

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela qual se deduz o seguinte pedido: “para, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 35, incisos III e V, da Lei n. 9.250/95, seja-lhe conferido interpretação conforme à Constituição Federal, ampliando o alcance da norma impugnada, excluindo-se a distinção feita entre os portadores de deficiência capacitados e os incapacitados para o trabalho, ante à violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da promoção ao trabalho das pessoas com deficiência e a sua inclusão em sociedade.” (eDOC 1, fl. 20).

Em termos práticos, busca-se permitir que uma pessoa com deficiência possa ser qualificada como dependente, para fins de apuração do IRPF, sem que sua capacidade para o trabalho seja para tanto determinante, como sugere a leitura do dispositivo impugnado, o art. 35, III e V, da Lei n. 9.250/1995.

Tecendo vênias ao eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, acompanho o eminente Min. Roberto Barroso, que apresentou o seguinte juízo quanto ao regramento existente:

“O art. 35, III e V, da Lei n. 9.250/1995, ora impugnado, introduz uma discriminação indireta contra as pessoas com deficiência, notadamente à luz do seu direito ao trabalho, já que a aparente neutralidade do critério da capacidade física ou mental para o trabalho oculta o efeito anti-isonômico produzido. Para a generalidade dos indivíduos, pode fazer sentido que a aptidão laborativa seja o critério definidor da condição de dependente em relação aos ganhos do genitor ou responsável, tendo em vista que, sob essa circunstância, eles possuem chances de se alocarem no mercado de trabalho e proverem o próprio sustento. Tal probabilidade se reduz de forma drástica quando se trata de pessoas com deficiência, cujas condições físicas ou mentais restringem de forma mais ou menos intensa as oportunidades profissionais. Uma pesquisa de outubro de 2020, realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, revelou que, desde janeiro daquele ano, mais de 23 mil pessoas com deficiência perderam o emprego, não tendo havido qualquer mês em que o saldo de geração de postos de trabalho para esse grupo tenha sido positivo. Por outro lado, para os demais trabalhadores, só em setembro foram registrados mais de 131 mil novos postos formais de emprego. Portanto, não é legítimo que a lei

adote o mesmo critério, ainda que objetivo, para disciplinar situações absolutamente distintas. Ao assim fazer, afronta o direito à igualdade material.” (fls. 12-13)

Também comungo do entendimento que o caso trazido à Corte sugere uma modificação do conteúdo normativo impugnado por força de mudança das relações fáticas (Konrad HESSE. “Grenzen der Verfassungswandlung”. In: *Augewählte Schriften*, 1984, p. 29).

A propósito da lesão ao princípio da isonomia, que se apresenta na omissão parcial, por exemplo, já anotara Harmut Maurer que a declaração de nulidade, que se mostra adequada para afastar as ofensas aos direitos de liberdade e de propriedade, não logra abranger a chamada inconstitucionalidade relativa ( *relative Verfassungswidrigkeit* ) – aquela em que a inconstitucionalidade não reside nesta ou naquela norma em si mesma, mas na disciplina normativa diferenciada ( *Unterschiedlichkeit der Regelung* ) (Harmut MAURER. “Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen”. In: *Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber*. Berlin: Dunker und Humboldt, 1974, p. 345). São situações em que, com Ipsen, o que se apresenta é a inconstitucionalidade de uma relação normativa ( *verfassungswidrige Normrelation* ) (Jörn IPSEN. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Eizelakt*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1980, p. 213 e ss.).

Para resolver situações inconstitucionais essas, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG) desenvolveu **fórmulas decisórias intermediárias** que serviram de alternativa para questões em que a declaração de inconstitucionalidade acompanhada da **nulidade** da lei (uma *Nichtigkeitserklärung*) geraria um **resultado ainda mais inconstitucional**. Para isso, precisou ir além da simples declaração de nulidade que lhe era legislativamente deferida no § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* – BVerfGG.

Fórmulas decisórias intermediárias que permitem ao Tribunal oferecer uma prestação jurisdicional adequada diante de situações imperfeitas ou de um *processo de inconstitucionalização* ( *Verfassungswidrigwerden* ) em virtude de uma mudança nas relações fáticas – como divisado, quer crer, no voto divergente do eminente Min. Roberto Barroso.

Processos de inconstitucionalização podem ser tratados, por exemplo, mediante um “apelo ao Legislador”( *Appellentscheidungen* ). Assim ocorreu com a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 22 de maio de 1963.

Ressaltou-se, nesse acórdão, que, devido à significativa alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral (BVerfGE 16, 130 s.) (Lei Fundamental, art. 38). O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei (setembro de 1961) (BVerfGE 16, 130 (141/142)).

O *Bundesverfassungsgericht* logrou infirmar, assim, ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador *a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis*.

Essa exortação do Tribunal foi atendida com a promulgação da Lei de 14 de fevereiro de 1964 ( *Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes* ). Assinale-se que esse caso estava marcado por peculiar dilema. Caso o *Bundesverfassungsgericht* tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a divisão dos distritos eleitorais, ter-se-ia de reconhecer a invalidade das últimas eleições parlamentares e, por conseguinte, a ilegitimidade do Parlamento e do próprio Governo. Nessa hipótese, inexistiria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral, uma vez que a legislatura anterior já se havia encerrado (Lei Fundamental, art. 39, parágrafo 1º, 2º período) e a disposição sobre o *estado de necessidade legislativa* ( *Gesetzgebungsnotstand* ) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81) (Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, 1970, p. 372; Klaus SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht* , 1985, p. 182; Christoph GUSY. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlim, 1985, p. 211).

Mas situações como a que se examina também podem ser equacionadas por uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, em que também o Poder Legislativo pode ser instado a regular a matéria (Vide BVerfGE 37, 217, dentre vários).

E nem se diga que a leitura da inconstitucionalidade pelas lentes de uma lógica do possível, apoiada no juízo de proporcionalidade, seja diretamente oposta à existência de “ *uma única resposta correta* ”: mais diretamente, o ponto é conferir o devido peso ao princípio da separação dos Poderes para, com base na esfera de conveniência legislativa, afirmar que, apesar de existir violação atual ao texto constitucional, o Poder Legislativo

deve ser instado a manifestar-se para tratar os impactos desproporcionais que o atual critério adotado pela legislação tributária tem causado às pessoas com deficiência – efeitos já traçados no voto do Min. Roberto Barroso.

Se é assim, embora compartilhe da avaliação da situação de fato, guardo ressalvas quanto ao encaminhamento, apenas para registrar que a interpretação conforme à Constituição fixada pelo voto divergente, qual seja, “ *estabelecendo que, na apuração do imposto sobre a renda de pessoa física, a pessoa com deficiência que supere o limite etário e seja capacitada para o trabalho pode ser considerada como dependente quando a sua remuneração não exceder as deduções autorizadas por lei* ” (fls. 15-16), não é a única possível. Talvez o Poder Legislativo, em desenvolvimento à regra constitucional que inadmite extensão de benefício tributário sem lei específica (art. 150, § 6º, CF), possa veicular novo critério geral e abstrato livre dos impactos inconstitucionais sugeridos no voto do Min. Roberto Barroso, que acompanho com as ressalvas acima aduzidas.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto