



04/02/2019

SEGUNDA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 307.220 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
EMBTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
EMBDO.(A/S) : **MASSA FALIDA DO BANCO DO PROGRESSO S/A**
ADV.(A/S) : **RAFAEL FRATTARI BONITO E OUTRO(A/S)**

Embargos de declaração no recurso extraordinário. 2. Direito Tributário. 3. Restituição de valores recolhidos a título de imposto de renda sobre o lucro líquido. 4. RE 172.058, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.10.1995. 5. Sócio cotista. Art. 35 da Lei 7.713/88. Constitucionalidade. 6. Acionista. Art. 35 da Lei 7.713/88. Inconstitucional 7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para julgar parcialmente procedente o recurso extraordinário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Edson Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 14 de dezembro a 1º de fevereiro de 2019

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente



04/02/2019

SEGUNDA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 307.220 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
EMBTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
EMBDO.(A/S) : **MASSA FALIDA DO BANCO DO PROGRESSO S/A**
ADV.(A/S) : **RAFAEL FRATTARI BONITO E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão desta Segunda Turma que acolheu os embargos de declaração no segundo agravo regimental no recurso extraordinário para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Confira-se a ementa do referido julgado:

“Embargos de declaração no segundo agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Inequívoco prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos como violados. 3. Pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à inconstitucionalidade do art. 35 da Lei n. 7.713. 4. Embargos de declaração acolhidos”. (fl. 243)

Nos presentes embargos, aponta-se a ocorrência de omissão, ao argumento de que o pedido formulado no RE não se adequaria integralmente à jurisprudência do STF firmada no julgamento do RE 172.058.

A embargante alega que o contribuinte busca a restituição do tributo recolhido pelo Banco Progresso S/A (sociedade anônima) e pela Distribuidora Progresso de Título e Valores Mobiliários Ltda. (sociedade por cotas).

Sustenta ainda que o STF, ao julgar o RE 172.058, Rel. Min. Marco Aurélio, teria fixado dois pontos distintos que interessam para a solução da presente lide, quais sejam: a) quando se tratar de sócio cotista



RE 307220 ED / MG

(sociedade por cotas), o art. 35 da Lei 7.713/88 será constitucional, b) quando se tratar de acionista (sociedade anônima), o art. 35 da Lei 7.713/88 é inconstitucional.

Dessa forma, aduz que o provimento do RE deveria ser apenas parcial, esclarecendo-se que os valores recolhidos pela Distribuidora Progresso de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. não poderiam ser restituídos ou compensados, haja vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88 com relação aos sócios cotistas.

Por fim, aponta a ausência de prequestionamento.

Intimada, a parte embargada apresentou contrarrazões (fls. 260-263).

É o relatório.



04/02/2019

SEGUNDA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 307.220 MINAS GERAIS**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessária uma breve digressão sobre os fatos.

Na origem, trata-se de ação de repetição de indébito tributário ajuizada pelo Banco Progresso S/A, sucessor da Distribuidora Progresso de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., buscando a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de imposto de renda sobre o lucro líquido nos meses de abril de 1990, abril de 1991 e novembro de 1991.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação (fls. 48-67), declarando a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, que assim dispunha:

“Art. 35. 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”.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento à apelação interposta pela Fazenda Nacional, ao fundamento de que o referido dispositivo legal não padeceria de qualquer inconstitucionalidade, motivo pelo qual a exação seria legítima (fl. 87).

Interposto recurso extraordinário, os autos foram inicialmente distribuídos à relatoria do Min. Peluso que, inicialmente, negou provimento ao apelo em virtude da ausência de prequestionamento (fl. 101). Interposto agravo regimental, o então relator reconsiderou a decisão de fl. 101 e deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de primeiro grau (fls. 134-136).

Interposto agravo regimental, agora pela Fazenda Nacional, o Min. Cezar Peluso reconsiderou novamente a decisão e entendeu que seria

**RE 307220 ED / MG**

caso de negar provimento ao apelo extremo, ante a ausência de prequestionamento (fls. 152-154).

Mais uma vez, a Massa Falida do Banco Progresso S/A interpôs agravo regimental, o qual teve o provimento negado pela Segunda Turma desta Corte (fls. 196-201).

Foram então opostos embargos de declaração pela Massa Falida do Banco Progresso S/A.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em virtude de substituição (fl. 230).

A Segunda Turma acolheu os embargos de declaração para superar a questão do prequestionamento e dar provimento ao recurso extraordinário e restabelecer a sentença de primeiro grau.

Daí os presentes aclaratórios, nos quais a União aponta a ocorrência de omissão, haja vista que o STF teria determinado soluções diferentes com relação ao recolhimento de imposto de renda em caso de sociedade anônima e sociedade por cotas.

Assiste razão à embargante.

Extrai-se dos autos que o contribuinte busca a restituição de tributo recolhido pelo Banco Progresso S/A nos meses de abril de 1990 e abril de 1991 e pela Distribuidora Progresso de Título e Valores Mobiliários Ltda. nos meses de abril de 1990, abril de 1991 e novembro de 1991 (fl. 10).

De fato, o Plenário desta Corte ao julgar o RE 172.058, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.10.1995, determinou que, no tacante ao sócio cotista, o art. 35 da Lei 7.713/88 é constitucional. Já, no que se refere ao acionista, o referido dispositivo é inconstitucional. A esse propósito cito trecho da ementa:

“(…) 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

**RE 307220 ED / MG**

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".

Ademais, acrescente-se que para entender de forma diversa no que se refere aos sócios cotistas, seria necessário examinar o contrato social, providência vedada no âmbito do recurso extraordinário a teor do disposto na Súmula 279 do STF.

Feitas essas considerações, entendo que apenas é devida a restituição do tributo recolhido pelo Banco Progresso S/A.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para julgar parcialmente procedente o recurso extraordinário, restabelecendo-se os termos da sentença somente no que se refere à restituição do tributo recolhido pelo Banco Progresso S/A.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 307.220

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

EMBTE.(S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (00000/DF)

EMBDO.(A/S) : MASSA FALIDA DO BANCO DO PROGRESSO S/A

ADV.(A/S) : RAFHAEL FRATTARI BONITO (75125/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para julgar parcialmente procedente o recurso extraordinário, restabelecendo-se os termos da sentença somente no que se refere à restituição do tributo recolhido pelo Banco Progresso S/A, tudo nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.12.2018 a 1.2.2019.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel
Secretário