



A COBRANÇA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PENSÃO ALIMENTÍCIA: INCONSTITUCIONALIDADE NO CASO DOS ADVOGADOS SÓCIOS DE EMPRESA DE ADVOCACIA

THE COLLECTION OF INCOME TAX ON FOOD PENSION: UNCONSTITUTIONAL IN THE CASE OF THE ADVOCATES MEMBERS OF ADVOCACY COMPANY

Luciana de Toledo Temer Lulia

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
E-mail: lutemer@uol.com.br

Mônica Bonetti Couto

Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Professora convidada do Curso de Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito, do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da ESA/OAB/SP. Advogada.
E-mail: monicaboneticouto@yahoo.com.br

Editora Científica:
Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago.

DOI: 10.5585/rtj.v5i3.534

Submissão: 16/11/16.

Aprovação: 30/11/16.

Artigo Convidado

RESUMO

O presente trabalho realizou um recorte acerca de uma situação concreta de desigualdade vislumbrada quando da aplicação dos regramentos normativos da ADI nº 5.422, proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família. Isto posto, o estudo tem por escopo indagar, especificadamente, se o tratamento desigual entre famílias cujos provedores são advogados associados a empresa de advocacia gera uma situação de inconstitucionalidade. Para tanto, inicialmente realizou-se um panorama geral da ADI nº 5.422, efetuando, em um segundo momento, uma análise do princípio da igualdade, delimitando seu conteúdo e contornos. A partir disso, buscou-se averiguar a situação concreta, a fim de perquirir soluções para a inconstitucionalidade do caso apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Imposto de Renda. Pensão Alimentícia. Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

The present work made a clipping about a concrete situation of inequality envisaged when applying the normative rules of ADI nº 5.422, proposed by the Brazilian Institute of Family Law. Therefore, the purpose of the study is to inquire, in particular, whether the unequal treatment between families whose providers are lawyers associated with a law firm generates a situation of unconstitutionality. In this sense, a general overview of ADI nº 5.422 was initially carried out, and, in a second moment, an analysis of the principle of equality, delimiting its content and outlines. From this, the concrete situation was analyzed, in order to find solutions for the unconstitutionality of the presented case.

KEYWORDS: Income tax. Alimony. Principle of equality.

INTRODUÇÃO

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.422, impetrada pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), contra os dispositivos responsáveis por determinar a incidência de imposto de renda sobre a pensão alimentícia.

Um dos argumentos primordiais utilizados pelo IBDFAM para sustentar a petição inicial da supramencionada ADI consiste na definição do fato gerador do imposto de renda, trazida pela Constituição Federal em seu artigo 153, III, no qual, rendas e proventos de qualquer natureza constituem limites constitucionais e infra legais ao âmbito de incidência do imposto de renda, consubstanciando balizas que devem ser observadas pelo legislador quando da criação de hipóteses diversas de tributação.

Segundo o IBDFAM, o Código Tributário Nacional objetivou definir *renda* como acréscimo patrimonial, que deve emanar do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, de modo que se não houver acréscimo patrimonial advindo dessas três possíveis fontes, não se pode falar em renda. A consequência lógica é a de que, novamente, a liberdade do legislador resta tolhida, na medida em que não pode definir como renda algo que não seja efetivamente acréscimo patrimonial.

Isto posto, a ADI afirma que a real natureza jurídica dos alimentos não constitui nem hipótese de renda, muito menos de proventos de qualquer natureza, de modo que não é possível falar em incidência de imposto de renda sobre a pensão alimentícia. É dizer, a natureza jurídica e os fins a que se destinam os alimentos desautorizam o seu enquadramento como renda.

Assim, não é possível atribuir ao direito alimentar uma conotação patrimonial, haja vista que o valor de pensão alimentícia recebido pelo alimentando não integra seu patrimônio como bem disponível capaz de aumentar seus recursos, podendo ser objeto de crédito. Logo, constitui interesse de ordem estritamente social e familiar, sem caráter patrimonial.

A exordial também afirma ocorrer notório caso de bitributação, na medida em que a renda já teria sido devidamente tributada quando do ingresso do montante no patrimônio do devedor de alimentos, configurando, portanto, hipótese de enriquecimento ilícito da União.

Ademais, a medida determinada pelo legislador ordinário não considera que descontar o imposto de renda da pensão alimentícia comporta diminuição do *quantum* da prestação percebida, que, quando calculada, seja por via de acordo ou por meio de decisão judicial, não incluiu o valor necessário para atender essa situação.

