meios e dos fins no Direito. Sem essa delimitação, a proporcionalidade, em vez de limitar a atividade estatal, serve, paradoxalmente, de subterfúgio para atos estatais arbitrários.