

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5422

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, associação civil sem fins lucrativos devidamente qualificado nos autos em epígrafe, tendo em vista o despacho de V.Exa. expor e requerer:

O requerente foi intimado para, no prazo de dez dias, promover a juntada de instrumento de mandado com poderes específicos para a propositura da ação direta, indicando, de modo expresso, os atos estatais contra os quais se insurge. Além dessa intimação V.Exa. determinou que o postulante manifestasse no mesmo prazo, sobre as outras questões preliminares suscitadas nos autos.

Na oportunidade, apresenta procuração com poderes específicos para a propositura da ação direta, por meio da qual indica, de modo expresso, os atos estatais contra os quais se insurge para regular andamento no feito.

Por oportuno e conforme o despacho, manifesta o requerente sobre as questões preliminares suscitadas. Em síntese são essas preliminares aventadas: (I) ilegitimidade ativa; (II) inespecificidade do instrumento procuratório; (III) natureza regulamentar de parte dos atos impugnados; (IV) impugnação genérica; e (V) ofensa reflexa à Constituição.

**REITERANDO A LEGITIMIDADE DO REQUERENTE PARA PROPOSITURA DE
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Com relação a ilegitimidade ativa, este mesmo Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou:

[...] Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o

acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania. [...] Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988, reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON. (STF, ADI- 5291, Rel Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2015)

Não só isso, esta corte suprema por meio da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527 – DF, em recente decisão assim se pronunciou acerca da legitimidade das entidades de classes:

PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, as entidades de classe de âmbito nacional devem reunir os seguintes requisitos para configuração da legitimidade ativa para propor ação direta: (i) comprovação de associados em nove Estados da federação; (ii) composição da classe por membros ligados entre si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional; (iii) pertinência temática entre seu objetivo social e os interesses defendidos em juízo. 2. Superação da jurisprudência. A missão precípua de uma suprema corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga escala. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis. 3. Considera-se classe, para os fins do 103, IX, CF/1988, o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem. 4. Ação direta admitida. (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527 – DF, Rel Min. Roberto Barroso, pub. 01/08/2018)

Prossegue o ilustre Relator que *limitar as entidades de classe às categorias econômicas e políticas significa valer-se do controle de constitucionalidade para preservar interesses de grupos que dispõem de força política e frustrar o acesso à jurisdição constitucional justamente pelos grupos que mais precisam dela. (...) Portanto, é preciso avançar para reconhecer que a entidade de classe de âmbito nacional é aquela composta por indivíduos ligados por vínculos*

econômicos, profissionais ou de defesa de direitos fundamentais, e que em todos esses casos há legitimidade ativa para a propositura de ação direta. A ideia, de fato, não é nova. O Ministro Fux já defendeu posição semelhante, em voto proferido na ADI 4029 (...). O Ministro Marco Aurélio posicionou-se da mesma forma em decisão monocrática proferida na ADI 5291(...). Não bastasse isso, a interpretação aqui proposta tem sido defendida – e possivelmente aguardada – por diversos acadêmicos que se dedicam a acompanhar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de “uma ideia cujo tempo chegou”. 35. Essas são as razões que me levam a superar a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, para assentar como entidade de classe de âmbito nacional, aquelas que, tendo comprovado seu caráter nacional, reúnam membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis de que façam parte (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527 – DF, Rel Min. Roberto Barroso, pub. 01/08/2018).

Diante do exposto e por força do Estatuto Social da entidade, com a *devida vênia* resta evidenciada a possibilidade da legitimidade do ora postulante, superando via de consequência as preliminares de ilegitimidade para propositura da presente demanda.

INESPECIFICIDADE DO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO

Pelo princípio do reaproveitamento dos atos processuais e em cumprimento do despacho de V.Exa. junta procuração com poderes específicos para a propositura da ação direta, indicando, de modo expresso, os atos estatais contra os quais se insurge.

NATUREZA REGULAMENTAR DE PARTE DOS ATOS IMPUGNADOS

“A moderna interpretação das regras do processo civil deve tender, na medida do possível, para o aproveitamento dos atos praticados e para a solução justa do mérito das controvérsias. Os óbices processuais não podem ser invocados livremente, mas apenas nas hipóteses em que seu acolhimento se faz necessário para a proteção de direitos fundamentais da parte, como o devido processo legal, a paridade de armas ou a ampla defesa. Não se pode transformar o processo civil em terreno incerto, repleto de óbices e armadilhas” (REsp 746.524/SC, DJ de 16.03.2009). Em contraponto as infundadas alegações do não cumprimento da natureza regulamentar de parte dos atos impugnados, o requerente demonstrou a essência do instrumento processual para buscar a inconstitucionalidade das legislações específicas, apontando todas as legislações que tratam da matéria, senão vejamos:

Isto porque, entende o requerente que, especificamente o artigo 3º, § 1º, da Lei nº. 7.713/1988 c/c artigos 5º, 54 do Decreto nº 3.000/1999, padece de dois vícios insanáveis, contrariando os preceitos constitucionais: (1) ao determinar que são tributáveis os valores recebidos, em dinheiro, a título de alimentos ou pensões, em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive os alimentos provisionais; (2) ao confrontar –se com a disposição inserta no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.250, de 1995, norma esta, incorporada no mesmo REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA, Decreto nº 3.000, de 26 de março de

1999, que disciplina a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, em seu art. 78, que assim diz: DEDUÇÃO PERMITIDA - NORMA REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. Seção IV- Pensão Alimentícia. Art. 78. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto, poderá ser deduzida a importância paga a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive a prestação de alimentos provisionais (Lei nº 9.250, de 1995, art. 4º, inciso II).

Portanto, além do apontamento de todas as legislações específicas (Lei 7.713/1988; 9.250/1995; Decreto nº 3.000/1999; artigo 43 do CTN). Registra que o Decreto nº 3000/1999 regulamentou a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, notadamente no que diz respeito a incidência do Imposto renda em verba alimentar. Portanto, com o devido respeito e acatamento, deve ser afastada tal preliminar.

IMPUGNAÇÃO GENÉRICA

Não se trata de impugnação genérica, mas da especificidade quando da incidência do Imposto de renda em verba alimentar. Houve o apontamento específico, o que implica uma interpretação de inconstitucionalidade pois o imposto de renda, a rigor, deve ser cobrado somente de quem ganha mais que o suficiente para as despesas para seus gastos e de seus dependentes. Renda, na definição do artigo 43 do Código Tributário Nacional, é acréscimo patrimonial. À luz dessa definição, só deve ser considerado renda o ganho que permite, ao menos em tese, algum acréscimo patrimonial. Não é razoável entender-se como renda o ganho que não é suficiente sequer para o custeio das despesas, absolutamente necessárias à sobrevivência do contribuinte e de seus dependentes, estando sob o mesmo teto ou não. O instituto jurídico dos alimentos decorre de valores humanitários e dos princípios da solidariedade e dignidade humana, e destina-se àqueles que não podem arcar com a própria subsistência. É a ordem jurídica com base em uma principiologia norteadora do Direito de Família que estabelece as regras de quem deve receber e de quem deve pagar. Seu conteúdo está diretamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais. A finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida, substituindo a assistência da família à solidariedade social, que une os membros da coletividade, pois as pessoas necessitadas, que não tenham parentes, seriam, em tese, sustentadas pelo Estado. Como pode ser aplicada em conceito de renda, ou acréscimo patrimonial, olhando sob a ótica do fato gerador, essa premissa alimentar? Não é possível aplicar a mesma regra de incidência tributária para a obrigação alimentar. Não se pode atribuir caráter patrimonial ao direito alimentar: o elemento ativo do patrimônio deste não seria o direito aos alimentos, visto que não integra o seu patrimônio como um bem de que possa dispor, um valor que aumentasse e que servisse de garantia aos credores do mesmo; não havendo também, um interesse patrimonial do alimentando, um interesse individual com tutela da lei, mas apenas um interesse de ordem superior e meramente familiar; e, inversamente, o débito por alimentos não constituiria no

patrimônio do alimentante como verba a ser inserida em seu passivo, eis que não é levado em linha de conta, quando se tem que avaliar o patrimônio do prestante, na sua consistência econômica; não existiria nem um interesse, nem um encargo de natureza patrimonial, eis que prevalecendo, sobretudo, estaria o caráter superior, social e familiar do instituto e reconhecido o caráter não patrimonial da pensão alimentícia.

OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO.

Não se trata de ofensa reflexa a ordem constitucional, mas ofensa direta a ordem constitucional. Isso porque com a Emenda Constitucional nº 64/2010, que alterou o artigo 6ª da Constituição da República, introduziu a alimentação como um direito social, fazendo com que a pensão alimentícia ficasse ressignificada. A pensão alimentícia é um instituto que desperta o interesse público, pois tem estreita ligação com a vida, isto é, está diretamente relacionado à sobrevivência da pessoa. Por oportuno, direito à vida com previsão expressa na ordem constitucional. É uma afronta à dignidade do alimentário e penalização à parte hipossuficiente, pois a pensão não pode ser considerada renda e muito menos acréscimo patrimonial como previsto no Código Tributário Nacional. A incidência de IR em pensões alimentícias está dissociada do fato gerador da incidência tributária, segundo dos ditames constitucionais, notadamente o artigo 6º. Além disto, se o fato gerador do imposto de renda é o aumento do patrimônio do contribuinte, nada justifica a tributação em pensão alimentícia, que é verba de subsistência, e cuja renda já foi devidamente tributada quando ingressou no acervo do devedor de alimentos.