A proposta deste breve ensaio, no entanto, não reside em discutir os argumentos da ADI, mas acrescentar, a toda esta reflexão, mais uma: *o tratamento desigual entre famílias cujos provedores são advogados associados a empresas de advocacia, gerado pela conjunção de diferentes leis relacionadas à cobrança de imposto de renda é constitucional?*

Nossa intenção é demonstrar que tal desigualdade de tratamento tributário entre pessoas que só diferem entre si pelo fato de serem casadas ou separadas é inconstitucional.

1 UMA SITUAÇÃO CONCRETAMENTE CONSIDERADA

A situação que discutiremos é a diferença da carga tributária sobre a renda de famílias cujos provedores são advogados que trabalham de forma associada em empresas.

Peguemos como exemplo duas famílias cujos pais são sócios do mesmo escritório de advocacia. A família n.1 tem como membros o pai, a mãe e dois filhos, sendo os pais ainda casados, e a família n. 2 tem por membros pai e mãe separados ou divorciados e dois filhos. Logo, a única diferença entre estas duas famílias consiste na permanência da sociedade conjugal na família n. 1, o que não ocorre na família n. 2, cujo genitor por decisão judicial em razão do divórcio, tem que pagar, a título de pensão alimentícia, o valor de R\$ 6.000,00 por mês.

Como advogados associados do mesmo escritório, são remunerados com parte dos dividendos desta sociedade. Supondo que em determinado ano ambos recebam R\$ 240.000,00 como dividendos, o que aconteceria com a renda das respectivas famílias?

A família n. 1 terá R\$ 240.000,00 anuais livre de tributação pelo imposto de renda, enquanto a família n. 2 terá somente o montante de R\$ 168.000,00 livre de tributação do imposto de renda, uma vez que haverá incidência tributária sobre os R\$ 72.000,00 anuais, que foram repassados pelo genitor aos filhos, a título de pensão alimentícia.

Logo, a renda anual com a qual contará a família n. 1 será maior do que a renda da família n. 2, simplesmente pelo fato de uma permanecer unida em matrimônio e a outra não.

Pode-se argumentar que estamos comparando coisas diversas, pois a família n. 1 seria uma família tradicional, com um núcleo que comporta pai, mãe e filhos. Já a família n. 2 seria monoparental, já que em razão do divórcio estaria configurada pela mãe e filhos ou pai e filhos. Mas, na verdade, o que estamos comparando é a figura dos filhos alimentandos. Tanto no primeiro caso quanto no segundo, permanece a responsabilidade paterna pelo sustento dos filhos. A diferença é que em uma situação o pai e a mãe são casados, portanto vivem juntos, e na segunda, não.

Esta diferença de tratamento não está explicitada em nenhuma lei específica, mas surge da conjugação de alguns dispositivos legais que, ao serem aplicados a uma determinada situação concreta, produzem uma norma que discrimina. Vejamos que leis são estas.

Primeiramente, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, prevê em seu artigo 15 que *os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia*. O Regulamento Geral, editado pelo Conselho Nacional da OAB, prevê no artigo 39 que *a sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados*.

Já a Lei nº 9.249/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, estabelece no artigo 10 que *os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior*.

No que tange à incidência de normas tributárias sobre o instituto da pensão alimentícia, a Lei nº 7.713/88, que alterou a legislação do imposto de renda, determina em seu artigo 3º, que *o imposto incidirá sobre o rendimento bruto, e no §1º, inclui neste conceito os alimentos e*

pensões percebidos em dinheiro. No mesmo sentido, o Regulamento do Imposto de Renda, instituído pelo Decreto nº 3.000/99 e que regula a tributação de pessoas físicas, disciplina em seu artigo 54 que *são tributáveis os valores percebidos, em dinheiro, a título de alimentos ou pensões, em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente.*

Como se vê, são dispositivos legais diversos, que regulamentam as associações de advogados, a cobrança de imposto sobre a renda e a pensão alimentícia que, isoladamente, não prescrevem nenhuma situação discriminatória. No entanto, quando aplicadas ao caso concreto que estamos discutindo, é flagrante que a família n. 2, apesar de se encontrar em situação assemelhada, é tratada de forma diferente pelo fisco frente à família n. 1, e por um único motivo, qual seja, o fato da sociedade conjugal ter sido diluída por separação ou divórcio, ensejando o pagamento de pensão alimentícia aos filhos fruto da união do casal.

O dever de prestar alimentos se vislumbra, conforme dispõe o artigo 1.695 do Código Civil, quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a sua própria manutenção, e aquele, de quem se reclama, pode fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento¹.

Frente a essa hipótese exemplificativa de tratamento desigual, resta questionar se a situação de discriminação trazida por via dos dispositivos legais supramencionados é aceitável do ponto de vista dos princípios constitucionais. Para tanto, é necessário que se discuta o princípio da igualdade insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que é jurídico, mas também integra a linguagem natural, trazendo contornos incertos e que necessitam de balizas para sua melhor aplicação.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM ANÁLISE

Sob o prisma hermenêutico, Genaro Carrió afirma que a vaguidade das expressões da linguagem natural impede, muitas vezes, o estabelecimento de limites precisos para aplicação de um determinado termo. Assim, aduz o autor:

Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni

¹ AZEVEDO, Pedro Pontes et al. **Transmissibilidade dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro.** 2016. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4409>. Acesso em: 10 dez. 2016.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión².

A palavra igualdade denota uma grande carga axiológica em si, normalmente agregando algo de positivo que o sujeito envolvido almeja alcançar, o que demanda certa atenção na determinação dos contornos de seu conteúdo.

Sobre a evolução do conceito jurídico de igualdade, Martim de Albuquerque, professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, em sua obra *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, realiza estudo aprofundado, concluindo que o mundo antigo deixou um importante legado à humanidade, que pode ser traduzido nas seguintes proposições, consideradas pilares do instituto da isonomia:

- a) todos os homens são naturalmente iguais;
- b) a igualdade é essência da Justiça;
- c) *a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis*
- d) *a igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual;*
- e) a igualdade é a base da democracia;
- f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica;
- g) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins;
- h) a igualdade implica a participação das oportunidades³. (grifos nossos)

Diante das aludidas premissas, agrega-se o raciocínio de Canotilho, no que tange à proibição de leis de natureza individual e concreta restritivas de direitos, liberdades e garantias⁴. Segundo ensina:

As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo material e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e

² CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Argentina: Abelardo-Perrot, 1972. p. 32.

³ ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade**: Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993. p. 15-16.

⁴ Entenda-se por leis restritivas de direitos aquelas que estabelecem restrições ao âmbito de proteção desses direitos. De acordo com MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34, esta restrição pode ser classificada como : (1) simples reserva legal, quando a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei (ex. art. 5º, VI da CF); (2) reserva legal qualificada, quando a Constituição além de estabelecer que eventual restrição seja prevista em lei, estabelece as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados (ex. art. 5º, XII da CF).

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de acção e racionalidade de actuação.

Nesse sentido, continua seu raciocínio afirmando que uma lei individual e concreta que restringe direitos, liberdades e garantias será inconstitucional, na medida em que “imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis através da conformação intrínseca da lei (...)”⁵.

A problemática trazida por Canotilho é o questionamento que fundamenta o presente estudo: a lei nem sempre será universal, mas pode ela restringir direitos e garantias de grupos determinados ou determináveis? Diante de uma resposta positiva, quais seriam os critérios balizadores de uma possível restrição? Em qual cenário ela encontraria lugar?

No plano internacional, a Convenção para Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 14, que trata da proibição de discriminação, determina:

Art. 14. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem posição bastante dogmática no que tange ao princípio da igualdade. Dos casos por ele julgados pode-se extrair as seguintes afirmações⁶:

1. O que o artigo 14 da Convenção proíbe não é a desigualdade perpetrada pela lei, mas a discriminação injustificada.
2. *Há discriminação quando a distinção carece de uma justificação objetiva e razoável, e isto acontece quando o fim perseguido pela norma não é legítimo, ou quando falte a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.*
3. As autoridades dos países demandados são as responsáveis pela justificação das leis impugnadas.⁷ (grifos nossos)

A fim de embasar as decisões relativas a casos concretos onde figuram situações de desigualdade, o Tribunal Constitucional Italiano também estabeleceu alguns critérios⁸.

Primeiramente, busca responder qual a finalidade da norma questionada. Responder a esta questão é fundamental, e implicará na análise do fim objetivo (declarado pela norma) e do fim subjetivo (intenção do legislador) da lei.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 614.

