

RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.003 - RS (2009/0194588-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MARCOPOLO S/A**
ADVOGADO : **DECIO FRIGNANI JUNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA RENDA. ARTS. 43, § 2º, DO CTN E 74 DA MP 2.158-35/2001.

1. A posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas está diretamente sob o controle da investidora (no caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda. Inteligência do art. 43, §2º, do CTN, e 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001. Precedentes: REsp. 983.134 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008; e REsp. 907.404 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007.

2. O STF está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, em razão da ADIn 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria-CNI, contudo, não havendo liminar, as normas permanecem em vigor.

3. O art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, não revogou o art. 25, §5º, da Lei n. 9.249/95, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior passam a ser considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual forem apurados.

4. Tema que difere daquele enfrentado no REsp. nº 1.211.882 - RJ.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha (voto-vista), Castro Meira, Humberto

Superior Tribunal de Justiça

Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 27 de setembro de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.003 - RS (2009/0194588-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MARCOPOLO S/A**
ADVOGADO : **DECIO FRIGNANI JUNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto com apoio no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado (e-STJ fls. 419/428):

IRPJ. CSLL. PREJUÍZO FISCAL. EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS ESTABELECIDAS NO EXTERIOR. COMPENSAÇÃO. EMPRESA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 25 DA LEI Nº 9.249/95. ART. 4º E §2º DO ART. 7º DA IN SRF Nº 213/02. VIGÊNCIA. O advento da MP nº 2.158-35/2001 não implicou revogação do art. 25 da Lei nº 9.249/95. Este último dispositivo trouxe nova disposição sobre a composição da base de cálculo dos tributos (IRPJ e CSLL), abrangendo, pois, a incidência ao lucro auferido pelas empresas situadas no exterior e que sejam coligadas ou controladas por empresas nacionais. A Medida Provisória somente veio a fixar de forma diferente o momento em que se considera auferido o lucro. O abatimento do prejuízo da empresa situada no exterior pode ser efetivando no seu próprio balanço, ou seja, com o lucro auferido também fora do Brasil, nos termos como disposto no §2º do art. 4º da IN SRF nº 213/02. Permite-se, assim, mesmo de forma indireta, à empresa brasileira refletir na sua escrita os prejuízos das empresas coligadas ou controladas estabelecidas no exterior e afasta-se, outrossim, qualquer risco de ofensa à Universalidade do imposto de renda (inciso I do §2º do art. 153 da CF/88). Não havendo autorização expressa para a pretensão da autora na legislação de regência dos tributos (IRPJ e CSLL), o Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes - art. 2º da CF/88.

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para esclarecer que, segundo a jurisprudência do STF, não há um conceito de renda estabelecido na Constituição e no CTN - RE n. 201.465-6/MG (e-STJ fls. 442/449).

Nas razões, sustenta a parte Recorrente, em síntese, que o acórdão negou vigência aos seguintes artigos: 43 e 110 do CTN; 25, § 5º, da Lei 9.249/95; 74 da MP 2.158-35/2001. Afirma possuir o direito de computar na base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, desde 2002, de forma integral, os valores referentes aos prejuízos - resultados negativos - apurados no exterior por

