

Supremo Tribunal Federal
SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 13.10.95
EMENTÁRIO Nº 1 8 0 4 - 8

1530

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172058-1 SANTA CATARINA

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
RECORRIDA : LAMINADOS ARAUCÁRIA LTDA

0018040800
0437172050
0810000040

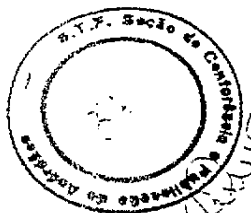
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República.

TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuente, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" - alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se



1

RE 172.058-1 SC

harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir à pertinência do princípio da despersonalização.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO -
JULGAMENTO DA CAUSA. A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele insertas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, às soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito.

A C Ó R D ã O


Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio cotista", salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deliberou dar provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal "a quo", a fim de que o decida, conforme o

RE 172.058-1 SC

juízo de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto. Vencido, em parte, o Ministro Ilmar Galvão, que declarava a constitucionalidade integral do dispositivo questionado.

Brasília, 30 de junho de 1995.

SEPÚLVEDA PERTENCE - PRESIDENTE


MARCO AURÉLIO

- RELATOR

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172058-1 SANTA CATARINA

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
RECORRIDA : LAMINADOS ARAUCÁRIA LTDA

R E L A T Ó R I O

0018040800
0437172050
0820000080

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A Corte de origem, adotando a óptica do respectivo Plenário, revelada quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade no mandado de segurança nº 91.04.04947-0/RS, assentou a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que tem o seguinte teor: "o sócio cotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao Imposto sobre a Renda na fonte à alíquota de 8%(oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base". Em síntese, asseverou-se que lei ordinária não poderia dispor a respeito, já que envolvida a fixação de fato gerador do imposto de renda. O Código Tributário Nacional teria sido recepcionado pela atual Carta como lei complementar, prevendo, quanto à matéria, mediante o preceito do artigo 43, que "o imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica".

Consoante depreende-se da leitura do aresto atacado, na espécie passara-se a ter fato gerador diverso

RE 172.058-1 SC

visto que o artigo 35 em comento dispensaria a aquisição da disponibilidade quer sob o ângulo econômico, quer mesmo sob o prisma jurídico. Daí a declaração de inobservância à norma insculpida na Carta Política, segundo a qual cabe à lei complementar definir os fatos geradores dos tributos - alínea "a" do inciso III do artigo 146. Eis como ficou redigida a ementa do acórdão impugnado:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 35 DA LEI Nº 7.713/88. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA.

1. O Tribunal Pleno, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 91.04.04947-0/RS, declarou inconstitucional o art. 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez que o estabelecimento de fato gerador é matéria reservada à lei complementar.

2. Negado provimento à remessa oficial e ao apelo." (folha 64)

Já o acórdão que serviu de referência consigna que:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. Art. 35 da Lei nº 7.713/88. Questão preliminar desacolhida, eis que figurada a hipótese de inconstitucionalidade. Violação ao princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente assegurado. Criação de novas hipóteses de fato gerador do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, por via de lei ordinária, com alteração de disposição contida em lei complementar.

1. Reconhecido ser, o Código Tributário Nacional, lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da AMS 89.825-RS e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do RE 101.084-PR.

2. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada.

3. Estabelecendo, o art. 35 da Lei

7.713/88; que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo Imposto de Renda, viola o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia.

4. Em assim estabelecendo, o texto - art. 35 da Lei nº 7.713/88 - violentou o princípio da hierarquia das leis constitucionalmente estabelecido no art. 59 da Lei Maior.

5. Arguição acolhida quanto ao mérito, após a rejeição da prefacial." (folha 90)

A União, com o extraordinário de folhas 78 a 89, interposto com fundamento na alínea "b" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, afirma a harmonia do mencionado artigo 35 com o Código Tributário Nacional, que, na previsão do artigo 43, estaria a dispor sobre a incidência do imposto, a ocorrer com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. Discorre-se sobre o fato gerador do imposto de renda, apontando-se que a hipótese guarda pertinência com o definido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, no que exsurge como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Na aquisição da disponibilidade jurídica estaria compreendida a espécie. De acordo com tal raciocínio, o lucro líquido exsurge como acréscimo patrimonial, revelando-se, conforme razões apresentadas, típico fato provocador da incidência do imposto de renda. A partir de lição de Rui Barbosa Nogueira, comenta-se sobre os conceitos de separação e realização, ressaltando-se que a primeira tem lugar quando os frutos se tornam suscetíveis de circulação autônoma, enquanto a segunda - a realização - pressupõe, separados os frutos, a transformação em moeda. Aduz-se que a referência legal à disponibilidade jurídica

RE 172.058-1 SC

decorreu dos Decretos-Leis n^os 4.178/42 e 5.844/43, ainda em vigor, na roupagem do § 1^o do artigo 87 do regimento do imposto de renda. Em 1966, a expressão fora consagrada, mediante dispositivo do Código Tributário Nacional. As razões recursais esteiam-se na premissa de que, apurado o lucro líquido da pessoa jurídica, tem-se a definição da parte cabível ao sócio cotista, ao acionista ou ao titular individual, operando-se, assim, a separação do rendimento. Daí a conclusão no sentido de que verifica-se, na oportunidade, um acréscimo no patrimônio do beneficiado, passando a estar sujeito à incidência do imposto, muito embora a realização efetiva desse acréscimo ainda dependa de outros atos. Destarte, o artigo 35 da Lei n^o 7.713/88 nada mais encerraria, segundo as razões apresentadas, senão o alcance, a explicitação, alfim, a revelação do que se contém no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Por último, argumenta-se que, de qualquer forma, possível conflito não se resolve no campo da inconstitucionalidade, mas no da ilegalidade, a que José Afonso da Silva denominou de ilegitimidade constitucional. Daí a conclusão de que não cabia à Corte de origem declarar a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n^o 7.713/88, no que foi tido como a extravasar o âmbito do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Com o recurso extraordinário, trouxe-se aos autos a íntegra do acórdão concernente à arguição de inconstitucionalidade. À folha 146, está a decisão do Juízo primeiro de admissibilidade sobre a impertinência do recurso especial, seguindo-se a referente ao trânsito deste extraordinário. À folha 151, despachei, determinando que viesse a ser esclarecida a interposição, ou não, de agravo contra a

RE 172.058-1 SC

decisão que implicara o trancamento do especial. Consoante informa-se no ofício de folha 155, ocorreu a preclusão maior. Despachei à folha 157, nos seguintes termos:

1. A Corte de origem, diante do que decidido em arguição de inconstitucionalidade nos autos da apelação em mandado de segurança nº 91.04.04947-0-RS, assentou a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, no que dispôs sobre a incidência do imposto de renda na fonte com base no lucro líquido das pessoas jurídicas. Considerou a inexistência de lei complementar versando sobre tal matéria, e, portanto, o conflito com o inciso III do artigo 146 da Carta Federal.

2. O tema ainda não passou pelo crivo deste Tribunal. Assim, impõe-se o seguimento do extraordinário, no que interposto com esteio na alínea "b" do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior.

3. Remetam-se estes autos à Procuradoria Geral da República, com pedido de preferência, objetivando estabelecer o leading case.

4. À Assesoria, para a manutenção do contato com o Órgão, visando à preferência e ao acompanhamento devidos. Observe-se o sobrestamento de processos que cuidem de idêntica hipótese, evitando-se, destarte, o aumento da sobrecarga que vem suportando a Procuradoria Geral da República.

5. Publique-se.

Brasília, 29 de maio de 1994.

A Procuradoria Geral da República, em parecer do Subprocurador Dr. Arthur de Castilho Neto - folhas 159 a 176, remete a julgamentos procedidos por esta Corte, nos quais teria deixado de prevalecer o interesse social - ação direta de inconstitucionalidade nº 318-6, relativa à indexação pela taxa referencial, e recurso extraordinário nº 166.772-9, alusivo à contribuição social sobre remuneração de administradores autônomos e avulsos. A seguir, considera que não houve a criação, mediante o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, de uma nova

RE 172.058-1 SC

hipótese de incidência do imposto sobre a renda cuja disciplina respectiva tem enquadramento, segundo a óptica externada, no artigo 43 do Código Tributário Nacional. Por último, salienta o Ministério Público a ocorrência da separação, no que o fenômeno estaria revelado pela apuração do lucro quando do balanço de encerramento. A conclusão é pelo conhecimento e provimento do recurso.

Recebi estes autos em 1º de dezembro de 1994 e os liberei, para inclusão em pauta, após o recesso e as férias coletivas de janeiro de 1995. Assim procedi em 5 de abril de 1995, decorrendo o extravasamento do prazo regimental de trinta dias não só da sobrecarga que vem sendo suportada por esta Corte - no ano de 1994 equacionei 3.322 processos - como também da atuação simultânea no Tribunal Superior Eleitoral. Apregoado o processo na Turma, deliberou esta no sentido de afetá-lo a este Plenário.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

1539

RE 172.058-1 SC

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são próprios. A petição de encaminhamento está subscrita por Procurador da Fazenda Nacional, sendo que o acórdão impugnado teve notícia veiculada no Diário de 23 de dezembro de 1992 - quarta-feira (folha 65) - ocorrendo a manifestação do inconformismo em 18 imediato - quinta-feira (folha 78). Por outro lado, o recurso restou enquadrado no permissivo da alínea "b" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. A Corte de origem declarou a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88. Conheço do recurso.

0018040800
0437172050
0830015710

Antes de proceder ao exame da matéria, sinalizo ao ilustre Subprocurador-Geral da República que subscreveu o parecer de folhas 159 a 176 que esta Corte, no julgamento dos dois casos mencionados, atendeu ao interesse social, que reside, acima de tudo, na predominância da ordem constitucional, evitando, assim, verdadeira babel, em nenhuma hipótese justificável, nem mesmo em face a deficiências de caixa deste ou daquele órgão.

Também registro a nova quadra vivida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, presente nesta Corte na voz abalizada da Dr^a. Silvia Maria Carneiro Brito, que procedeu à sustentação oral. Para o julgador é sempre salutar o acesso a

3

RE 172.058-1 SC

maior gama de informações possíveis e nisto sobressaem memoriais e brilhantes sustentações como as efetuadas pela citada Procuradora e pelo Dr. André Martins de Andrade.

Neste recurso extraordinário, a União, alicerçada em ensinamento de José Afonso da Silva e olvidando conflito de maior envergadura, sustenta que a espécie resolve-se no campo da ilegalidade - denominada pelo ilustre Professor como "ilegitimidade constitucional". A norma do artigo 35 da Lei nº 7.713/88 teria implicado, quando muito, ou seja, diante das premissas do acórdão atacado, a incompatibilidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional.

A controvérsia não foi equacionada sob tal ângulo. A partir do entendimento de que a incidência do imposto sobre a renda, na modalidade do desconto na fonte, considerado o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base, isto tendo em vista a situação jurídica do sócio cotista, do acionista ou do titular da empresa individual, não se enquadra no disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional, concluiu-se pela inobservância da regra insculpida no artigo 146 da Constituição Federal, no sentido de o fato gerador ser previsto não em lei comum, mas em lei complementar. A referência à norma do Código Tributário Nacional - e, portanto, o cotejo do disposto no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 com o que nela se contém - fez-se no mundo dos fatos para saber-se da compreensão, ou não, no âmbito da primeira, do fato gerador revelado na segunda. Em síntese, mediante o mecanismo, buscou-se elucidar se o artigo 43 do Código Tributário Nacional, no que preceitua como fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou

RE 172.058-1 SC

de proventos, alberga, ou não, o imposto sobre a renda na fonte, relativamente às situações jurídicas do sócio cotista, do acionista ou do titular da empresa individual frente ao lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. O caso resolve-se não sob o ângulo da harmonia ou conflito do citado artigo 35 com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, mas em face à regra inafastável da alínea "a" do inciso III do artigo 146 da Carta Política da República, segundo a qual cabe à lei complementar a definição de tributos e espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes. Não vinga, assim, o que articulado pela União, muito embora formalizado a partir de lição, a toda evidência inadequada à espécie, do inigualável José Afonso da Silva.

O deslinde da controvérsia, ou seja, a definição quanto à consonância, ou não, do texto do artigo 35 da Lei nº 7.713/88 com a alínea "a" do inciso III do artigo 146 da Lei Maior, pode ser sintetizada em uma indagação: a incidência do imposto sobre a renda na fonte, presentes as situações do sócio cotista, do acionista ou do titular da empresa individual e considerado o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base escora-se em disponibilidade econômica ou jurídica daqueles que se tem como favorecidos?

A leitura do teor do artigo 43 do Código Tributário Nacional revela que o fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos. Assim, há de se perquirir o alcance da expressão "aquisição da

RE 172.058-1 SC

disponibilidade econômica ou jurídica de renda". Sob o ângulo vernacular, disponibilidade é a qualidade do que é disponível (Caldas Auletto). No "Novo Dicionário Aurélio", diz-se da faculdade de dispor dos bens, aludindo-se ao fato destes encontrarem-se desimpedidos, desembaraçados, passíveis até mesmo de serem transferidos para o patrimônio de terceiro. Sob o prisma jurídico, Humberto Piragibe Magalhães e Christovão Piragibe Tostes Malta consignam a possibilidade de dispor (Dicionário Jurídico. Edições Trabalhistas. Terceira edição). Já De Plácido e Silva assevera que, sob a vertente do direito civil, o vocábulo "disponibilidade" indica a qualidade daquilo de que se pode dispor, em virtude do que se diz que é alienável. Sob o aspecto econômico e financeiro, ressalta que "exprime o vocábulo a soma de bens de que se pode dispor, sem qualquer ofensa à normalidade dos negócios de uma pessoa". A partir dessas concepções é que se constata, no Código Civil, a regra segundo a qual a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua - artigo 524. Tendo em vista o teor desse artigo, Washington de Barros Monteiro ensina que o direito de dispor consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la a outrem - Curso de Direito Civil, Edição Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 1961, página 90.

Ora, a ordem jurídica revela-nos que a aquisição da disponibilidade, quer econômica ou jurídica dos lucros líquidos das pessoas jurídicas não ocorre, quanto ao sócio cotista e aos acionistas, na data da apuração, ou seja, do encerramento do período-base. É que a legislação vigente - Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1986 - afasta a automaticidade

RE 172.058-1 SC

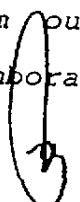
indispensável a que se possa cogitar da aquisição da disponibilidade. À assembléia geral ordinária das sociedades anônimas compete deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos (inciso II do artigo 132), sendo que, juntamente com as demonstrações financeiras do exercício, os órgãos da administração da companhia apresentarão à assembléia geral ordinária proposta sobre a destinação acertada ao lucro líquido do exercício (artigo 192). Sendo retirados cinco por cento e o máximo de vinte por cento do capital social para a constituição da reserva legal (artigo 193), pode a assembléia geral deliberar reter parcela do lucro líquido do exercício previsto em orçamento de capital por ela previamente aprovado (artigo 196), notando-se que, no campo do dividendo obrigatório, alude-se ao comprometimento de metade do lucro líquido do exercício, diminuído ou acrescido de certos valores (artigo 202).

Pois bem, diante do contexto legal supra, impossível é dizer da aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionistas com a simples apuração, e na data respectiva, do lucro líquido pelas pessoas jurídicas. O encerramento do período-base aponta-o, mas o faz relativamente a situação que não extravasa o campo de interesses da própria sociedade. Ocorre, é certo, uma expectativa, mas, enquanto simples expectativa, longe fica de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional como fato gerador. Uma coisa é a incidência do imposto de renda sobre o citado lucro e, portanto, a obrigação tributária da própria pessoa jurídica. Algo diverso é a situação dos sócios, no que não passam, com a simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base, a ter

RE 172.058-1 SC

a disponibilidade reveladora do fato gerador. Imagine-se, apenas para exemplificar, quadro em que a assembléia de acionistas, respeitado o percentual alusivo aos dividendos obrigatórios, resolva promover investimentos. Descabe, na hipótese, partir para o campo da presunção, equiparando a apuração do lucro líquido à distribuição deste, ou mesmo, à aquisição da disponibilidade pelos sócios. É que o recurso a tal método normativo - da presunção legal - pressupõe harmonia com os princípios norteadores do direito, especialmente do direito constitucional e, mais do que isso, também com os princípios lógicos da identidade, não-contradição e do terceiro excluído. Os lucros apurados em balanço de pessoa jurídica integram o patrimônio desta e não dos sócios, já que estes, considerados isoladamente, deles não dispõem, quer sob o ângulo econômico, quer, até mesmo, sob o jurídico.

Outro não é o entendimento da melhor doutrina. Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto e Hian de Porto Alegre Muniz, aludindo à natureza das coisas, informam que não se pode cogitar do fato gerador do imposto sobre a renda com base no lucro líquido das pessoas jurídicas se os sócios destas não tem o "poder de dispor, ou seja, não contam ainda com os atributos necessários para acionar a faculdade de dar ao bem a utilidade que desejem. E arrematam "não há aquisição de disponibilidade de bem ou direito de que alguém não tenha a faculdade de usar, ou em relação ao qual não se esteja em condições de exercer os demais atributos do domínio". Elucidando a ambigüidade dos conceitos de disponibilidade econômica e jurídica, definem a primeira como a revelar que "alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito". A segunda configura-se quando o "titular pode, embora



RE 172.058-1 SC

não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, dele fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio, porque a lei ou o contrato lhe o permitem, mesmo sem que seja preciso ter a sua detenção material" (Caderno de Pesquisas Tributárias. Volume XI). No mesmo sentido, Antônio Manoel Gonzalez ressaltou que a disponibilidade jurídica "é o nascimento do direito a receber um crédito (receita a realizar)", enquanto a econômica "é a percepção efetiva do rendimento em dinheiro (receita realizada)" (obra citada, páginas 49 e 50). Carlos da Rocha Guimarães, no mesmo Caderno, aduz, à folha 77, que a aquisição da disponibilidade, quer sob o ângulo econômico ou jurídico do rendimento, há de estar assentada no poder daquele que se beneficiou do acréscimo patrimonial dele dispor efetivamente. Conforme exsurge da Lei das Sociedades Anônimas, a apuração, em si, do lucro líquido pela pessoa jurídica não revela a disponibilidade pelos sócios. No trabalho realizado para o Caderno de Pesquisas Tributárias, o referido tributarista alude a acórdão do Tribunal Federal de Recursos, da lavra do Ministro Justino Ribeiro, quando se decidiu que: "a disponibilidade econômica ou jurídica implica a possibilidade de entrega da coisa (artigos 675 e 676 do Código Civil), pressuposto indispensável à interpretação do artigo 43 do CTN". Esse acórdão foi atacado mediante recurso extraordinário, quando o Vice-Presidente do Tribunal Federal de Recursos, a seguir Ministro desta Corte - Aldir Passarinho -, teve-o como não enquadrado no permissivo constitucional, deixando a União de interpor agravo. Ainda no Caderno de Pesquisas, encontramos enfoque de Gustavo Miguez de Mello. Após ressaltar que a disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza constitui elemento essencial do fato gerador

RE 172.058-1 SC

do imposto de renda previsto na lei complementar - Código Tributário Nacional, artigo 43 - transcreveu lição de Bulhões Pedreira, consoante a qual "disponibilidade jurídica é a presumida por força de lei, que define como fato gerador do imposto a aquisição virtual, e não efetiva, do poder de dispor. A disponibilidade é virtual quando já ocorreram todas as condições necessárias para que se torne efetiva" (página 183). No caso, sem a deliberação da assembléia competente, não se pode cogitar da disponibilidade, sequer virtual, dos lucros apurados em balanço. Seguem-se, no citado Caderno, os pronunciamentos, em idêntico sentido, de Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins e José Eduardo Soares de Melo, valendo notar as palavras sempre oportunas do Mestre Rubens Gomes de Sousa em "Pareceres 3 - Imposto de Renda", Editora Resenha Tributária, São Paulo, página 277:

"O elemento essencial do fato gerador é a aquisição da disponibilidade de riqueza nova, definida em termos de acréscimo patrimonial.

.....

(...) a disponibilidade adquirida pode, nos termos da definição, ser "econômica" ou "jurídica" (CTN, art. 43, caput). A aquisição de "disponibilidade econômica" corresponde ao que os economistas chamam "separação" de renda: é a sua efetiva percepção em dinheiro ou outros valores (RIR, art. 498).

A aquisição de "disponibilidade jurídica" corresponde ao que os economistas chamam de "realização" da renda: é o caso em que embora o rendimento ainda não esteja "economicamente disponível" (isto é, efetivamente percebida), entretanto o beneficiário já tenha título hábil para percebê-la (RIR, art. 95, § 1º)."