⁶ *Op. cit.*

⁷ *Op. cit.*

⁸ AGRO, Lavagna; SCOCA, Vitucci. **La Costituzione anotata con la giurisprudenzia della Corte Costituzionale**. Milano, 1979. p. 25.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Se há coincidência entre estes dois aspectos, tanto melhor. Caso contrário, o Tribunal terá que optar por um dos fins, o declarado ou o pretendido. Está opção é de suma importância, pois decisiva para o resultado da ação.

Um exemplo é a sentença nº 121/63, que tratou da constitucionalidade de determinada lei que obrigava que o comércio de joias de primeira mão tivesse um registro especial. O fim objetivo da norma era de ordem fiscal, mas o fim subjetivo era o controle das coisas de valor, a fim de reprimir o comércio clandestino e atividades ilícitas. Portanto, a questão era de segurança pública. O Tribunal optou pela finalidade subjetiva, declarando a norma inconstitucional por entender que não era possível impingir a uma categoria de comerciantes uma disciplina particular e mais rigorosa sem que esteja justificada por razões especiais e singulares.

O segundo passo da análise é a verificação da conexão entre a finalidade da norma e um interesse constitucionalmente relevante. Quando não há esta conexão, ou seja, falta correspondência entre o fim perseguido pela norma e os interesses tutelados pela Constituição, a norma deve ser declarada inconstitucional.

O terceiro passo é o juízo de proporcionalidade da desigualdade perpetrada. Deve-se verificar em que medida a norma empregada é meio apropriado para alcançar a finalidade perseguida.

La igualdad es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva; a través de él se impide que la ley pueda ser un medio que, directa o indirectamente, dé vida a una no justificada desigualdad de trato⁹.

No mesmo sentido se manifesta Cerri, quando afirma:

El principio de igualdad no pretende sustituir las distintas ideologías que legítimamente coexisten en una democracia por una única racionalidad. Lo que exige es que exista una adecuada ponderación en la labor legislativa; de ese modo constituye un freno eficaz y oportuno a las desatenciones, a la falta de consideración de otras partes Del sistema normativo, siempre más frecuente en una época em que la demanda de disciplinas jurídicas es extremadamente grande y la legislación caótica, escasamente elaborada, a veces arbitraria; en una palabra, corrige las deformaciones producidas por la falta de adecuación de las legislaciones a las nuevas situaciones sociales¹⁰.

Ainda no plano internacional, a Constituição Espanhola de 1978 reconhece o princípio da igualdade jurídica em seu artigo 14 e da igualdade efetiva nos artigos 1 e 9.2. Ao analisar a natureza jurídica da cláusula do artigo 14, o Tribunal Constitucional espanhol procedeu a uma

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

¹⁰ CERRI, A. Nuove note sul principio di eguaglianza. **Giurisprudenza Costituzionale**, 1971. p. 79.

interpretação sistemática da Constituição e concluiu tratar-se de um direito subjetivo, o que permite o recurso de amparo. Mas o fato de ser um direito subjetivo não exclui sua característica de princípio. Como princípio, sua característica principal é vincular todos os poderes públicos.

Posição muito importante assumida pelo Tribunal Constitucional espanhol é a de que **a igualdade prevista no artigo 14 da Constituição espanhola não cobre desigualdades produzidas por meros fatos, salvo se tiverem relevância jurídica.** E quando são relevantes juridicamente? Quando, no ordenamento jurídico, exista um princípio do qual derive a necessidade de uma igualdade de trato entre os desigualmente afetados.

Outra conclusão que se alcança analisando as decisões do Tribunal espanhol é de que **para determinar se o princípio da igualdade foi violado, é necessário um juízo comparativo, seja entre duas ou mais situações de fato, seja entre duas ou mais normas.** Quando a comparação se dá entre fatos, cabe a quem alega a inconstitucionalidade trazê-la ao processo. Quando se dá entre normas, prevalece o *jura novit curia*.

A respeito desta questão escreve Ignacio Ara Pinilla:

La reflexión en torno al significado del principio constitucional de igualdad a de asumir como premisa general su carácter eminentemente plurívoco y relacional. Y es que si por una parte salta a la vista que la expresión igualdad puede referir toda una serie de significados diferentes que podrían multiplicarse en función de los diversos contextos dificultándose sensiblemente su enumeración, se hace, de otro lado, evidente que en cualquiera de las acepciones que admite remite a la idea de relación entre diversos entes, entre los entes dos que se le predica, precisamente, su igualdad. De poco sirve, en efecto, decir de un objeto, de un individuo, etc. que es igual: la propia referencia a su condición de igual carece por completo de sentido en su consideración autónoma, desconectada de cualquier otra entidad con la que se la quiera parangonar.