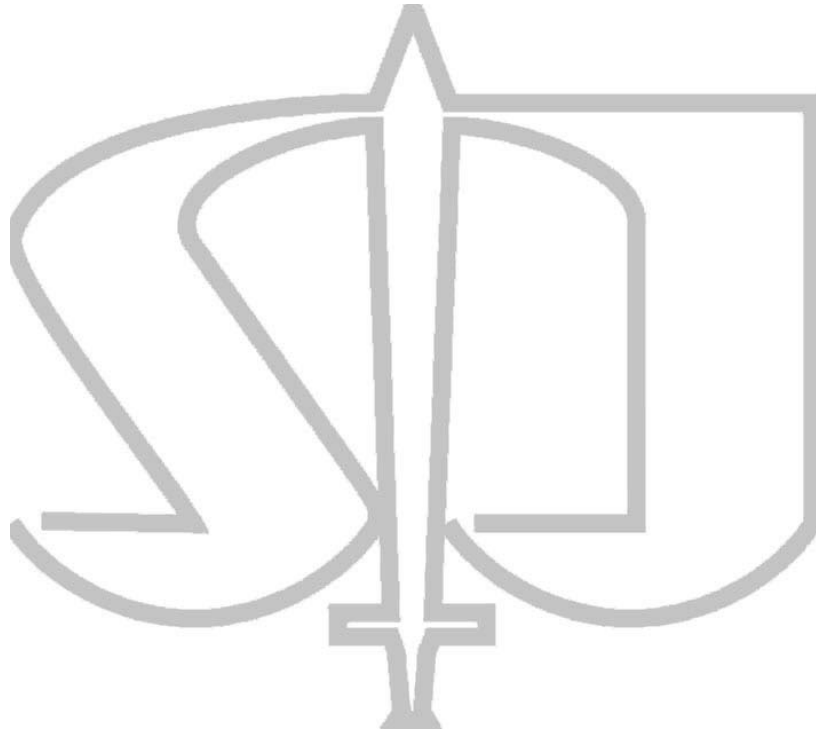
Superior Tribunal de Justiça

intermédio de suas empresas controladas e coligadas (e-STJ fls. 451/484).

Contra-razões nas e-STJ fls. 543/550.

O recurso foi regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 554/555).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.003 - RS (2009/0194588-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA RENDA. ARTS. 43, § 2º, DO CTN E 74 DA MP 2.158-35/2001.

1. A posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas está diretamente sob o controle da investidora (no caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda. Inteligência do art. 43, §2º, do CTN, e 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001. Precedentes: REsp. 983.134 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008; e REsp. 907.404 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007.

2. O STF está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, em razão da ADIn 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria-CNI, contudo, não havendo liminar, as normas permanecem em vigor.

3. O art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, não revogou o art. 25, §5º, da Lei n. 9.249/95, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior passam a ser considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual forem apurados.

4. Tema que difere daquele enfrentado no REsp. nº 1.211.882 - RJ.

5. Recurso especial não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): De início, declaro conhecer do recurso especial, visto que prequestionadas as teses que gravitam em torno dos dispositivos legais tidos por violados.

Outrossim, observo que o tema tratado no presente recurso especial em muito difere daquele tratado no REsp. nº 1.211.882 - RJ, de minha relatoria, onde se discute a legalidade da tributação pelo resultado positivo da equivalência patrimonial, registrado na contabilidade da empresa brasileira (empresa investidora), referente ao investimento existente em empresa controlada ou coligada no exterior (empresa investida), previsto no art. 7º, §1º, da Instrução Normativa SRF n. 213/2002.

O que se enfrenta aqui é a questão relacionada aos efeitos do art. 74, da Medida

Provisória n. 2.158-35/2001, que alterou o momento da disponibilidade para a controladora dos lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior. Passo ao exame.

Quanto ao mérito, a tese da contribuinte é a de que o art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, teria revogado parcialmente o art. 25, §5º, da Lei n. 9.249/95, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior passariam a ser considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados. A legislação citada assim estabelece:

LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995.

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

[...]

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste

artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

O art. 74 foi introduzido na 34ª reedição da Medida Provisória n. 2.158/2001, que foi publicada no D.O.U. de 28.7.2001, que alterou o momento da disponibilização dos lucros. Veja-se:

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35, DE 24 DE AGOSTO DE 2001.

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, **os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados**, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

No seu entender, essa alteração de critério temporal teve reflexo no próprio critério material da hipótese de incidência dos tributos IRPJ e CSLL, na medida em que permitiu a tributação por um lucro ou dividendo ainda não distribuído à controladora, de modo que não exauridos os prejuízos do exterior.

Sendo assim, a legislação deixou de tratar os rendimentos produzidos por empresas controladas e coligadas como rendimentos de terceiros, tributáveis pela empresa nacional apenas quando efetivamente adquirida a disponibilidade jurídica ou econômica (distribuição de dividendos), e passou a considerar tais rendimentos como se produzidos pela própria empresa nacional, adotando o que chamou de "critério de bases universais".

Desta maneira, afirma que, para a correção do sistema e adoção plena do "critério de bases universais", poderia deduzir diretamente da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pela investidora, os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas apurados pelas empresas coligadas ou controladas, tendo havido revogação tácita da vedação estabelecida no §5º, do art. 25, da Lei n. 9.249/95.

Sem razão a recorrente.

Superior Tribunal de Justiça

É necessário esclarecer que a empresa investidora, a empresa coligada e a empresa controlada estão submetidas a relações jurídico-tributárias distintas. Cada qual é tributada pelo IRPJ e pela CSLL (ou tributos equivalentes no país onde se encontram) em razão de sua própria base de cálculo que é apurada segundo os lucros e prejuízos que cada uma obteve no período.