O dever ou a obrigação de sustento advém do poder familiar, conforme disposto pelos artigos 229 da Constituição Federal, 1.566, IV, do CCB/2002, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, é a forma que o filho menor tem de ter suprido seu sustento até que este complete a maioridade ou que seja emancipado. Neste caso, a necessidade do alimentário é presumida, devendo o valor final dos alimentos ser adequado à possibilidade do pai ou da mãe obrigados, não podendo ser deduzido com incidência de imposto de renda, pois decorre da subsistência e não do acréscimo patrimonial. Se assim permitir esta Eg. corte, com a devida *vénia*, estará havendo um enriquecimento ilícito por parte do ente federado, no caso a União.

Não só isso, vivemos em uma era da interpretação aberta dos valores constitucionais, evidenciando a ofensa aos princípios constitucionais. Façamos uma leitura inversa, pois não se trata de ofensa reflexa a ordem constitucional, mas ofensa direta a mesma. Isso porque na sistematização do ordenamento jurídico todas as normas devem se adequar ao comando constitucional, e não o inverso. Portanto, fazemos a leitura de cima para baixo, justamente para preservar a pirâmide Kelsiana. Interpretamos primeiro dos princípios constitucionais para depois chegarmos a legislação infraconstitucional. Portanto, a ofensa é direta, para depois se tornar reflexa. Em célebre obra sobre a Constituição aberta, Carlos Roberto Siqueira Castro asseverou que

nesse tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre e se mantém sempre permeável para acolher novas configurações de vida, e no qual são possíveis

tantas mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas). Num sistema jurídico marcado pela nota da abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas, encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de direito justo vigente em um determinado contexto histórico-social¹.

E mais, se admitirmos que o critério subsistência não se enquadra no fato gerador renda para fins de incidência ao imposto de renda na verba alimentar, estaria havendo ofensa direta, pois estaria sendo desrespeitado as limitações jurídicas de ordem constitucional ao poder de tributar. A menção ao artigo 153, III, da Constituição Federal define, efetivamente, as possibilidades de incidência tributária, especificamente no que diz respeito a renda. Se este conceito é distorcido, há de fato uma ofensa direta ao comando constitucional.

Da mesma forma e com maestria, no mesmo sentido Tereza Alvim Wambier em análise da ofensa reflexa assim se posicionou:

Dizemos na maioria das vezes porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a contra-sensos. Exemplo disso é a regra no sentido de que ao STF só cabe conhecer de “ofensa direta” à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (em que, v.g., se repete o princípio constante da Constituição Federal) é porque se estaria diante de ofensa indireta à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, POR ISSO, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito a Constituição Federal, abdica de examinar a questão².

Em síntese, há uma ofensa direta à ordem constitucional, pois o critério renda aplicado para incidência do Imposto de renda em verba alimentar não se compatibiliza com o fato gerador do tributo previsto na ordem constitucional (Constituição da República, art. 153, inciso III³) e contraria a dignidade humana e a garantia do mínimo existencial (arts. 3º, inc.

¹ Siqueira Castro, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, páginas 50 e 51.

² Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 169.

³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)II - renda e proventos de qualquer natureza;

III⁴, 170, caput⁵, e 226, §§ 7º e 8º⁶), o direito à alimentação (art. 6º, caput) e a vedação de bitributação.

Certos de sua compreensão e apreço, reiteramos a legitimidade ativa do requerente para interposição da presente ação, bem como ao final a procedência desta ADI para declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º, § 1º, da Lei nº. 7.713/1988, 4º, inciso II, da Lei nº 9.250/1995, c/c artigos 5º, 54 do Decreto nº 3.000/1999.

Na oportunidade requer a juntada da procuração nos termos da intimação, com especificidade de atuação junto a esta Eg. corte, bem como aos atos impugnados.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2018.

Rodrigo da Cunha Pereira

Presidente Nacional do IBDFAM
OAB/MG n. 37.728

Maria Berenice Dias

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM
OAB/RS n. 74.024

Ronner Botelho Soares

Assessor Jurídico do IBDFAM
OAB/MG117.094

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento §

8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.