

Ministro Herman Benjamin

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 410.213 - SC (2004/0069646-4)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Embargante: Tadeu Adada

Advogados: Rafael de Assis Horn e outros

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Imposto de Renda. Não-retenção e não-recolhimento pela fonte. Responsabilidade do contribuinte.

1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que não exclui a responsabilidade do contribuinte, que aufera a renda ou o provento, pelo imposto devido, no caso de não-retenção pela fonte) e o acórdão paradigma (que exclui a responsabilidade do contribuinte pelo recolhimento do Imposto de Renda, na hipótese de não-retenção pela fonte) aplicasse o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido da decisão recorrida.

2. “Esta Primeira Seção firmou o entendimento de que, mesmo em face da responsabilidade da fonte pagadora pelo recolhimento do IRPF incidente sobre as verbas trabalhistas recebidas em cumprimento de decisão judicial, o contribuinte não deixa de ser também responsável para tanto, uma vez que, ante a inércia da fonte pagadora, deve informar em sua declaração de ajuste anual os valores recebidos e, caso não o faça, será o sujeito passivo da exação.” (AgRg nos EREsp n. 413.106-SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 23.10.2006). “A responsabilidade do contribuinte só seria excluída se houvesse comprovação de que a fonte pagadora reteve o imposto de renda a que estava obrigado, mesmo que não houvesse feito o

recolhimento.” (EREsp n. 644.223-SC, Rel. Ministro José Delgado, DJ 20.02.2006).

3. Embargos de divergência não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos Embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006 (Data do Julgamento)

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministro Herman Benjamin, Relator

Publicado no DJ de 1º.10.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Trata-se de Embargos de Divergência interpostos em face de acórdão relatado pelo eminente Ministro Teori Zavascki, assim ementado (fl. 174):

“Tributário. Imposto de Renda retido na fonte. Importâncias pagas em decorrência de acordo trabalhista. Natureza remuneratória. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Fonte pagadora.

1. O recebimento de horas-extras em virtude de acordo firmado em sede de reclamatória trabalhista não se insere no conceito de indenização, mas sim de complementação salarial, tendo caráter nitidamente remuneratório, motivo pelo qual enquadra-se no

conceito de fato gerador previsto no art. 43, I, do CTN.

2. O art. 45, parágrafo único, do CTN, define a fonte pagadora como sendo o sujeito passivo pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre verbas passíveis de tributação.

3. A permissão para que seja eleito como responsável tributário aquele que não se reveste da condição de contribuinte, desde que tal obrigação decorra de expressa disposição de lei, foi prevista no art. 121, parágrafo único, inciso II, do Digesto Tributário.

4. Todavia, a lei não excluiu a responsabilidade do contribuinte que aufera a renda ou provento, que tem relação direta e pessoal com a situação que configura o fato gerador do tributo, que é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento e, portanto, guarda relação natural com o fato da tributação. Assim, o contribuinte continua obrigado a declarar o valor por ocasião do ajuste anual, podendo, inclusive, receber restituição ou ser obrigado a suplementar o pagamento. A falta de cumprimento do dever de recolher na fonte, ainda que impute a responsabilidade do retentor omissor, não exclui a obrigação do pagamento pelo contribuinte, que auferiu a renda.

5. Recurso especial desprovido.”

O embargante alega que há divergência com o entendimento da Segunda Turma (REsp n. 153.664-ES), para a qual “o responsável (...) se não reteve nem recolheu o tributo devido oportunamente, deve responder pelo seu pagamento porque a lei impôs esta obrigação; porém, como em verdade não assume a condição do contribuinte, titular da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, poderá, se assim lhe aprouver, exercer o direito de regresso.” (fl. 194).

Os Embargos foram admitidos pelo eminente Ministro Peçanha Martins (fl. 234), e impugnados (fls. 236-242).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Embora a lei imponha à fonte pagadora a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda, isso não exime o contribuinte de declarar ao Fisco as rendas e os proventos auferidos durante o exercício, quando do ajuste anual, apresentando também os valores retidos a título do tributo.

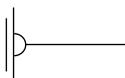
A não-retenção do imposto pela fonte pagadora tem inegável impacto no cálculo do tributo devido pelo contribuinte ou na restituição a que teria direito, quando da declaração anual, o que deixa clara a sua responsabilidade, na hipótese.

A Primeira Seção deste Tribunal já pacificou a questão neste sentido, com o qual se harmoniza a decisão recorrida, conforme as seguintes ementas referentes a acórdãos unânimes:

“Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência. Imposto de renda pessoa física. Incidência sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão da justiça do trabalho. Ausência de retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora. Impossibilidade de exclusão da responsabilidade do contribuinte. Orientação da Primeira Seção e de ambas as Turmas que a compõem. Inadmissão dos embargos. Súmula n. 168-STJ. Recurso desprovido.

1. Esta Primeira Seção firmou o entendimento de que, mesmo em face da responsabilidade da fonte pagadora pelo recolhimento do IRPF incidente sobre as verbas trabalhistas recebidas em cumprimento de decisão judicial, o contribuinte não deixa de ser também responsável para tanto, uma vez que, ante a inércia da fonte pagadora, deve informar em sua declaração de ajuste anual os valores recebidos e, caso não o faça, será o sujeito passivo da exação.

2. Não prospera a alegação do agravante de que o entendimento em questão somente se aplicaria aos fatos geradores ocorridos após a entrada em vigor da Lei n. 8.541/1992. Isso porque, conforme consignado no voto condutor dos embargos de declaração no recurso



especial, embora tenha havido menção às Leis n. 8.218/1991 e 8.541/1992, a conclusão do aresto embargado está fundada nos arts. 43 e 45 do Código Tributário Nacional e em reiterados julgados deste Sodalício.

3. Estando o acórdão objeto dos embargos de divergência em consonância com a orientação desta Primeira Seção e de ambas as Turmas que a compõem, correta é a aplicação da Súmula n. 168-STJ.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg nos EREsp n. 413.106-SC, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, Data do Julgamento 27.09.2006, Data da Publicação/Fonte DJ 23.10.2006, p. 242)

“Embargos de divergência Imposto de renda retido na fonte. Importâncias pagas em decorrência de sentença trabalhista. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Fonte pagadora. Contribuinte. Exclusão. Embargos de divergência não-providos.

1. Ainda que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto de renda incidente sobre valores decorrentes de sentença trabalhista, seja da fonte pagadora, devendo a retenção do tributo ser efetuada por ocasião do pagamento, tal fato não afasta a responsabilidade legal da pessoa beneficiária dos rendimentos. A responsabilidade do contribuinte só seria excluída se houvesse comprovação de que a fonte pagadora reteve o imposto de renda a que estava obrigado, mesmo que não houvesse feito o recolhimento.

2. Embargos de divergência aos quais se nega provimento.” (EREsp n. 644.223-SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, Data do Julgamento 12.12.2005, Data da Publicação/Fonte DJ 20.02.2006, p. 195)

Conforme disposto na ementa relativa ao EREsp n. 644.223-SC, a responsabilidade do contribuinte somente seria excluída na hipótese de comprovada retenção do imposto pela fonte pagadora, o que não é o caso.

Assim, o acórdão embargado harmoniza-se com o entendimento pacificado pela Primeira Seção.

Por tudo isso, *nego provimento aos Embargos de Divergência*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 636.302 - DF (2004/0007075-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Ronaldo Lázaro Tiradentes

Advogados: Osmar Velloso Tognolo e outro

Recorrido: Sociedade de Televisão Manauara Ltda

Advogados: Alexandre Kruel Jobim e outros

Recorrido: União

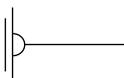
Interes.: Benjamin Bursztejn

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Concessão de serviços públicos de radiodifusão. Transferência de cotas. Alteração na gerência. Omissão do poder público. Impossibilidade de autorização tácita em razão de mudanças na administração da sociedade. Lei n. 4.117/1962 e Decreto n. 52.795/1963.

1. Por se tratar de atividade estratégica aos interesses nacionais, a exploração dos serviços de radiodifusão, exercida mediante concessão do Poder Público, é objeto de especiais controle e fiscalização pelo Estado, inclusive e principalmente, em relação às pessoas que exercem o comando econômico e gerencial das empresas concessionárias.

2. Licença-tácita e autorização-tácita configuram anomalia no quadro jurídico do Estado Social, instaurado pela Constituição Federal de 1988, pois implicariam delegação ou privatização indireta do poder de polícia, monopólio estatal.



3. Nesse sentido, a autorização tácita da transferência de cotas de sociedades concessionárias de serviços de radiodifusão, prevista na redação original do art. 38, parágrafo final, da Lei n. 4.117/1962, deve ser interpretada *cum grano salis*.

4. No presente caso, verificando-se que as mudanças promovidas na sociedade concessionária importavam alteração em seu controle e gerência, impossível afastar a exigência de autorização expressa por parte do poder concedente.

5. Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006 (Data do Julgamento)

Ministro João Otávio de Noronha, Presidente

Ministro Herman Benjamin, Relator

Publicado no DJ de 06.08.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto por Ronaldo Lázaro Tiradentes (fls. 647-654), admitido no feito como assistente litisconsorcial de Benjamin Bursztein (autor da ação ordinária). O recorrente pleiteia o reconhecimento da aprovação tácita de que cuida o art. 38, c, do Código Brasileiro de Telecomunicações, “tanto no que diz respeito à nova composição societária, quanto à indicação de novo gerente” (fl. 654).

Para melhor compreensão do caso em tela, faz-se necessária pequena

digressão.

O presente Recurso Especial foi interposto nos autos de ação ordinária proposta por Benjamin Bursztejn em face da União e da Sociedade de Televisão Manauara Ltda., em que requer o reconhecimento da validade de alteração contratual que admitira o autor como sócio e gerente da referida sociedade. Postula, ainda, a anulação dos atos praticados pelos outros sócios sem a anuência do autor, especialmente das alterações contratuais celebradas à sua revelia.

Alega o autor que, em 9 de dezembro de 1992, a Sociedade de Televisão Manauara Ltda. promoveu a “Quinta Alteração Contratual” (fls. 46-49). Por este ato, Benjamin Bursztejn era admitido na sociedade, sendo indicado para exercer o cargo de sócio-gerente, juntamente com o cotista Abdul Rasac Hauache Neto. Destaque-se que Benjamin Bursztejn passou a deter 50% das cotas sociais.

Em razão de se tratar de sociedade comercial concessionária de serviço de radiodifusão, as alterações contratuais sujeitavam-se à autorização do poder concedente, por meio do Ministério das Comunicações. Desse modo, foi solicitada, em 3 de fevereiro de 1993, autorização do Ministério para a admissão de novo sócio, transferência de cotas de capital e indicação de novo dirigente (fls. 51/52).

Narra o autor que, em 25 de setembro de 1995, o sócio-gerente Abdul Rasac Hauache Neto solicitou o arquivamento do processo que requeria a autorização da alteração contratual pelo poder concedente. Alega, porém, que o decurso do prazo de 90 dias sem manifestação do Ministério das Comunicações implicaria autorização tácita, nos termos do disposto no art. 38, c, da Lei n. 4.117/1962, em sua redação original.

“Art. 38. Nas concessões e autorizações para a execução de serviços de radiodifusão serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:

a) os diretores e gerentes serão brasileiros natos e os técnicos encarregados da operação dos equipamentos transmissores serão brasileiros ou estrangeiros com residência exclusiva no País

permitida, porém, em caráter excepcional e com autorização expressa do Conselho de Telecomunicações, a admissão de especialistas estrangeiros, mediante contrato, para estas últimas funções.

b) a modificação dos estatutos e atos constitutivos das empresas depende, para sua validade, de aprovação do Governo, ouvido previamente o Conselho Nacional de Telecomunicações;

c) a transferência da concessão, a cessão de cotas ou de ações representativas do capital social, dependem, para sua validade, de autorização do Governo após o pronunciamento do Conselho Nacional de Telecomunicações.

(Vetado).

O silêncio do Poder concedente ao fim de 90 (noventa) dias contados da data da entrega do requerimento de transferência de ações ou cotas, implicará na autorização.”

