

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por **WHIRLPOOL S/A** em face do DELEGADO ESPECIAL DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS - DEAIN, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT E DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE FISCALIZAÇÃO DE SÃO PAULO - DEFIC., objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo de **não ser compelida ao recolhimento do IRPJ e da CSL incidente sobre os lucros auferidos pelas sociedades estrangeiras Lawsa, Whirlpool Argentina, Whirlpool Chile, Embraco Europa e Ealing, relativos ao ano-calendário de 2006, antes de sua efetiva disponibilização por uma das hipóteses previstas na Lei nº. 9.532/97.**Fundamentando sua pretensão, aduz que, em 31/12/2006, verificou que as sociedades controladas ou coligadas mencionas acima, nas quais detém participação societária, apuraram lucro no ano-calendário de 2006, estando suspensos (acumulados) aguardando deliberação social, tendo sido, tais investimentos, reconhecidos pela impetrante pelo método de equivalência patrimonial. **Argumenta que em face da ilegalidade e inconstitucionalidade do artigo 74, caput da MP 2158-35/2001, os lucros de coligadas e controladas sediadas no exterior não poderiam ser tributados pelo IRPJ e CSL enquanto não disponibilizados, devendo ser mantida a aplicação do artigo 1º da Lei 9532/97.** Afirma que a lei brasileira pretende tributar imediatamente os lucros meramente auferidos em empresas sediadas no exterior, sem que seja observada a lei da época em que foram gerados os lucros acumulados, ou seja, pretende tributar valores que ainda não são renda da sociedade brasileira e que permanecem no patrimônio da sociedade estrangeira. Junta procuração e documentos (fls. 28/729). Atribui à causa o valor de R\$ 195.000,00 (cento e noventa e cinco mil reais). Custas à fl. 730.A apreciação da liminar foi postergada após a vinda das informações (fl. 738).O Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo e o Delegado da Receita Federal de Fiscalização de São Paulo-DEFIC alegaram, em síntese, ilegitimidade passiva, indicando como autoridade coatora o Delegado Especial de Assuntos Internacionais-DEAIN. Em relação às

argumentações referentes à inconstitucionalidade do art. 74 da MP nº 2158-35/2001, juntaram artigo do Consultor da União Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho em 10 laudas. O Delegado Especial de Assuntos Internacionais em São Paulo alega em suas informações, em síntese, que o CTN, em seu artigo 43, estabelece textualmente que a disponibilidade econômica ou jurídica é o fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e não a disponibilidade econômica e jurídica, defendendo, em longa argumentação, a constitucionalidade do art. 74 da MP 2158/01. **Liminar indeferida às fls. 848/850, objeto de agravo de instrumento às fls. 870/894, o qual foi convertido em agravo retido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta 3ª Região (fl. 896).** O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito aduzindo a inexistência de interesse público a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide (fls. 908/909). Vieram os autos conclusos para sentença. É o relatório. Fundamentando, DECIDO. FUNDAMENTAÇÃO. Trata-se de ação mandado de segurança em que a impetrante pleiteia o reconhecimento do direito líquido e certo de não ser compelida ao recolhimento do IRPJ e da CSL incidente sobre os lucros auferidos pelas sociedades estrangeiras Lawsa, Whirlpool Argentina, Whirlpool Chile, Embraco Europa e Ealing, relativos ao ano-calendário de 2006, antes de sua efetiva disponibilização por uma das hipóteses previstas na Lei nº. 9.532/97. **O cerne da questão cinge-se na verificação da alegada inconstitucionalidade do art. 74, caput, da MP 2.158-35/2001, pretendendo a impetrante seja aplicada a sistemática do art. 1º da Lei n.º 9.532/97.** Inicialmente, acolho a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - DERAT e do Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo - DEFIS, diante do teor da Portaria MF nº. 030/2005, conforme informações das autoridades impetradas, vigente à época da impetração desta ação mandamental, razão pela qual devem ser excluídas do pólo passivo desta ação mandamental. Passo ao exame do mérito. O método da equivalência patrimonial é mencionado no 6º do art. 25 da Lei nº 9.249/95: 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 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. 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. **Os artigos 7º e 8º da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 têm a seguinte redação: Art. 7º A contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil. 1º Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL. 2º Os resultados negativos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial deverão ser adicionados para fins de determinação do lucro real trimestral ou anual e da base de cálculo da CSLL, inclusive no levantamento dos balanços de suspensão e/ou redução**

