



*Confederação Nacional da Indústria*

**AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.939/RS - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, inscrita no CNPJ sob o nº. 33.665.126/0001-34, com sede em Brasília/DF, no SBN, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, pelos advogados no fim assinados, respeitosamente, com fulcro no artigo 543-A, § 6º, do CPC, e no artigo 323, § 3º, do RISTF, pede ingresso como

***AMICUS CURIAE***

no RE 796.939/RS, no qual se discute a constitucionalidade dos parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação introduzida pela Lei n.º 12.249, de 11 de junho de 2010, parágrafos esses que instituíram normas punitivas estabelecendo multa de 50% do valor total do crédito objeto de declaração de compensação não homologada ou do valor do crédito objeto de ressarcimento indeferido ou indevido, em razão dos fundamentos que passa a expor.



Confederação Nacional da Indústria

## 1. SÍNTESE

Em suma, trata-se de Mandado de Segurança preventivo impetrado com objetivo de afastar aplicação das multas previstas nos parágrafos 15 e 17 da Lei 9.430/1996, com a redação dada pelo artigo 62 da Lei 12.249/2010, nos casos de mero indeferimento de pedidos de ressarcimento ou de restituição ou de compensação, salvo em hipóteses de caracterização de má-fé da impetrante.

A douta sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido e concedeu a segurança.

Em segunda instância, o Egrégio TRF da 4ª Região, louvado no julgamento de arguição de inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000 (julgado em 28/06/2012), manteve a sentença de piso. Eis a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. MULTAS PREVISTAS NO ART. 74, §§ 15º E 17º DA LEI 9.430, DE 1996. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO DE PEDIDOS DE RESSARCIMENTO, RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO. NÃO CONSTATADA A MÁ-FÉ DO CONTRIBUINTE. AFRONTA AO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Nos casos em que não há evidência de que o contribuinte tenha agido de má-fé, constata-se que as penalidades dos parágrafos 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, conflitam com o disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da Constituição Federal, uma vez que tendem a inibir a iniciativa dos contribuintes de buscarem junto ao Fisco a cobrança de valores indevidamente recolhidos, afrontando também o princípio da proporcionalidade.

Com fulcro no Art. 102, III, 'b', da CF, a União (Fazenda Nacional) interpôs Recurso Extraordinário sob alegação de contrariedade ao princípio da proporcionalidade e ofensa ao Art. 5º, XXXIV, 'a', da CF.

Enfim, o Plenário Virtual reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada e o processo aguarda julgamento de mérito.

## 2. AMICUS CURIAE - INTERVENÇÃO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INTERESSE - REQUISITOS CUMPRIDOS



Confederação Nacional da Indústria

Os artigos 543-A, § 6º, do CPC, e 323, § 3º, do RISTF admitem o ingresso do chamado *amicus curiae* mediante decisão do Relator.

Além da importância da posição política quanto à necessidade de respeito ao direito constitucional de petição e ao princípio da proporcionalidade, a relevância da matéria está justificada pelos potenciais riscos de aplicação de multas abusivas aos integrantes do setor industrial, o que pode, inclusive, representar sanção política para pagamento de tributos de forma a inibir pedidos de compensação.

No tocante à representatividade, a Confederação Nacional da Indústria tem absoluta pertinência para o ingresso, pois, na forma do quadro relativo ao Art. 577 da CLT, representa setores industriais potencialmente atingidos pelas multas previstas nas disposições dos parágrafos 15 e 17 do Art. 74 da Lei 9.430/96, incluídos pela Lei 12.249/2010. Por isso, possui legitimidade e pertinência para colaborar com a Corte na condição de *amicus curiae*.

A pertinência temática da requerente advém da inequívoca subordinação do setor industrial às disposições da Lei n.º 9.430/96, em especial do constante do artigo 74 que é a principal fonte de normas que regem os pedidos administrativos de ressarcimento ou restituição de créditos de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, bem como das compensações de créditos de quaisquer tributos ou contribuições por ela administrado.

