

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

RECUO IMPOSTO PELO PODER PÚBLICO

Recurso RE 172.058-
Tribunal STF
Relator Marco Aurélio

TRIBUTAÇÃO DO SÓCIO-QUOTISTA E TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL — ART. 35 DA LEI 7.713/88 - CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DO QUE ESTIVER DISPOSTO NO CONTRATO

RESUMO

DO RELATÓRIO - O acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em ação sob o procedimento ordinário, reportando-se ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado na AC nº 32.7568-CE, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88. - Daí o recurso extraordinário, interposto pela Fazenda Nacional, fundado no art. 102, III, b, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que a questão já foi decidida pelo STF, no RE nº 172.058-SC, Rel. Min. Marco Aurélio, no sentido de que, em relação aos cotistas, o art. 35 da Lei nº 7.713/88 está em harmonia com a Constituição Federal, quando se comprova que o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado. Portanto, o acórdão recorrido só poderia declarar a inconstitucionalidade do referido artigo se tivesse analisado o contrato social da empresa. - - É o relatório. DO VOTO - No julgamento do RE nº 220.053-PR, por mim relatado, proferi o seguinte voto: "O Tribunal Federal da 4ª Região declarou a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, o que importa, concluiu, "em que é indevida a tributação do sócio pelo lucro líquido não distribuído". - O Supremo Tribunal Federal, todavia, julgando o RE nº 172.058-SC, decidiu que, no tocante ao acionista de sociedade anônima, o citado dispositivo, art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, é inconstitucional. Entretanto, quanto ao sócio-quotista e ao titular da empresa individual, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é, em abstrato, inconstitucional. Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato. Por isso, o Supremo Tribunal Federal, no citado RE nº 172.058-SC, concluiu por dar provimento ao RE, em parte, "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". Proferi, na oportunidade do julgamento do mencionado RE nº 172.058-SC, o seguinte voto: '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, significa 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., pág. 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, 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 quase-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 nº 7.713 de 1988: "O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa

EMENTA

No tocante ao acionista de sociedade anônima, é inconstitucional o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente, da manifestação da assembléia-geral. Não há falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista e ao titular de empresa individual, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é, em abstrato, inconstitucional (constitucionalidade formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material). - Precedente do STF: RE nº 172.058-SC, Plenário, 30.06.1995.