do imposto de renda e da CSLL. 3º Observado o disposto no 1º deste artigo, a pessoa jurídica: I - que estiver no regime de apuração trimestral, poderá excluir o valor correspondente ao resultado positivo da equivalência patrimonial no 1º, 2º e 3º trimestres para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL; II - que optar pelo regime de tributação anual não deverá considerar o resultado positivo da equivalência patrimonial para fins de determinação do imposto de renda e da CSLL apurados sobre a base de cálculo estimada; III - optante pelo regime de tributação anual que levantar balanço e/ou balancete de suspensão e/ou redução poderá excluir o resultado positivo da equivalência patrimonial para fins de determinação do imposto de renda e da CSLL. Art. 8º Os lucros decorrentes de investimento no exterior avaliado pelo custo de aquisição, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, serão reconhecidos pela pessoa jurídica investidora, domiciliada no Brasil, quando disponibilizados pela investida domiciliada no exterior, mediante pagamento ou crédito. Parágrafo único. Para efeito deste artigo, considera-se: I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da investida no exterior; II - pago o lucro, quando ocorrer: a) o crédito do valor em conta bancária em favor da investidora no Brasil; b) a entrega, a qualquer título, a representante da investidora no Brasil; c) a remessa, em favor da investidora, para o Brasil ou para qualquer outra praça; d) o emprego do valor, em favor da investidora, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da investida no exterior.

Tendo em vista que o art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/01 define o fato gerador com a data da apuração do lucro no balanço da entidade estrangeira, o resultado positivo da equivalência patrimonial representa somente o meio de inclusão na apuração do lucro da pessoa jurídica brasileira da parcela do lucro apurado pela sociedade investida estrangeira. Registre-se que no julgamento do AMS nº 2003.71.00.018907-2/RS, pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a eminente relatora, Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria consignou em seu voto condutor que, em relação "à equivalência patrimonial, é método contábil

utilizado na apuração dos lucros dos investimentos relevantes de coligadas ou controladas, cuja aplicação é obrigatória para todas as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real e que realizem tais espécies de investimento. Pelo método, o valor do investimento será igual ao patrimônio líquido da coligada ou controlada, proporcional à participação em seu capital, de forma que a variação de um reflete na variação de outro. A Instrução Normativa determina que o montante tributável é o resultado positivo desta variação".No julgamento da AMS 200561000035256, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, destacou o relator, Desembargador Roberto Jeuken, que o "Método de Equivalência Patrimonial já era observado com vistas à adição dos resultados alcançados pelas filiais, sucursais, coligadas e controladas, nos balanços das matrizes, controladoras e coligadas, para fins societários desde a vigência da Lei nº 6.404, de 1976", na medida em que, de acordo com o aludido método "aplicável na avaliação dos investimentos em empresas controladas, nos termos da Lei nº 6.404/76, a apuração do lucro na sociedade controlada tem reflexos imediatos no patrimônio da controladora, pois o valor do investimento é determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido da controlada, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada" (TRF - 1ª Região, AMS 200238000554573, 7ª Turma, rel. GILDA SIGMARINGA SEIXAS, e-DJF1 31/07/2009, p. 358).No que se refere à compatibilidade da mencionada Instrução Normativa e do art. 74 da MP 2.158-35/01 com o art. 43 do CTN, referente à disponibilidade da renda, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado favoravelmente. Confirmam-se os seguintes julgados: "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 regramatrix 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".(STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL - 907404, 2ª Turma, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ 13/11/2007, p. 525). NTROLADAS 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".(STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL - 983134, 2ª Turma, rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 17/04/2008).