Ademais, diante da evidente eficácia expansiva dos julgamentos proferidos sobre as questões constitucionais com repercussão geral reconhecida, a participação da representação do setor industrial é de grande importância, inclusive, a fim de defender a posição colocada na ADI 4.905/DF, da qual é autora.

Quanto ao momento processual para ingresso, a jurisprudência do STF admite que o *amicus curiae* pode pleitear a intervenção até a data de liberação do processo para pauta. Dentre outros: ADI 4.071-AgR, rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.



Confederação Nacional da Indústria

Por fim, consoante acima adiantado, a CNI é autora da ADI 4.905/DF (cópia da inicial em anexo), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual questiona a constitucionalidade dos mesmos parágrafos 15 e 17 do Art. 74 da Lei 9.430/96 com as alterações da Lei 12.249/2010. Nesse sentido, aquele que já provocou a jurisdição constitucional pela via do controle concentrado detém todas as condições para colaborar na condição de *amicus curiae* no controle difuso.

Portanto, a CNI preenche os requisitos para pleitear o ingresso como *amicus curiae* no RE 796.939/RS, que discute a constitucionalidade dos mesmos dispositivos impugnados na ADI 4.905/DF.

### **3. MÉRITO - VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

#### **3.1. Direito de petição – artigo 5.º, XXXIV, da CF**

Fato notório é que os contribuintes nacionais encontram-se inibidos na busca de ressarcimentos e compensações a que fazem jus, ante a “automaticidade” da imposição da multa isolada constante nos dispositivos que ora se objetiva ver declarada a inconstitucionalidade.

Isso porque, em razão do princípio da legalidade, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, os servidores públicos, *in casu* os fiscais fazendários, devem agir nos estritos termos da lei, que ora impõe a abusiva penalidade criando obstáculos ao exercício constitucional de petição.

Com efeito, o artigo 5.º, inciso XXXIV, “a” da Constituição Federal garante que “*são assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.*”

Veja que não se trata aqui - na contestação da constitucionalidade do disposto nos §§ 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 - de analisar o conteúdo volitivo dos pedidos de restituição ou compensação, mas sim, da imposição apriorística



Confederação Nacional da Indústria

de multa por uma *suposta* inexistência de um direito pleiteado, independentemente de má-fé ou fraude.

Afronta a Constituição a punição ao contribuinte por exercício do direito de petição, dentro dos limites legais, sem ocasionar qualquer lesão ao erário.

Relevante, ainda, a complexidade e subjetividade das inúmeras normas tributárias que, não raro, não permitem ao contribuinte estabelecer e entender com precisão os limites ou interpretações de um direito, *ex vi*, as inúmeras discussões acerca dos insumos que podem ser considerados para fins de apuração de PIS/COFINS das quais os exportadores têm o direito de restituição/compensação, por exemplo.

Destarte, o direito de petição justamente alberga a garantia de apresentação de qualquer pedido que represente defesa do direito ou contrariedade de ilegalidade em favor do particular, principalmente perante o Estado e, sob o tema, as palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>1</sup>:

Consiste o direito de petição no poder de dirigir a uma autoridade um pedido de providências ou mesmo de intervenção, em defesa de seus direitos ou de interesses, próprios ou coletivos. Ou, como está no texto constitucional, 'em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder'. É sinônimo de direito de representação, como aliás é chamado nalgumas constituições, como a Carta de 1937 (art. 122, 7.º) e a Lei Magna de 1967 (emenda 1/69, art. 153, § 30).

Consequência do direito constitucional de petição inclui o dever da administração pública de responder a petição em tempo razoável, pois qual a serventia de um direito a pedido sem que lhe fosse dada resposta devidamente motivada?<sup>2</sup>

Com o escopo de minorar os irreparáveis prejuízos que a demora em responder aos pleitos dos contribuintes, credores da União, foi estabelecida a sistemática constante da Lei n.º 9.430/1996, que veio sendo aprimorada ao longo dos anos. Entretanto, com algumas alterações introduzidas pela Lei n.º 12.429/2010, a

1 Direitos humanos Fundamentais, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2077, p. 146

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 15.ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 603



Confederação Nacional da Indústria

"resposta" a que tem direito o contribuinte foi tornada represália ao exercício do seu direito de petição aos órgãos públicos.