La caracterización relacional del principio de igualdad resulta, en cualquier caso, insuficiente si no se acompaña de la indicación del aspecto de los entes puesto en relación en que vienen éstos considerados como iguales: no basta, en efecto, exponer que dos entidades son iguales, sino que hay que completar la indicación matizando en qué son iguales, en qué aspecto o en qué aspectos se predica la igualdad de tales entidades, lo que no excluye, desde luego, al menos en principio, que se pueda pedicar de todos y cada uno de los aspectos de los mismos.¹¹

Norberto Bobbio¹² entende que a igualdade é um valor que se funda na consideração do homem como pessoa humana, que se distingue de todos os outros seres vivos. Trata-se de um conceito que remete sempre a uma relação. Explica que para que o termo tenha algum sentido é preciso responder a duas perguntas: *a) igualdade entre quem?; b) igualdade em*

¹¹ PINILLA, Ignacio Ara. Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad. In: MIGUEL, Luis García. **El Principio de Igualdad**. Madrid: Dykinson S.L., 2002. p. 202.

¹² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. São Paulo: Ediuoro, 2002.

que?¹³. Não se pode ser igual ou diferente sem um referencial. Um homem ou um conjunto de homens é igual a algo, ou diferente de algo. Portanto, a igualdade não é em si positiva ou negativa, mas consiste numa relação, que só tem valor positivo, só é desejável, pelo fato de ser justa.

Esta equiparação de igualdade e justiça foi feita primeiramente por Aristóteles. O outro significado atribuído pelo filósofo à igualdade é legalidade. Por este raciocínio, para se alcançar uma sociedade justa é preciso que a lei seja aplicada, mas é preciso também que esta lei estabeleça certa igualdade entre os homens. Ou seja, a lei precisa ser aplicada de forma igualitária, mas precisa também ser produzida de forma a gerar igualdade.

Bobbio entende que a *regra de justiça* expressa por Aristóteles, que consiste no mandamento de *tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual* não é a resposta para a questão. É simplesmente um enunciado que pressupõe que um problema anterior já foi resolvido, o de saber qual o tratamento justo para o indivíduo. Segundo Bobbio:

Quem confunde o problema (ou melhor, os vários problemas) da justiça como igualdade com a regra da justiça não parece perceber que a primeira tarefa de quem pretenda fazer obra de justiça consiste em estabelecer como um determinado indivíduo deve ser tratado para ser tratado de modo justo. Somente depois que se estabeleceu o tratamento é que surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado aos que se encontram na mesma situação.¹⁴

Ou seja, a *regra de justiça* preocupa-se apenas com a aplicação de uma justiça formal, à medida que exige um tratamento igual sem se preocupar com o conteúdo do que está sendo aplicado. Sob este raciocínio, pode-se aplicar justamente uma norma injusta.

A afirmação de que “todos os homens são iguais” nunca quis dizer o que sua literalidade propõe. Nenhum dos documentos históricos de declaração de direitos, nem qualquer constituição, jamais quis dizer que os homens são *realmente* iguais. Só afirmam que eles devem ser tratados de forma igualitária, no sentido de igualdade justa.

O reconhecimento de que as pessoas são diferentes é latente, basta comparar homens e mulheres, crianças e adultos. **Há, no entanto, diferenças que são relevantes e outras que não são. Saber quais são as relevantes é fundamental para dizer se um tratamento diferenciado é justo ou não.** Novamente cai-se na armadilha de ter de estabelecer critérios para esta verificação. Bobbio responde a isto afirmando que **a relevância ou irrelevância das**

¹³ *Op. cit.*, p. 12.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. São Paulo: Ediouro, 2002. p. 21.

diferenças entre os homens é sempre estabelecida com base em opções de valor, portanto, historicamente condicionada¹⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello, assim como Bobbio, entende que a notória afirmação de Aristóteles não é suficiente para resolver a questão. Resta sempre a pergunta: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*¹⁶. Ou seja, qual o critério que pode ser legitimamente estabelecido para responder a esta indagação? A lei pode e deve discriminar, a fim de promover justiça, mas, como saber se determinada discriminação estabelecida é justa ou não?