Nesse sentido, em tese existem seis relações jurídico-tributárias, sendo que os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas auferidas em cada uma delas devem ficar restritos ao cálculo do IRPJ e da CSLL (ou tributos equivalentes no país onde se encontram) devidos por cada uma, individualmente.

No entanto, a empresa investidora, por ter capital empregado nas outras duas, pode ter **lucro próprio** decorrente da lucratividade que esse capital representou no período, através do bom desempenho das empresas coligadas e controladas, das quais é sócia.

Nesse caso, as bases de cálculo do seu IRPJ e da sua CSLL sofrerão o impacto dessa lucratividade, havendo a lei apenas disciplinado o momento em que se apura esse lucro e em que ocorre esse impacto, tendo o art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, antecipado essa data do **momento da distribuição dos dividendos** da coligada ou controlada para o **momento da apuração do lucro no balanço** da coligada ou controlada.

Houve sim alteração da base de cálculo, no entanto, tal antecipação não é mera ficção legal. Trata-se da constatação no plano material de que a posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas (pagamento de dividendos, apropriação em reserva ou capitalização da sociedade - arts. 193 a 205 da LSA) está diretamente sob o controle da investidora (no caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda. A técnica de tributação encontra respaldo no art. 43, *caput* e parágrafos, do CTN, especialmente no §2º:

Art. 43. 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:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da

Superior Tribunal de Justiça

combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º **Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.** (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

De outro lado, caso haja prejuízos e perdas, é possível a compensação a ser feita pela empresa investidora que se dará somente e no limite dos lucros auferidos no exterior das respectivas coligadas e controladas, nos respectivos balanços, não podendo haver a importação de prejuízos.

Nesse sentido, também não procede a alegação de que a mudança de critério temporal acabou por excluir da apuração da base de cálculo eventuais prejuízos sofridos pela coligada ou controlada. Se os lucros são considerados disponibilizados na data do balanço, isto significa que os eventuais prejuízos já foram contabilizados nos próprios balanços das controladas e coligadas. Se assim não o fosse, não seria possível verificar a ocorrência ou não de lucro. Desta feita, a insurgência da contribuinte parece ser contra a não consideração da destinação do lucro líquido das coligadas ou controladas na base de cálculo do imposto de renda da investidora (fim da tributação exclusiva dos dividendos oriundos das coligadas e controladas), com a crença de que isto seria o suficiente para permitir-lhe importar os prejuízos das empresas controladas e coligadas como se fossem seus, o que me ficou mais bem elucidado após a leitura dos memoriais apresentados. O tema, já o enfrentei acima.

Outrossim, inexistente legalmente o benefício fiscal de se deduzir diretamente da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pela investidora, os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas apurados pelas empresas coligadas ou controladas, pois estes integram as bases de cálculo dos tributos em tese devidos por essas e não por aquela.

Também não se pode presumir por revogada uma norma que se encaixa perfeitamente na sistemática de tributação vigente que individualiza e estabelece limites claros entre as bases de cálculo das empresas investidora, coligada e controlada.

Em suma, o que o contribuinte pleiteia é o reconhecimento de uma dedução não

prevista em lei e a revogação tácita de uma norma que expressamente veda essa dedução, em flagrante contrariedade ao art. 111, do CTN.

O tema já foi enfrentado nesta Segunda Turma, tendo produzido os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. EMPRESAS CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA RENDA. ARTS. 43, § 2º, DO CTN E 74 DA MP 2.158-35/2001.

1. O art. 43 do CTN, sobretudo o seu § 2º, determina que o imposto de renda incidirá sobre a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e que a lei fixará o momento em que se torna disponível no Brasil a renda oriunda de investimento estrangeiro.

2. Atendendo à previsão contida no § 2º do art. 43 do CTN, a Medida Provisória 2.158-35/2001 dispôs, no art. 74, que "os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados".

3. Em outras palavras, o art. 74 da MP 2.158-35/2001 considera ocorrido o fato gerador no momento em que a empresa controlada ou coligada no exterior publica o seu balanço patrimonial positivo.

4. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.

5. Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). No caso, o incremento patrimonial verificado no balanço de uma empresa coligada ou controlada no exterior representa a majoração, proporcionalmente à participação acionária, do patrimônio da empresa coligada ou controladora no Brasil.

6. Sob esse prisma, parece razoável que o patrimônio da empresa brasileira já se considere acrescido desde a divulgação do balanço patrimonial da empresa estrangeira. Nesse caso, há disponibilidade econômica. O que não há é disponibilidade financeira, que se fará presente apenas quando do aumento nominal do valor das ações ou do número de ações representativas do capital social.