No voto condutor deste último julgado, destacou o eminente Min. Castro Meira:"Examinemos a legislação de regência. 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. Observe-se a redação dada ao dispositivo pela Lei Complementar 104/2001: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 combinação de ambos;II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. 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. Atendendo à previsão contida no 2º do art. 43 do CTN, a Medida Provisória 2.158-35/2001 dispôs, no art. 74, o seguinte: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. O dispositivo em tela é muito claro ao afirmar 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. Em outras palavras, considera-se ocorrido o fato gerador no momento em que a empresa controlada ou coligada no exterior publica o seu balanço patrimonial positivo. O art. 74 estabelece como elemento temporal a data do balanço, momento em que o lucro auferido pela empresa controlada ou coligada no exterior se torna juridicamente disponível à empresa controladora ou coligada no Brasil. Vale lembrar que o art. 43 do CTN fixa como fato gerador do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. **Enquanto esta última se refere à imediata utilidade da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.** Por disponibilidade econômica ZUUDI SAKAKIHARA entende o seguinte: A aquisição da disponibilidade econômica de renda ou de proventos caracteriza-se tão logo sejam estes incorporados ao patrimônio. 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 o patrimônio. Não se pode confundir disponibilidade econômica com a disponibilidade financeira. Aquela se contenta com o simples acréscimo patrimonial, independentemente da efetiva existência dos recursos financeiros, enquanto esta pressupõe a existência física dos recursos em caixa. O CTN exige

apenas a aquisição da disponibilidade econômica, o que não quer dizer que a lei ordinária não possa, na prática, privilegiar exclusivamente a disponibilidade financeira, como faz, de um modo geral, com as pessoas físicas (Código Tributário Nacional Comentado, coordenado pelo professor Vladimir Passos de Freitas, Revista dos Tribunais, 2ª edição, pp. 154-155). 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.

Sob esse prisma, parece razoável que o patrimônio da empresa brasileira já se considere acrescido desde a divulgação do balanço patrimonial da empresa estrangeira. Portanto, há disponibilidade econômica. O que não há, ainda, 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. Assim, havendo previsão legal no art. 43, 2º, do CTN c/c o art. 74 da MP 2.158-35/2001 para que o fato gerador do imposto de renda se considere ocorrido desde a publicação do balanço patrimonial da empresa coligada ou controlada no exterior, não havia, como não há, razões que justifiquem o decreto de ilegalidade do art. 7º da IN SRF nº 213/2001".

No tocante à violação no plano constitucional, sabidamente está pendente de conclusão julgamento na ADIN nº. 2.588, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a 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, com três votos em favor da constitucionalidade da exigência quanto às controladas (Ministros Ellen Gracie, Nelson Jobim e Eros Grau) e o mesmo número de votos em sentido contrário (Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski). Recentemente, em 17/08/2011, **o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Joaquim**

Barbosa, ora licenciado, porém o Ministro Ayres Brito acompanhou a divergência estabelecida pelo Ministro Nelson Jobim para julgar improcedente, entendendo não haver incompatibilidade entre o caput do art. 74 da MP 2158-35 e os artigos 153, III e 195, I, "c" da CF, considerando que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior estão economicamente disponíveis para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiveram sido apurados. O Ministro

Celso de Mello, por sua vez, acompanhou a divergência estabelecida pelo Ministro Marco Aurélio, entendendo tratar-se de tributação de renda indisponível, na linha de precedentes firmados anteriormente pelo Plenário do STF, o RE 172.058 e RE 117.877. Por fim, o Ministro Cezar Peluso votou no sentido da procedência parcial da ação na linha do voto do Ministro Nelson Jobim. No entanto, como ressaltou o Ministro Castro Meira, no precedente já citado, a "par de discussões de ordem constitucional, o certo é que o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar", devendo ser mantido, diante do impasse na Suprema Corte, por força da presunção de constitucionalidade das normas, orientação que recebe acolhida no Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado do precedente no sentido de que o "art. 9º da Lei n 10.684/03 goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta Corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar, visando a retirar a sua eficácia normativa" (Inq 1864 / PI, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03-08-2007, p. 32) e com referência em variadas situações (AC 663 MC-AgR / RJ, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02-06-2006, p. 25; ADI 1040 ED / DF, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01-09-2006, p. 17; Rcl 2576 / SC, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20-08-2004, p. 38; RE 376846 / SC, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02-04-2004, p. 13). Desta forma, apesar de haver consistente dúvida a respeito da compatibilidade da legislação com o texto constitucional, devem ser adotados os fundamentos constantes dos julgados abaixo, de três Tribunais Regionais Federais: "TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS OU COLIGADAS NO EXTERIOR. LEI Nº

