

em que o autor apontava violação à isonomia pleiteando a extensão de tratamento privilegiado concedido por lei a outrem.<sup>75</sup> Com isso, o Judiciário acabou por deixar de oferecer prestação jurisdicional que assegurasse tratamento isonômico, razão pela qual tem sido cada vez mais criticada tal posição, havendo quem diga que "equivale a eliminar o princípio da igualdade".<sup>76</sup> Tem-se defendido, pois, mais recentemente, que o Judiciário "pode declarar a nulidade do critério de diferenciação violador do princípio da igualdade, de modo a que todas as pessoas e grupos possam ser incluídas", sendo que, no caso, "a decisão continua sendo negativa, mas possui uma eficácia positiva indireta".<sup>77</sup>

### 33. Princípio da capacidade contributiva

A capacidade contributiva não constitui, apenas, um critério de justiça fiscal capaz de fundamentar tratamento tributário diferenciado de modo que seja considerado como promotor e não como violador da isonomia. Configura verdadeiro princípio a orientar toda a tributação, inspirando o legislador e orientando os aplicadores das normas tributárias.

A maior parte da doutrina diz tratar-se de um princípio de sobredireito ou metajurídico, que deve orientar o exercício da tributação independentemente de constar expressamente da Constituição.

— que não dispõem de função legislativa — não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impositivos, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO) ... (STF, 1ª T., ARAG-142348 / MG, rel. Min. Celso de Mello, ago/94)

<sup>75</sup> STF, no REx 191526-9.

<sup>76</sup> FERRAZ, Roberto. A igualdade na lei e o Supremo Tribunal Federal. *RDDT* 116/119, mai/05.

<sup>77</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Saraiva, 2004, p. 340-1.

De qualquer modo, a previsão de graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte, expressa no art. 145, parágrafo único, da CF, constitui positivamente o princípio da capacidade contributiva, suscitando inúmeros questionamentos, principalmente quanto à sua extensão.

Embora o texto constitucional positivasse o princípio da capacidade contributiva em dispositivo no qual são referidos apenas os impostos — que devem, sempre que possível, ser pessoais e graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, parágrafo único, da CF) —, cuida-se de princípio fundamental de tributação aplicável a todas as espécies tributárias, ainda que de modo distinto conforme as características de cada qual.

Decorre deste princípio, basicamente, que o Estado deve exigir que as pessoas contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade para contribuir, de maneira que nada deve ser exigido de quem só tem para sua própria subsistência, a carga tributária deve variar segundo as demonstrações de riqueza e, independentemente disso, a tributação não pode implicar confisco para ninguém.

Mas a possibilidade de graduação do tributo conforme a capacidade contributiva pressupõe, evidentemente, que tenha como hipótese de incidência situação efetivamente reveladora de tal capacidade, do que se tira que o princípio encontra aplicação plena aos tributos com fato gerador não-vinculado, quais seja, os impostos, necessariamente, e os empréstimos compulsórios e as contribuições, usualmente. A não será aplicável às taxas, tributo com fato gerador vinculado, porque, para estas, estão fundadas em um critério de justiça comutativa e não distributiva. Note-se que, além do pagamento dos tributos em geral, as pessoas que individualmente se beneficiem de serviço público específico e divisível ou que exerçam atividade que exija fiscalização por parte do Poder Público, suportarão os respectivos ônus. A própria cobrança da taxa, com vista ao ressarcimento do custo da atividade estatal, pois, já realiza o ideal de justiça fiscal. Não é adequado, por ofensivo à própria natureza da taxa, pretender fazê-la variar conforme a capacidade contributiva do contribuinte, que não é relevante nas taxas, cujo fato gerador é a atividade estatal e não fatos reveladores da riqueza do contribuinte.