O exercício do pedido de ressarcimento, compensação ou repetição de indébitos tributários constitui defesa de interesses do contribuinte, que a Fazenda Pública deve apreciar e proferir uma decisão, possuindo instrumentos outros, legalmente eficazes, para punir a má-fé.

A Fazenda Pública, ao sancionar o contribuinte quando responde negativamente incute até mesmo um pagamento de uma taxa, uma exação tão somente porque a resposta foi negativa.

Em questões mais simples, mas ainda similares à presente, esta Suprema Corte já declarou a inconstitucionalidade de norma que exigia o depósito prévio de parte do crédito tributário questionado administrativamente, como requisito de admissibilidade:

EMENTA: EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE 30% DO VALOR DO DÉBITO. LIMINAR DEFERIDA.  
1. A exigência de depósito prévio de 30% do valor do débito como condição de admissibilidade de recurso administrativo, caracteriza desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e obsta o exercício do direito de petição. Precedentes.  
2. Liminar deferida. (AC-MC 1887 - Min. Cármen Lúcia, DJU 01.08.2008).

A semelhança da imposição de multa pela simples improcedência de pedido de compensação/restituição, que restringe o contribuinte de utilizar a via administrativa para o exercício do seu direito, corresponde a criação de um verdadeiro *solvet et repetere* (pague e peça devolução), *In casu*, o contribuinte tem direito a mais uma devolução, decorrente da ilegalidade da imposição das multas, por meio do poder judiciário, uma vez que cristalinamente a multa constante dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, afronta a garantia constitucional do direito de petição.



Confederação Nacional da Indústria

**3.2. Inconstitucionalidade constante nos §§ 15 e 17, do artigo 74 da lei n.º 9.430/1996, pela violação às garantias ao devido processo legal - art. 5.º, LIV - e à ampla defesa e ao contraditório - art. 5.º, LV**

A Carta Constitucional de 1988 consagrou a garantia aos cidadãos ao devido processo legal e à ampla defesa, somados ao contraditório, conforme o constante nos incisos LIV e LV do artigo 5.º. Outrossim, nenhum cidadão, ou *in casu*, contribuinte poderá ser punido ou ter restrição de seus bens e direitos sem que tal ato sancionatório observe o tramite de um processo definido em lei, respeitando os limites instituídos pela própria Constituição Federal.

Assim, o processo administrativo que se inicia com o pedido de restituição ou compensação deve ter seu trâmite de acordo com as disposições relacionadas ao Processo Administrativo Fiscal, devendo ser oportunizado ao contribuinte o direito de apresentar suas razões fáticas e jurídicas em defesa de seus direitos, de modo a ter oportunidade de contraditar a negativa da Administração Fiscal a seu requerimento e não a simples imposição de multa, pela apresentação de um pedido.

Tais garantias constitucionais, em que o direito de defesa e o contraditório devem ser exercidos dentro de regras que asseguram o devido tramite e apreciação ponderada dos fatos antes de qualquer cidadão ser alijado de sua liberdade, direitos e bens pelo Estado, conforme reforçado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>3</sup>, sobre o alcance de tais princípios:

Estão consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute

---

3 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros Editores, 22.<sup>a</sup> ed, 2007, p. 115.





Confederação Nacional da Indústria

cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender o contínuo nos mencionados versículos constitucionais.

Note-se que "privar" da liberdade ou da propriedade não é simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração Pública terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta o inciso LV do art. 5.º, demanda contraditório e ampla defesa.

A norma constante dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, conforme as alterações postas pela Lei n.º 12.249/2010, conforme posta, institui punição sumária e automática, sem oportunizar ao contribuinte o processo legal administrativo com ampla defesa e contraditório, ainda que o pedido seja idôneo, sendo o contribuinte punido pela prática de um direito como se fora um ato ilícito.

Assim, a multa aplicada sem qualquer possibilidade de exercício das garantias do devido processo legal administrativo, da ampla defesa e contraditório é inconstitucionalmente imposta, a despeito das incontáveis decisões indeferitórias de restituição que são objeto de reforma na própria esfera administrativa, independentemente de má-fé, ou mesmo prejuízo ao erário afronta, evidentemente os incisos LIV e LV, do artigo 5.º da Constituição Federal.

### **3.3. Inconstitucionalidade do constante nos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação às garantias constitucionais de vedação da utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV)**

A manutenção dos multicitados §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 no ordenamento jurídico pátrio é permitir a utilização de tributos com efeito de confisco. O efeito confiscatório dos tributos é expressamente vedado pelo artigo 150, IV da Carta Política, *litteris*:





Confederação Nacional da Indústria

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

O efeito confiscatório na utilização dos tributos ocorre justamente quando a aplicação de uma norma tributária excede o limite racional, econômico e moral da fonte de arrecadação a ponto de por sua sobrevivência em risco, ou quando a sua aplicação não se justifica moralmente.

Autores como o professor argentino JOSÉ OTÁVIO CASAS<sup>4</sup> traduziram tal vedação ao confisco como a proteção constitucional à propriedade e seus fins econômicos e sociais, com base nas disposições análogas ao art. 150, IV, da Constituição Federal da República Argentina, plenamente aplicáveis ao sistema constitucional brasileiro:

*Nuestra Constitución consagra en su art. 14 el derecho de usar y disponer de la propiedad, levantando una verdadera ciudadela de protección del mismo por el art. 17, el cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de si mismo, fuera de su vida y de su libertad. En tales condiciones, de nada valdria que la Constitución garantizara la propiedad privada, su uso y disposición, mientras, por via indirecta, la tributacion vaciara de contenido efectivo el apuntado derecho, lo cual ha permitido a nuestro Alto Tribunal descalificar aquellos gravámenes, con efectos o alcances confiscatorios que absoban una parte substancial de la renta o del capital, más alla ue la prohibicion de La conficacion de bienes, tal cual se la refiere en el Estastuto Supremo, se halle vinculada únicamente a las sanciones de tipo penal que persigan tales fines.*

Esse Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento que a vedação do art. 150, VI da Constituição da República Federativa do Brasil se aplica às multas tributárias, inclusive devido a clara afronta à proporcionalidade e a razoabilidade que se apresentam algumas dessas imposições sancionatórias.<sup>5</sup>

4 CASÁS, José Osvaldo. Los principios del derecho tributario, *apud* VETTORATO, Gustavo. A inconstitucionalidade de aplicação de multas ao indeferimento de pedidos de restituição/ressarcimento/compensação de créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil, - FISCOSOFT: Artigo Federal - 2010/1968

5 PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 210



Confederação Nacional da Indústria

No presente caso, as punições instituídas são clara expressão do confisco estatal, pois além de ser necessário ao contribuinte submeter-se a uma burocracia estatal para exercer seu legítimo direito de crédito contra a Fazenda Pública, corre o risco de que um indeferimento em primeira análise, além de atrasar seu recebimento pode sujeitá-lo a uma multa inconstitucional.

Veja que o pedido de restituição ou compensação pode ter como pano de fundo uma injustiça anterior cometida pelo próprio fisco. Ou seja, além de ter que demonstrar o justo pedido, por opinião administrativa inicial, deverá o contribuinte se submeter ao julgo e extorsão estatal por não ter conseguido demonstrar, *a priori*, à referida autoridade administrativa que seu crédito era bom e legítimo.