Em maio de 2000, o juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, “decretando a validade da 5ª alteração contratual da Ré Sociedade de Televisão Manauara Ltda. e a nulidade das alterações posteriores, firmadas sem a presença do autor” (fls. 257/266).

Após, sobreveio acórdão do Tribunal Regional da 1ª Região (fls. 364-378) que, por maioria, deu provimento à Apelação, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial. Posteriormente, a Turma, por maioria, negou provimento aos Embargos Infringentes opostos por Benjamin Bursztejn (fls. 436/451) e, em seguida, acolheu os Embargos Declaratórios para consignar que a autorização expressa do poder concedente é necessária apenas para que a alteração possa ser válida em relação a terceiros, não sendo alcançados pela decisão embargada os fundamentos e a validade do negócio jurídico particular celebrado entre as partes (fl. 597).

No dia 7 de junho de 2002, Benjamin Bursztejn atravessa petição (fls. 514/517) em que narra que negociara com Ronaldo Lázaro Tiradentes, em maio de 2000, a transferência das cotas sob litígio. Afirma que, apesar de o negócio ter sido celebrado com cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade, houve quebra de confiança por parte do cessionário, por

ter “exorbitado exageradamente dos poderes que lhe foram outorgados” (fl. 515). Informa, ainda, ter notificado o mandatário da revogação de todas as procurações anteriormente outorgadas. Na mesma petição, Benjamin Bursztejn requer a desistência do recurso interposto em seu nome, afirmando ter praticado ato incompatível com a vontade de recorrer, qual seja, a aceitação do valor depositado em sede de ação consignatória em que a Sociedade de Televisão Manauara Ltda. pretendia restituir-lhe as importâncias pagas pela aquisição das cotas, desfazendo o negócio jurídico.

Ocorre que, em 12 de junho de 2002, Ronaldo Lázaro Tiradentes ingressa no feito, afirmando ter celebrado com Benjamin Bursztejn contrato particular irretratável e irrevogável pelo qual adquiriu a totalidade de suas cotas do capital da Sociedade de Televisão Manauara Ltda, e requerendo sua admissão como assistente litisconsorcial (fls. 22/26 do apenso).

Em 13 de junho, a Ilustre Desembargadora Relatora admitiu a assistência litisconsorcial, sem a oitiva das rés (fl. 509).

Em 14 de junho, a Terceira Seção, por maioria, acolheu parcialmente os Embargos de Declaração já mencionados neste relatório, sem analisar o pedido de desistência formulado por Benjamin Bursztejn (fls. 592-595).

O Tribunal, após impugnação das partes, confirmou, em 28 de maio de 2003, a decisão que admitira Ronaldo Tiradentes como assistente litisconsorcial (fls. 72/78 do apenso).

O pedido de desistência foi julgado prejudicado, em decisão proferida em 29 de maio de 2003 (fl. 686).

Por derradeiro, registre-se que o presente Recurso Especial foi interposto pelo assistente litisconsorcial em 23 de setembro de 2002 (fl. 647), tendo como fundamento a negativa de vigência ao art. 38, c, da Lei n. 4.117/1962.

É o *relatório*.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin(Relator): Inicialmente, cumpre transcrever a ementa do acórdão do Tribunal Regional da 1ª Região,

desafiado pelo presente Recurso Especial:

“Processual Civil. Administrativo. Comercial. Direito societário. Embargos infringentes. Concessão de serviços públicos de telecomunicações. Transferência de cotas. Omissão do poder público. Impossibilidade de autorização tácita em razão de mudanças na administração da sociedade. Lei n. 4.117/1962 e Decreto n. 52.795/1963.

I - A autorização tácita, por parte do Poder concedente, em razão do transcurso de prazo legal sem manifestação (Lei n. 4.117/1962, art. 38, alínea c), não se aplica à presente hipótese, uma vez que a transferência de cotas acarretou modificação substancial na administração da empresa, com a inclusão de novo gerente.

II - A tese segundo a qual a indicação de gerente não passa de mera consequência da alteração das cotas, não prevalece *in casu*, em que se trata de concessão de serviços de telecomunicações.