A conclusão a que se chega é que, na verdade, o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, ao desprezar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica como fato gerador do

RE 172.058-1 SC

imposto sobre a renda, acabou por trazer à balha fato gerador diverso, ou seja, o consubstanciado na simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base. Ao fazê-lo, mostrou-se distanciado da regra que impõe, como veículo próprio à constituição quer de fato gerador, quer de base de cálculo dos tributos previstos na Carta Federal, a lei complementar.

Dir-se-á que, na espécie, a contribuinte é uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Essa circunstância não altera o julgamento deste recurso extraordinário. É que o vetusto e lacunoso Decreto nº 3.708/19, ao regular a constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, remete às normas das sociedades anônimas: *"serão observadas quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas"*.

Relativamente às sociedades por quotas, cumpre sempre perquirir, à luz do contrato social, a disciplina do lucro líquido. Prevista a imediata disponibilidade econômica ou mesmo jurídica ou, ainda, definição diversa a exigir a manifestação de vontade de todos os sócios, tem-se o fato gerador fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional. No caso, não se abre campo propício à aplicação da Lei das Sociedades Anônimas, porque sempre subsidiária, a depender do silêncio do contrato social e da compatibilização ante as regras mínimas constantes do Decreto 3.708/19.

Quanto ao titular de empresa individual, com a apuração do lucro líquido, exsurge a disponibilidade. É que a destinação depende somente dele, titular, confundindo-se as

RE 172.058-1 SC

vontades. O quadro sugere a despersonalização.

Diante das premissas supra, concluo:

a) o artigo 35 da Lei nº 7.713/88 conflita com a Carta Política da República, mais precisamente com o artigo 146, III, a, no que diz respeito às sociedades anônimas e, por isso, tenho como inconstitucional a expressão "o acionista" nele contida;

b) o artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é harmônico com a Carta, ao disciplinar o desconto do imposto de renda na fonte em relação ao titular de empresa individual, uma vez que o fato gerador está compreendido na disposição do artigo 43 do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar;

c) o artigo 35 da Lei nº 7.713/88 guarda sintonia com a Lei Básica Federal, na parte em que disciplinada a situação do sócio cotista, quando o contrato social encerra, por si só, a disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado. Caso a caso, cabe perquirir o alcance respectivo.

Esclareço que a razão de ser deste voto abrangente, embora a lide envolva tão-somente a situação jurídica de sociedade por quota de responsabilidade limitada, está na circunstância de a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade do artigo 35, tantas vezes referido, como um todo, ou seja, no que nele residem três normas diversas sobre a disciplina - é certo, sob a mesma inspiração - do desconto na fonte relativamente ao sócio cotista, ao acionista e ao titular da empresa individual. Assim, os limites da lide não revelam os parâmetros da atuação desta Corte, porque foram excedidos na prolação do acórdão atacado. Cabe, ultrapassada a barreira do conhecimento do extraordinário, avançar, em atuação

RE 172.058-1 SC

condizente com a atividade precípua que a Constituição Federal impõe ao Supremo - de Guarda Maior dela própria. Indaga-se: o que ocorrerá a não se entender dessa forma? Limitada a apreciação à parte envolvida na lide - desconto na fonte quanto aos cotistas - permanecerá sem o crivo do Supremo Tribunal Federal o provimento do Tribunal Regional Federal no que declarada, também, a inconstitucionalidade do artigo quanto ao acionista e ao titular da empresa individual. Cumpre, na espécie, construir, atento o Plenário ao princípio da razoabilidade.

Por tudo, provejo parcialmente este extraordinário. Havendo o Juízo e o Tribunal Regional Federal declarado a inconstitucionalidade linear do artigo 35, não tendo apreciado a causa considerado o contrato social da Recorrida, deixo de observar o verbete de nº 456 que integra a Súmula da jurisprudência predominante desta Corte, segundo o qual "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie". Faço-o em consideração ao devido processo legal, à defesa das partes, porquanto, até aqui, não dirimida a lide à luz do citado contrato. Baixem os autos à origem, para o julgamento cabível.

É o meu voto.



30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Senhor Presidente, estamos apreciando um recurso extraordinário em que se questiona a constitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713. Estou em que, na hipótese, seria de extrema dificuldade a declaração de inconstitucionalidade deste texto, porque também acompanho a linha segundo a qual o titular da empresa individual e o sócio quotista, pela natureza desse tipo de sociedade, não estariam sujeitos a essa condição da imposição dos 8% (oito por cento) da alíquota do Imposto de Renda, mas, na verdade, estaria a depender, no caso da sociedade por quota de responsabilidade limitada, da forma pela qual as cláusulas contratuais estariam redigidas e compostas.

Assim, Sr. Presidente, meu voto é no sentido de conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, para o efeito de declarar a constitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713, com exceção da expressão "o acionista", que a excluiu em face da inconstitucionalidade, tendo em vista a natureza jurídica do tipo de sociedade anônima.