Importante anotar que o Supremo Tribunal Federal, em análise de casos em que o contribuinte incorreu em verdadeiras irregularidades ou inadimplências, ao contrário de pedir ressarcimento, já julgou como confiscatória a imposição de multas em patamares semelhantes aos instituídos pelos dispositivos ora questionados, seguem alguns exemplos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas.
2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%.
3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiosincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento (RE-AgR 523471, Joaquim Barbosa, STF, DJU 24.04.2010)

Essa Egrégia Corte entendeu que, nos casos de mero inadimplemento, multas no patamar de 30% (trinta por cento) seriam razoáveis. Destarte, questiona-se qual seria a multa razoável e não confiscatória aplicável ao contribuinte que está em dia com suas obrigações tributárias, mas que simplesmente pede o reconhecimento



Confederação Nacional da Indústria

administrativo de um direito seu? Segundo os dispositivos ora denunciados, no mínimo 50% do valor que se pretende restituir é o "preço" que se paga pelo requerimento indeferido.

A vedação ao confisco também se apoia na razoabilidade e proporcionalidade, que o texto dos §§ 15 e 17 do art. 74 da lei n.º 9.430/1996, com a redação conferida pelo artigo 62 da Lei n.º 12.249/2010, não encontram limites.

#### **3.4. Inconstitucionalidade do constante dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**

A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos não razoáveis.

Por pertinente ao tema, transcreve-se excertos da elucidativa decisão monocrática do Min. Celso de Mello no RE 37481/RS - DJ 08.04.05, pp 00082 - acerca das sanções em direito tributário, à luz do princípio da proporcionalidade:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law' (CF art. 5.º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.):

'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que,



Confederação Nacional da Indústria

encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.' (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Já na decisão decorrente da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 500416-62.2012.404.0000/TRF 4.ª Região, exatamente sobre a questão ora posta, traz a colação importantes considerações sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que por sua clareza passa-se a citar os mais importantes excertos:

...

### 3.2.2 Compreensão e conceito

O princípio da proporcionalidade, como ressalta Paulo Bonavides, está entre aqueles mais fáceis de compreender que de definir (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 11. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356). Escudado em lições de Pierre Muller, assinala o constitucionalista pátrio que, em caráter preliminar e provisório, ele pode ser entendido sob duas perspectivas, uma lata e uma estrita. Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder. Na acepção estrita, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a efeito. Nesta última acepção, há ofensa ao princípio com a ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios utilizados para a consecução de um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente, manifesta (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 357).

Pretende o princípio, portanto, prossegue o doutrinador brasileiro, agora com base em lição de Manfred Gentz, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne viável um controle do excesso (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 357).



Confederação Nacional da Indústria

É neste sentido que se utiliza o princípio da proporcionalidade, isto é, enquanto princípio jurídico que permite verificar a compatibilidade entre o fim e o meio utilizado para se atingir esse fim por parte do Estado.

Helenilson Cunha Pontes acerca da compreensão desse princípio, assevera: Terminologicamente, o termo proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligada. Em suma, a idéia de proporcionalidade contém um apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas. Nesse sentido, vale apontar que a palavra alemã para designar a proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) deixa claro o conteúdo semântico da expressão, pois o termo Verhältnis, naquela língua, significa proporção e também relação. (PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000. p. 43)

Luiz Roberto Barroso analisando a concepção desse princípio, assevera ser este um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para sindicarem se eles estão informados pelo valor supremo de todo ordenamento jurídico, qual seja, a justiça. Assinalando, na esteira do que já dissera Paulo Bonavides, que ele é mais fácil de ser sentido do que definido, dilui-se num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. Prossegue, escudado em opinião de vários doutrinadores, afirmando que é razoável aquilo que é conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia (Rafael Bielsa); o que não é arbitrário e caprichoso; o que corresponde ao senso comum (Linares Quintana), aos valores vigentes em um dado momento e lugar (Pound). (BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. 204-205)

Jairo Gilberto Schäfer em obra que trata dos direitos fundamentais, sua proteção e restrições, ensina que, segundo o cânone da proporcionalidade, sempre que haja restrições que confrontem com os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, é dizer, deve escolher, entre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem no mínimo sacrifício sobre os direitos dos homens. Segundo o autor, as limitações que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam verdadeiramente necessárias para assegurar o interesse público, não se devendo utilizar medidas mais restritivas quando outras, menos onerosas, se apresentarem suficientes para atingir a finalidade da lei. Em sua acepção ampla, portanto, prossegue o estudioso, o princípio da proporcionalidade quer significar a proibição do excesso, asseverando que:

Restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para a preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública. (SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais - proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 106-107).