Em sua obra, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, ele propõe um caminho para a análise da constitucionalidade da lei, e que se resume na resposta a três questões: Qual o fator de discriminação? Há correlação lógica entre o fator escolhido e a desigualdade perpetrada? Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais?¹⁷.

Ou seja, a primeira resposta serve de ponto de partida para a averiguação da constitucionalidade ou não do dispositivo legal. Segundo o professor Celso Antônio, “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório*”¹⁸. Isto porque o princípio da igualdade não visa a impedir a desigualdade, mas impedir desigualdade injustificada.

Se a primeira questão for respondida de modo satisfatório, ou seja, não se perceba imediatamente na norma nenhum traço de desrespeito ao princípio da igualdade, passamos à segunda questão: há relação entre o elemento escolhido para discriminar e a discriminação efetivada?.

Pode se usar o exemplo de um concurso público que só admita o ingresso de homens, vedando o acesso às mulheres. O que precisa ser respondido é se a função que será desempenhada pelos que passarem neste concurso justifica a exclusão de mulheres. Mulheres não são aptas a exercer aquela função específica? A resposta a esta pergunta nunca será absoluta, isto porque, ao respondê-la, o intérprete estará, indubitavelmente, impregnado por valores. Parece claro que está resposta estará sempre condicionada pela moralidade da época na qual ela se colocar.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 17.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 10.

Caso a resposta para a segunda questão seja também afirmativa, passa-se para a última pergunta. Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais e com os interesses protegidos pela Constituição?

Nem toda relação lógica de desigualdade atende aos preceitos constitucionais. Não se pode, por exemplo, dar privilégios a grandes empresas multinacionais com o fundamento de que elas empregam mais, se a nossa Constituição determina o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte (art. 170, IX).

3 DA DEMONSTRAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SITUAÇÃO CONCRETA DESCRITA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Voltemos ao caso concreto e, a partir dele, responderemos as três questões propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello anteriormente mencionadas:

1. Qual o fator de discriminação?

O fator discriminatório, que neste caso não está explicitado na letra da lei, mas surge da norma gerada a partir da conjunção das diversas leis apontadas, é o fato de ser casado ou estar separado ou divorciado.

2. Há correlação lógica entre o fator escolhido e a desigualdade perpetrada?

Como já dito, a análise da existência ou não desta correlação lógica depende de fatores socioculturais, e é definido com base no que determinada sociedade pensa em um certo momento histórico. Entendemos que não existe nenhuma correlação lógica que justifique o fato da renda de uma família ser mais ou menos tributada simplesmente pelo fato de os pais permanecerem ou não casados. A correlação lógica poderia existir se a sociedade brasileira privilegiasse a manutenção do casamento em detrimento da liberdade de escolha dos indivíduos em permanecerem ou não na sociedade conjugal.

3. Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais?

A pergunta fica prejudicada em razão da resposta anterior. De qualquer forma, se houvesse uma correlação lógica, o que, insistimos, não há, esta correlação não estaria amparada pelos princípios constitucionais, que garantem ao indivíduo liberdade para decidirem sobre sua vida conjugal, sem serem punidos por suas escolhas.

Daí se conclui que, neste caso específico de advogados integrantes de uma sociedade constituída, a desigualdade gerada pela tributação da pensão alimentícia é inconstitucional.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Mas como resolver a questão? O professor José Afonso da Silva¹⁹ aponta duas possíveis situações de inconstitucionalidade discriminatória. Na primeira, a lei outorga benefícios legítimos a um grupo de pessoas em detrimento a outro grupo, que também deveria ter direito a este benefício. Neste caso, a lei é inconstitucional por excluir do benefício pessoas que deveriam ter direito a ele, ou seja, está gerando uma desigualdade injusta. A solução adequada seria estender o benefício a todo aquele discriminado que o requer judicialmente. Ou seja, resolve-se por meio do controle da constitucionalidade pela via incidental ou difusa.

A outra situação inconstitucional possível é a imposição de obrigação ou qualquer tipo de ônus a um grupo de pessoas e não a outro, em igual situação. Neste caso a posição inverte-se. Deve o judiciário eliminar o ônus para todo aquele que o solicitar judicialmente.

Entendemos que, nos dois casos, cabe também Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de interpretação conforme a Constituição.