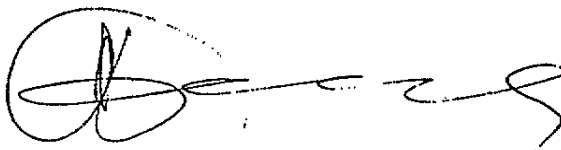
Com relação ao titular de firma individual tenho-a como absolutamente constitucional, em face também, de sua natureza, constituída de uma pessoa. Quanto ao sócio quotista

Supremo Tribunal Federal

RE 172.058-1 SC

1551

ou seja, da sociedade por quotas de responsabilidade limitada
dou a interpretação conforme, exatamente para que em cada caso
se examine se há ou não a participação do sócio nos resultados
do respectivo balanço de acordo com os seus respectivos atos
constitutivos.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'D' followed by a series of connected loops and a long horizontal stroke ending in a small hook.

Supremo Tribunal Federal

1552

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - O que estamos a dizer, na interpretação conforme da norma, a propósito da sociedade por cotas, revela de modo unívoco nosso pensamento sobre a sociedade anônima num extremo e a firma individual no outro.

Conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento.



0018040800
0437172050
0830213940

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade no dispositivo legal impugnado.

Considera ele como fato gerador do imposto de renda, o levantamento do balanço contábil, com a apuração do lucro do exercício social da empresa, para fim de recolhimento na fonte.

Impede que, por via de deliberação dos interessados, se protele a distribuição do lucro e, conseqüentemente, o recolhimento do tributo.

Dessa prática ruínosa para o Fisco não estão isentas, sequer as sociedades anônimas, em relação a seus acionistas minoritários, já que nada praticamente podem estes fazer para alterar a deliberação da maioria.

De outra parte, tratando-se de recolhimento na fonte, não há sentido em indagações relativas à configuração, ou não, no caso, de rendimento tributável, sendo certo que o recolhimento do tributo, nas condições previstas na lei, se faz, de um lado, sem desembolso do contribuinte de direito, e, do outro, sem qualquer ônus para a empresa, inexistindo interesse de qualquer das partes, a rigor, por isso, em sua impugnação.

Não vislumbro, pois, o alegado óbice de inconstitucionalidade, razão pela qual ousou discordar do eminente Relator.

* * * * *

7

0018040800
0437172050
0830315860

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINARIO NO 172.058-1 SANTA CATARINAV O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica (CTN, art. 43). A disponibilidade econômica significa a obtenção de renda, signidica ingresso real no patrimônio da pessoa, de moeda ou seu equivalente, ou a possibilidade de a pessoa dispor da renda. Já a disponibilidade jurídica significa ou traduz a possibilidade, tendo em vista disposições jurídicas ou contratuais, de o sujeito dispor de uma renda posta a sua disposição. Segundo Modesto Carvalhosa, citado por Henry Tilbery, seria a "a outorga efetiva de direitos creditícios que representam acréscimo patrimonial." (Henry Tilbery, "Direito Tributário", 3ª ed., 1975, pág. 87). É de Henry Tilbery a lição: "A disponibilidade jurídica de acordo com o dispositivo citado ocorre desde o momento em que o beneficiário, pessoa física, estiver em condições de exigir o pagamento, por exemplo, quando for-lhe creditado por pessoa jurídica. Entendemos, porém, que deve haver um crédito identificado a favor do benefício: a inclusão da despesa aproximada ou estimada dentro de uma "Provisão", coletivamente com outros itens, ainda não coloca a receita à disposição do eventual beneficiário." (Ob. cit., p. 92). Quer dizer, a renda deverá estar à disposição da pessoa (a pessoa adquiriu o direito à renda), certo que "a aquisição desse direito" deve assumir "a forma de faculdade de adquirir disponibilidade econômica,

0018040800
0437172050
0830415650

mediante a simples tomada de iniciativa ou a prática de atos que estejam no âmbito do arbítrio do interessado, a qualquer momento; em outras palavras, a disponibilidade jurídica não ocorre apenas com o aperfeiçoamento do direito à percepção do rendimento, sendo, mais do que isso, configurada somente quando o seu recebimento em moeda ou quasi-moeda dependa somente do contribuinte." (Gilberto de Ulhôa Canto, "A Aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto de Renda", em "Estudos Sobre o Imposto de Renda", em memória de Henry Tilbery, Ed. Res. Tribut., São Paulo, 1994, pág. 40).

Posta assim a questão, examinemos o que dispõe o art. 35 da Lei 7.713 de 1988:

"O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base".

A lei estabelece, portanto, como fato gerador, o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data de encerramento do período-base.

De pronto verifica-se com relação às sociedades anônimas, que não seria possível estabelecer, in abstracto, essa possibilidade. É que, na sociedade anônima, a distribuição de lucros, segundo as leis comerciais, é dependente principalmente da manifestação da assembléia geral. A lei, no

Supremo Tribunal Federal

RE 172.058-1 SC

1556

particular, referentemente à sociedade anônima, é inconstitucional.

Agora, vejamos se esta inconstitucionalidade ocorre referentemente ao sócio cotista ou ao titular da empresa individual — sócio cotista numa sociedade por cota de responsabilidade limitada. Nestes dois casos, a solução da questão depende do exame do contrato. Casos haverá em que a disponibilidade econômica do lucro líquido apurado é posta, expressamente, no contrato. Nestes casos, não haveria inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88..

De modo, Sr. Presidente, que a solução, ao que penso, a ser adotada, é aquela que o Supremo Tribunal Federal, já por mais de uma vez, adotou: a tese da inconstitucionalidade formal, considerada a lei em termos abstratos; e da inconstitucionalidade material, ou seja, a inconstitucionalidade no caso concreto. Noutras palavras: uma lei, in abstracto, é constitucional; todavia, a sua aplicação, in concreto, pode resultar em inconstitucionalidade.