...

Willis Santiago Guerra Filho, da mesma forma, vê o princípio da proporcionalidade como um critério regulativo da atuação do Poder Público



Confederação Nacional da Indústria

em relação aos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar os vários interesses contrapostos em uma dada situação de conflito.

...

Robert Alexy vê o princípio da proporcionalidade, ao qual ele denomina de máxima da proporcionalidade, como um método de resolução entre conflitos dos princípios constitucionais. Ensina o doutrinador tedesco que os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito (mais à frente se verá que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios, ou máximas parciais, como prefere Robert Alexy, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), isto é, o mandado de ponderação, se segue da relativização com respeito às possibilidades fáticas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, significa dizer que a possibilidade de realização da norma de direito fundamental depende do princípio contraposto. Para se resolver o problema, é de rigor o recurso à máxima da ponderação (ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993. p. 112).

...

### 3.2.3 Elementos parciais ou subprincípios da proporcionalidade

...

#### 3.2.3.1 Subprincípio da adequação

Também denominado de princípio da conformidade por Gomes Canotilho, pretende, segundo referido autor, salientar que a medida utilizada para a realização de uma finalidade pública deve ser apropriada para a consecução do fim ou fins a ela subjacente. Como conseqüência, a exigência da adequação pressupõe a verificação de que o ato do poder público é apto conforme os fins que justificaram sua adoção (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p. 382-383).

...

#### 3.2.3.2 Subprincípio da necessidade

Sob o prisma desse subprincípio, a medida utilizada pelo poder público não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou, em outras palavras, uma medida para ser admissível deve ser necessária (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 360-361).

...

Nos dizeres de Raquel Denise Stumm, a escolha feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável à consecução de determinados fins e de menor interferência na esfera do indivíduo afetado pela medida, residindo, assim, a discussão quanto à necessidade de uma medida, como regra, na melhor escolha dentro das possibilidades fáticas possíveis para o cidadão (STUMM, Raquel Denise. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79-80).

Está ínsita, portanto, neste elemento da proporcionalidade, a idéia de que o atuar do Estado deve invadir o mínimo possível a esfera de liberdade do indivíduo.

#### 3.2.3.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito





Confederação Nacional da Indústria

Denomina-se esse subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito para diferenciá-lo do princípio tomado em seu sentido amplo, que, além deste elemento, compreende a adequação e a necessidade.

...

Aduz Gomes Canotilho que, após se verificar a necessidade e a adequação do meio para o atendimento do fim colimado, deve-se, então, perguntar se o resultado obtido o foi de maneira proporcional à carga coativa mesma. Nessa perspectiva, 'meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim', tratando-se, pois, de 'uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim' (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p. 383-384).

Assim, verifica-se que o elemento proporcionalidade em sentido estrito, complementando os outros elementos do princípio no seu sentido amplo, 'é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido', sendo que 'a idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada' (BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 83).

...

Willis Santiago Guerra Filho, após referir que o princípio da proporcionalidade - tal como se apresenta modernamente - compreende os três aspectos acima referidos, apresenta elucidativa síntese sobre eles, assim vazada:

No seu emprego sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas: fim, esse, que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra 'o mais suave' dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada.

(PAMPLONA, Otávio Roberto. A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro, Itajaí, Univali, dez. 2003, p. 124/133)

Nesses termos, entendido o princípio da proporcionalidade, dúvida não resta de que os preceptivos impugnados estão eivados de inconstitucionalidade, pois as multas impostas constituem excesso indevido e inconstitucional, impedindo de forma desproporcional e não razoável o exercício do direito fundamental de petição.

### **3.5. Sanção política decorrente da aplicação dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996**





Confederação Nacional da Indústria

A Constituição Federal traz em diversos dispositivos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contribuintes. Todas essas normas visam a impedir que o legislador ordinário crie, por meio de lei, determinações que constringam os contribuintes a agirem em determinado sentido. No caso do exercício do direito de requerer perante a Administração Pública ressarcimento, restituição ou compensação a que tem direito, ao particular foi apriorística e inconstitucionalmente imposta multa no caso de simples indeferimento, constringendo o exercício do direito de petição e subtraindo a possibilidade de comprovação do direito ao indébito por meio do devido processo administrativo fiscal.

O que se vê na multa constante dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 é, verdadeiramente, uma espécie de sanção política, vez que a lei possibilita ao Estado, por meio transversos - multa - coerção para inibição de pedidos de ressarcimento, compensação ou repetição administrativamente.

Não se nega que as sanções políticas podem assumir formatos diversos. Tanto é assim que os verbetes sumulados sob n.º 70, 323 e 547<sup>6</sup> do Supremo Tribunal Federal apenas exemplificam algumas dessas coações políticas.

O papel essencial desses vetustos verbetes é o de tornar pública a intolerância dessa Corte Constitucional com normas, utilizadas em favor da Administração Pública, que se propõem a coagir o particular à prática de condutas que deveriam ser obtidas no âmbito do devido processo legal, no qual tanto o Estado quanto o particular possuem armas suficientes para equilibrar a disputa.

Na ADI 173/DF<sup>7</sup>, de autoria da própria CNI, e na ADI 294/DF, esse entendimento restou mais uma vez consignado:

Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de

6 Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

7 STF, Pleno, ADI 173 e Di 294, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ-e 15.10.2008



*Confederação Nacional da Indústria*

créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

Nesse mesmo sentido, reconhecendo a incompatibilidade das sanções políticas com os direitos fundamentais, vide os julgados no RE-EDiv. 115.452, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 16/11/1990; no RE 413.782, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 3/6/2005; no RE 424.061, rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 31/8/2004; no RE 409.956, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 31/8/2004; no RE 414.714, rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 11/11/2004; e no RE 409.958, rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 5/11/2004, dentre outros.

Veja que o legislador infraconstitucional, certamente premido pela falta de estrutura da Receita Federal do Brasil para satisfatoriamente analisar todo os pedidos de ressarcimento e de compensação que chegam aos seus órgãos, procura obstaculizar, por via oblíqua, o direito de cada contribuinte de pleitear o indébito tributário que julgue contra a Administração.

Em outras palavras, ao invés de aparelhar devidamente os órgãos administrativos responsáveis pela análise e deferimento dos pedidos de ressarcimento ou homologação ou compensação, veio o legislador, por meio da Lei n.º 12.429/2010, introduzir a multa isolada de 50%, a fim de coibir o legítimo exercício do direito do contribuinte de peticionar aos órgãos públicos.

Ao assim agir, o legislador infraconstitucional claramente abusa do direito de legislar para impor sanções políticas que não se assentam em qualquer conduta ilícita praticada pelo particular, criando amarras para indiretamente forçar o contribuinte a somente requerer seus direitos quando conveniente à Administração Pública.

#### **4. CONCLUSÃO/PEDIDOS**

Ante o exposto, respeitosamente, requer:



Confederação Nacional da Indústria

4.1. **admissão da ora requerente como *amicus curiae*** com a possibilidade de, oportunamente, apresentar memoriais e realizar sustentação oral;

4.2. **negativa de provimento ao Recurso Extraordinário da União** (Fazenda Nacional) com a expressa declaração de inconstitucionalidade incidental dos parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação introduzida pela Lei n.º 12.249, de 11 de junho de 2010;

4.3. **juízo deste RE em conjunto com a ADI 4.905/DF**, da qual a requerente é autora e cujo objeto constitucional é idêntico;

4.4. com fulcro no Art. 39 do CPC, sob pena de nulidade, **pede que as publicações sejam efetuadas em nome do signatário** e as intimações realizadas no SBN, quadra 1, bloco C, Ed. Roberto Simonsen, 13º andar, Brasília/DF.

E. Deferimento

Brasília, 26 de janeiro de 2016.

**CASSIO AUGUSTO BORGES**  
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A