Às observações de que ao Poder Judiciário não comporta exercer função típica do Poder Legislativo e que, portanto, não poderia estender benefícios não atribuídos por lei, o professor José Afonso da Silva esclarece que:

Se uma lei concede vantagens a grupos discriminando pessoas na mesma situação, não se trata de conceder isonomia por decisão judicial, mas de corrigir a inconstitucionalidade da discriminação. E isso é função jurisdicional, uma vez que a função legislativa não o fez nos termos da Constituição²⁰.

Em recente decisão, no RE nº 641.320²¹, que tratou do direito do preso à correta progressão de regime prisional, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para o fato de que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. Para demonstrar essa afirmação, citou várias decisões, as quais chamou de manipulativas, que são decisão mediante as quais o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição.

Distinguiu ainda as decisões manipulativas de efeito aditivo das de efeito substitutivo:

Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 222.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 222.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 641.320/RS: Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, 30 mar. 2012.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

se quando a Corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional.

No HC nº 111840²², que decidiu sobre a progressão de regime nos crimes hediondos, o Ministro relator Dias Toffoli, cita doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas²³.

Sob este prisma, cabe ao Poder Judiciário corrigir distorções inconstitucionais geradas por norma extraída da conjugação de leis. Pode e deve fazê-lo por meio das chamadas decisões manipulativas, que são, em última instância, interpretações conforme a Constituição.

CONCLUSÕES

A incidência de tributação sobre a pensão alimentícia em geral é algo que está sendo discutido no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Sem entrar no mérito desta ação, fizemos um recorte para um situação bastante específica, na qual a cobrança de imposto de renda sobre a pensão alimentícia gera uma desigualdade inconstitucional.

Trata-se da comparação entre a renda anual das famílias de advogados que mantêm uma sociedade de advogados. Demonstrou-se que a renda da família do sócio que está casado é maior do que a do que está separado ou divorciado, ainda que os dois tenham recebido o mesmo valor em dividendos. Isso porque a parte deste valor que será destinado ao pagamento da pensão alimentícia será tributada, enquanto no caso do advogado casado, esta tributação não ocorrerá.

Esta desigualdade não decorre de uma lei específica, mas da conjugação de diversas leis, que, aplicadas concretamente ao caso estudado, geram o tratamento discriminatório.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 111840/ES: Relator Ministro Dias Toffoli. **Diário da Justiça**, 02 fev. 2012.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 97-98.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nem todo tratamento discriminatório é inconstitucional. Alguns, inclusive, são necessários para o respeito ao princípio da igualdade. No entanto, no caso em tela, demonstrou-se que esta desequiparação se dá em razão de um fato concreto – estar separado ou divorciado –, que não tem relevância jurídica para sustentar a desigualdade. Não há correlação lógica entre uma família pagar mais ou menos tributo pelo simples fato de estar casada ou separada.

A análise da existência ou não desta correlação lógica, necessária para justificar um tratamento normativo desigual entre coisas assemelhadas, é sempre feita a partir de valor de uma determinada sociedade em determinada época. Nossa Constituição garante a liberdade de escolha do indivíduo, e nada pode obrigá-lo a permanecer em uma relação de matrimônio. Portanto, não faz o menor sentido uma norma que acaba por punir aquele que rompe a relação conjugal, e, no exemplo em tela, pune os filhos desta relação, na medida em que terão uma renda para seu sustento menor do que aqueles filhos de casais que estão na mesma situação, mas são casados.

Esta discriminação inconstitucional gerada pela conjunção de leis aplicadas ao caso concreto pode ser consertada pelo Poder Judiciário, seja pela via incidental de controle, seja pela via direta, com a realização de interpretação conforme a constituição a fim de reparar a inconstitucionalidade e garantir o respeito ao princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade**: Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.

AGRO, Lavagna; SCOCA, Vitucci. **La Costituzione anotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale**. Milano, 1979.

AZEVEDO, Pedro Pontes et al. **Transmissibilidade dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4409>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. São Paulo: Ediouro, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 641.320/RS: Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, 30 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 111840/ES: Relator Ministro Dias Toffoli. **Diário da Justiça**, 02 fev. 2012.

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA, PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA, EM FACE DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Argentina: Abelardo-Perrot, 1972.

CERRI, A. Nuove note sul principio di eguaglianza. **Giurisprudenza Costituzionale**, 1971.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

PINILLA, Ignacio Ara. Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad. In: MIGUEL, Luis García. **El Principio de Igualdad**. Madrid: Dykinson S.L., 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.