Então, no caso, in abstracto, a lei é constitucional, referentemente ao sócio cotista ou a titular de empresa individual. Poderá ser inconstitucional a sua aplicação, dependendo do que estiver disposto no contrato social.

Destarte, Senhor Presidente, divido a questão em duas partes: a) referentemente aos acionistas das sociedades anônimas; b) relativamente ao sócio-quotista e ao titular de

Supremo Tribunal Federal

RE 172.058-1 SC

1557

empresa individual. No que concerne aos acionistas das sociedades anônimas, o meu voto acompanha o do Sr. Ministro Relator, declarando a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713, de 1988. No que toca ao sócio-quotista e ao titular de empresa individual, a questão dependerá do exame de cada caso, ou do caso concreto. No particular, o Sr. Ministro Relator alterou o seu voto para decidir neste mesmo sentido: exame do caso concreto, sendo constitucional o art. 35 da Lei 7.713/88, considerado em abstrato. Isto tendo ocorrido, acompanho S.Exa. também nesta segunda parte.

Em síntese, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

juízo

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Sr. Presidente, penso que o conceito de renda está a depender do ingresso do direito respectivo no patrimônio do credor. Não pode haver imposto sobre renda alheia e, com relação aos acionistas, pelo menos enquanto não se faz a destinação do lucro, esse imposto incide sobre renda alheia, isto é, sobre a da sociedade anônima, não podendo, penso eu, também se pretender a desconsideração de personalidade jurídica, numa hipótese onde não se cogita da prática de fraude tributária.

Por isso, quanto aos acionistas, isto é, no caso das sociedades anônimas, em que a destinação dos dividendos está na dependência direta da lei, penso ser irrecusável a conclusão do eminente Relator.

Também no tocante às sociedades limitadas, quando fica a determinação do momento do ingresso da renda, no patrimônio dos sócios, a depender da previsão estatutária e, por fim, em relação às pessoas físicas, a contemplação delas, como pessoas jurídicas, seria simplesmente uma ficção, sem base na realidade econômica.

Estou de inteiro acordo com o eminente Relator, para conhecer do recurso e dar-lhé parcial provimento.

O. GalloTTi

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: -

Sr. Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro ILMAR GALVÃO, acompanho o Relator que reajustou seu voto ao do Sr. Ministro MAURÍCIO CORRÊA. No caso do titular da empresa individual é óbvio que, no momento em que se lhe apura o lucro, o imposto de renda incide.

Quanto ao sócio quotista, a apuração de seu crédito vai depender do que se dispuser no contrato. Pode ser que este determine que o lucro tenha uma certa destinação, ao invés da imediata distribuição, segundo as quotas dos sócios. Se o contrato previr distribuição imediata, ou seja, em seguida à apuração, então, sim, o tributo incidirá desde logo.

Assim, somente ao ensejo do exame dos casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade, é que poderá o Judiciário decidir se o imposto é exigível, ou não.

Quanto ao acionista, parece-me, também, que, pela natureza jurídica e pelo tratamento legal da sociedade anônima, a distribuição dos dividendos depende sempre de deliberação da Assembléia, que pode ocorrer, ou não, inclusive após o encerramento do período-base. Então, só depois dessa deliberação é que se há um direito, se há um crédito líquido do acionista, sujeito à exação.

Em tais circunstâncias, no dispositivo legal em questão considero inconstitucional a expressão "o acionista". Tenho por constitucional a norma, quanto ao titular da empresa individual. E, no que concerne ao sócio quotista, com a

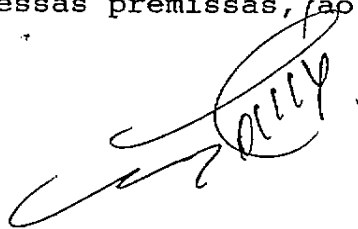
Supremo Tribunal Federal

RE 172.058-1 SC

1560

interpretação conforme que também adoto, remeto a solução da questão ao exame de cada caso concreto.

Acompanho, pois, o Relator com a devida vênia do Sr. Ministro ILMAR GALVÃO, conhecendo do recurso e lhe dando provimento em parte, para assim resolver a questão relativa à constitucionalidade, ou não, e remetendo a solução do caso concreto, segundo essas premissas, ao Tribunal de origem.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ilmar Galvão', is written over the end of the text. The signature is stylized and includes a large circular flourish.

Supremo Tribunal Federal

234

1561

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

VOTO

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: - Sr. Presidente, já participei intensamente dos debates no início desta Sessão. E a solução para qual a Corte se está inclinando, adotada também pelo eminente Relator, foi justamente aquela que sugeri quando votava o eminente Ministro Maurício Corrêa. Conseqüentemente, estou de acordo com o eminente Relator, conhecendo do recurso.



0018040800
0437172050
0830715450

30/06/95

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)

- De minha parte, quero assinalar, de logo, um importante marco na jurisprudência do Tribunal quanto ao âmbito de devolução da questão constitucional envolvida no recurso extraordinário.