III - A legislação atinente à espécie e o próprio instituto jurídico da concessão de serviços públicos privilegiam o controle, por parte do concedente, das mudanças ocorridas na administração da empresa concessionária, em prol do interesse público. Tal controle, que chega a aferir condições pessoais dos novos dirigentes, há que ser efetivamente exercido, de forma expressa.

IV - Embargos infringentes improvidos.”

A decisão atacada não merece reparos.

Por se tratar de atividade estratégica aos interesses nacionais, a exploração dos serviços de radiodifusão, exercida mediante concessão do Poder Público, é objeto de especiais controle e fiscalização pelo Estado, inclusive e principalmente, em relação às pessoas que exercem o comando econômico e gerencial das empresas concessionárias. Esse, no meu sentir, é o espírito que permeia a legislação pertinente à matéria. Tal convicção encontra amparo na redação do § 5º, do art. 222, da CF/1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 36/2002, que preconiza que “as alterações

de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional”.

Sob essa ótica deve ser interpretado o que dispunha, em sua redação original, o art. 38 da Lei n. 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que trata dos efeitos dos atos constitutivos das concessionárias junto ao Poder concedente. Transcrevo-o:

“Art. 38. Nas concessões e autorizações para a execução de serviços de radiodifusão serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:

a) os diretores e gerentes serão brasileiros natos e os técnicos encarregados da operação dos equipamentos transmissores serão brasileiros ou estrangeiros com residência exclusiva no País permitida, porém, em caráter excepcional e com autorização expressa do Conselho de Telecomunicações, a admissão de especialistas estrangeiros, mediante contrato, para estas últimas funções.

b) a modificação dos estatutos e atos constitutivos das empresas depende, para sua validade, de aprovação do Governo, ouvido previamente o Conselho Nacional de Telecomunicações;

c) a *transferência* da concessão, a *cessão* de cotas ou de ações representativas do capital social, dependem, para sua validade, de *autorização* do Governo após o pronunciamento do Conselho Nacional de Telecomunicações.

O silêncio do Poder concedente ao fim de 90 (noventa) dias contados da data da entrega do requerimento de transferência de ações ou cotas, implicará na autorização.”

Na linha do acima exposto, observa-se que *licença tácita e autorização tácita* (inclusive aquela de que tratava o parágrafo final do artigo 38) configuram verdadeira anomalia no quadro jurídico do Estado Social, instaurado pela Constituição Federal de 1988, pois implicaria delegação ou privatização indireta do poder de polícia, monopólio estatal. No caso dos autos, a dispensa de autorização expressa do poder concedente poderia,

contudo, ser explicada pelo fato de que meras transferências de ações ou cotas sociais não teriam repercussão nos desígnios da pessoa jurídica. Vale frisar que esse dispositivo, por encerrar exceção à autorização expressa (positiva), deve ser interpretado restritivamente, não abrangendo, pois, situações outras que venham burlar a necessidade da correspondente atuação estatal.

Nos autos, a situação narrada não enseja aplicação do dispositivo invocado, uma vez que não implica mera transferência de quotas, mas compra de metade da concessionária, inclusive com alteração de gerência. Torna-se evidente, até pela composição societária apresentada à autorização estatal, a mudança no controle da empresa, pois somente o sócio admitido deteria 50% por cento do capital social, enquanto os demais, quatro ao total, dividiriam as quotas restantes.

Ademais, como bem demonstrado no acórdão atacado, o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Decreto n. 52.795/1963) trazia, em seus artigos 14, 99 e 100, uma série de exigências a serem cumpridas pelos gerentes e administradores das empresas de radiodifusão, que visavam a aferir as condições pessoais dos novos dirigentes. Trata-se de mais uma evidência de que o controle estatal não poderia ser suprido pelo mero decurso do prazo, sob pena de se atribuir a particulares uma espécie de *autocontrole* ou *autofiscalização*.

Constatada, portanto, a alteração substancial nos atos constitutivos da concessionária em face da nova composição societária, que denota mudança nos seus controles econômico e administrativo, necessária a expressa autorização do poder concedente.

Ante o exposto, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É o voto.