7. É conveniente salientar que o Supremo está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, em razão da ADIn 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria-CNI.

8. Pelos votos já proferidos na ADIn, tem-se uma noção de como é tormentosa a questão em torno da constitucionalidade do disposto no art. 74 da MP 2.158-35/2001. Há voto no sentido da inconstitucionalidade apenas quanto às empresas coligadas (Min. Ellen Gracie); votos pela total constitucionalidade do dispositivo (Ministros Nelson Jobim e Eros Grau); e votos pela sua total inconstitucionalidade (Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski).

9. A par de discussões de ordem constitucional, o certo é que o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar, e o recurso especial

surgiu tão-somente para exame da ilegalidade do art. 7º da IN SRF 213/2001. Sob o prisma infraconstitucional, como visto, nada há de ilegal na Instrução Normativa, que encontra amparo nas regras dos arts. 43, § 2º, do CTN e 74 da MP 2.158-35/2001, que permitem seja considerada disponível a renda desde a publicação dos balanços patrimoniais das empresas coligadas e controladas no estrangeiro.

10. Recurso especial provido (REsp. 983.134 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008).

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR – DISPONIBILIDADE JURÍDICA DA RENDA – ART. 74 DA MP. N. 2.158-35/2001 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA CONTIDA NO *CAPUT* DO ART. 43 DO CTN – ENTENDIMENTO QUE SE COADUNA COM O ATUAL POSICIONAMENTO DO STF.

1. A análise da aplicação de uma lei federal não é incompatível com o exame de questões constitucionais subjacentes ou adjacentes.

2. *Para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível (um título de crédito ainda não vencido), ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação (contas a receber). O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, acresçam ao patrimônio.* (Zuudi Sakakihara in 'Código Tributário Nacional Comentado', coordenador Vladimir Passos de Freitas, Ed. RT, p. 133).

3. A Medida Provisória n. 2.158-35/2001, ao adotar a data do balanço em que os lucros tenham sido apurados na empresa controlada, independentemente do seu efetivo pagamento ou crédito, não maculou a regra-matriz da hipótese de incidência do imposto de renda contida no *caput* do art. 43 do CTN, pois, pré-existindo o acréscimo patrimonial, a lei estava autorizada a apontar o momento em que se considerariam disponibilizados os lucros apurados pela empresa controlada.

4. O entendimento firmado coaduna-se com a tese que prevalece no julgamento de mérito da ADI n. 2.588, no qual a eminente relatora Ministra Ellen Gracie proferiu voto no sentido de julgar procedente, em parte, o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão "ou coligada", duplamente contida no *caput* do referido art. 74, por ofensa ao disposto no art. 146, III, "a", da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a definição de fato gerador.

5. A hipótese dos autos, todavia, cuida de empresas controladas localizadas no exterior, situação em que há posição de controle das empresas situadas no Brasil sobre aquelas.

Recurso especial improvido (REsp. 907.404 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007).

Do voto do Min. Castro Meira no REsp. 983.134 / RS, colho as seguintes observações que narram situação ainda atual:

É oportuno salientar que o Supremo está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, em razão da ADIn 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria-CNI.

Superior Tribunal de Justiça

A Min. Ellen Gracie, relatora do feito, julgou procedente em parte o pedido, por entender não configurada a disponibilidade econômica da coligada brasileira antes da efetiva remessa dos lucros ou, pelo menos, antes da deliberação dos órgãos diretores sobre a destinação dos lucros do exercício. Assim, votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão "ou coligada", duplamente contida no *caput* do referido art. 74, por ofensa ao disposto no art. 146, III, "a", da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a definição de fato gerador.

Prosseguindo-se no julgamento, votou o Ministro Nelson Jobim, julgando a ação improcedente, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau. O Ministro Marco Aurélio julgou procedente o pedido, por considerar inconstitucional o artigo 74, e seu parágrafo único, da Medida Provisória 2.158-35/2001, no que foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski.

O processo, atualmente, encontra-se com vistas ao Ministro Carlos Britto.

Como se vê, a questão da constitucionalidade do disposto no art. 74 da MP 2.158-35/2001 é tormentosa. Há voto no sentido da inconstitucionalidade apenas quanto às empresas coligadas. Há votos pela total constitucionalidade do dispositivo e, também, pela sua total inconstitucionalidade.

A par de discussões de ordem constitucional, o certo é que o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar, e o recurso especial surgiu tão-somente para exame da ilegalidade do art. 7º da IN SRF 213/2001.

O recurso, portanto, não merece êxito.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente recurso especial.

É como voto.