No Mandado de Segurança 20.505, Relator o Sr. Ministro Néri da Silveira (S. Exa., vencido, no particular), publicado em Lex 159/90, o que o Tribunal entendeu foi de afastar, com relação exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal atento a sua função básica de guarda da Constituição, o requisito, para o controle incidente, da subsidiariedade ou da necessidade de solução, do problema constitucional, o dogma básico das fontes americanas, segundo o qual não se enfrenta a questão constitucional, quando ela não seja estritamente necessária à decisão do caso concreto. Entendeu-se, então, com apenas relação ao Supremo Tribunal - seja por sua função constitucional básica, seja pela acumulação nula do papel de cúpula da jurisdição constitucional difusa com a exclusividade da jurisdição constitucional concentrada de controle abstrato -, que, não obstante a causa se pudesse decidir por um fundamento infraconstitucional, uma vez argüida a inconstitucionalidade da lei, o Supremo teria de começar por examiná-la.



Hoje, foi-se além disso; o que está subjacente à decisão já tomada pelos votos precedentes é que, declarada a inconstitucionalidade total de um dispositivo legal, a questão da inconstitucionalidade desse dispositivo, com todas as normas parciais nele contidas, devolve-se inteira ao Supremo Tribunal uma vez conhecido o recurso extraordinário pela letra "b", ainda que à solução do caso concreto bastasse resolver sobre parte do preceito cogitado.

Por isso, acabamos por declarar inconstitucional uma parte relativa à tributação dos acionistas e constitucional outra, relativa a dos titulares de empresas individuais que, a rigor, não seriam necessárias à decisão da espécie.

No mérito, também acompanho o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, conforme reajustado à vista da discussão anterior. Logo após o voto primitivo de S. Exa., para a condução dos debates, situei as três questões contidas neste dispositivo da lei, que contém três formas distintas.

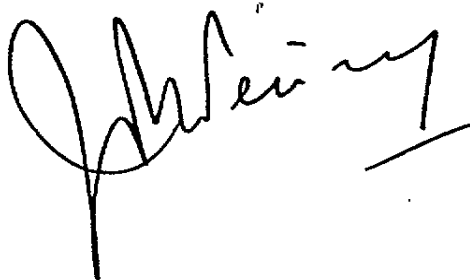
Pareceu-me, de fato, que com relação a sociedade por ações, sem indagar das potencialidades de elisão geradas, não há como fugir à evidência de que o regime normal das sociedades anônimas é o da destinação dos lucros, conforme deliberação majoritária da Assembléia Geral, órgão da sociedade anônima, sem exigência de acordo unânime dos acionistas. O que há, na sociedade anônima, para conter as possibilidades de fuga ao tributo é a tributação, como lucro da sociedade anônima, da parte dos resultados do exercício aplicadas em reservas facultativas.



Com relação ao titular de empresa individual, é claro que depende exclusivamente da sua vontade individual o destino dado ao lucro, o que mostra claramente que ele tem total disponibilidade do lucro apurado: indiscutível a incidência tributária imediata.

Com relação ao cotista, que é a única norma de relevo para o caso, também estou de acordo em que não há inconstitucionalidade a declarar, em tese. Na hipótese da sociedade por cotas a lei, em princípio, será constitucional, salvo naquela em que, seja por norma expressa do contrato social, seja pela aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas, a destinação do lucro líquido penda de decisão de um órgão societário e não da vontade individual de cada cotista, ou de todos os cotistas.

Por isso, o meu voto coincide com o do eminente Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, em parte.



30.6.1995


TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 172.058-1-SANTA CATARINA**EXPLICAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, integra a Súmula da Corte um verbete, o de nº 456, segundo o qual o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julga a causa, aplicando a lei à espécie.

O verbete pressupõe o julgamento da lide, consideradas as peculiaridades exsurgidas nas instâncias anteriores, o que não ocorre no caso dos autos. O Juízo declarou linearmente inconstitucional o artigo 35, e o Regional confirmou essa decisão. Por isso, entendo que a solução mais adequada para a hipótese concreta é a baixa dos autos para julgamento da lide, assentados os contornos quanto à inconstitucionalidade.

Revelo minha fé inquebrantável numa evolução da Corte no tocante à formalização dos acórdãos relativos a esses grandes casos. Espero que este processo baixe, pelo menos, até o final do semestre vindouro.



PLENARIO

1566

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 172.058-1.
ORIGEM : SANTA CATARINA
RELATOR : MIN. MARCO AURELIO
RECTE. : UNIAO FEDERAL
ADV. : PFN - CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR
RECDO. : LAMINADOS ARAUCARIA LTDA
ADVS. : AIRTON LUIZ ZOLET E OUTROS

Decisão: Por unanimidade de votos, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do recurso extraordinário. 2ª Turma, 25.4.95.

Decisão: Por unanimidade de votos, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário. Decidindo a questão prejudicial da validade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, nele, declarou-se a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista" e a constitucionalidade da expressão "o titular de empresa individual". Quanto às palavras "o sócio cotista", o Tribunal declarou sua constitucionalidade, salvo quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deu-se, provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal a quo, a fim de que o decida, conforme o julgamento de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto. Vencido, em parte, o Ministro Ilmar Galvão, que declarava a constitucionalidade integral do dispositivo questionado. Votou o Presidente. Falou: pela recorrente, a Dra. Sílvia Maria Carneiro Ribeiro, Procuradora da Fazenda Nacional, e pela recorrida, o Dr. André Martins de Andrade. Plenário, 30.06.95.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


LUIZ TOMIMAPSU
Secretário