9.249/95. LEI Nº 9.532/97. MP Nº 2.158-35/2001. 1. Nos termos do disposto no art. 153, III, da CF/88, e no art. 43 do CTN, o âmbito material de incidência do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. 2. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, aquela está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros. 3. A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu o 2º no art. 43 do CTN, cuja disposição remete à lei ordinária o poder de disciplinar as condições e o momento que se considerará a disponibilidade da receita ou de rendimentos oriundos do exterior, para fins de incidência tributária. 4. O art. 25 da Lei nº 9.249/95, determinava, por sua vez, que os lucros auferidos no exterior deveriam ser computados no balanço da controladora, levantado em 31 de dezembro de cada ano. 5. O art. 1º da Lei nº 9.532/97, no que concerne aos lucros auferidos por empresas controladas no exterior, especificava o momento em que os lucros da controlada deveriam ser adicionadas ao lucro líquido da controladora brasileira, definindo que os lucros seriam considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. 6. A Medida Provisória nº 2.158-35/01 alterou o momento em que se consideraria a "disponibilização", consignando que esta ocorre na data do balanço no qual os lucros tenham sido apurados. 7. De acordo com o método da equivalência patrimonial, aplicável na avaliação dos investimentos em empresas controladas, nos termos da Lei nº 6.404/76, a ap a controladora, pois o valor do investimento é determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido da controlada, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada. 8. A MP nº 2.158-35/2001, ao adotar a data do balanço em que os lucros tenham sido apurados na 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. 9. A questão é controvertida e tormentosa, encontrando-se sob análise do STF, nos autos da ADI nº 2.588, cujo julgamento ainda não foi concluído. De qualquer modo, o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar, inexistindo motivos para reformar a sentença recorrida. 10. Apelação não provida".(TRF - 1ª Região, AMS 200238000554573, 7ª Turma, rel. Gilda Sigmaringa Seixas, e-DJF1 31/07/2009, p. 358)."

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ E CSLL. COLIGADAS E CONTROLADAS NO EXTERIOR. MATRIZ, CONTROLADORA OU COLIGADA DOMICILIADA NO BRASIL. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-34. ARTS. 21 E 74. CTN: ART. 43 E 2º. LEI COMPLEMENTAR 104, DE 2001. LEI Nº 9.249, DE 1995. ART. 25. LEI Nº 6.404, DE 1976. APLICAÇÃO RETROATIVA. 1. O Método de Equivalência Patrimonial já era observado com vistas à adição dos resultados alcançados pelas filiais, sucursais, coligadas e controladas, nos balanços das matrizes, controladoras e coligadas, para fins societários desde a vigência da Lei nº 6.404, de 1976. 2. A disposição contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, considerando disponibilizado para a controladora ou coligada no Brasil, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, na data do balanço em que tiverem sido apurados, conforma-se com a previsão do 2º do art. 43 do CTN, acrescido pela LC. 104/2001. 3. A remissão daquela disposição legal, ao art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, evidencia a aplicabilidade dos 2º e 3º do aludido cânone, o qual, combinado com o teor do inciso II de cada qual, evidencia que aqueles lucros seriam computados na apuração do lucro real, pela controladora ou coligada brasileira. 4. Resulta do 6º, que os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuariam a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo dos 1º, 2º e 3º do mesmo preceptivo legal. 5. A legislação vigente no caso é a Lei nº 6.404, de 1976, cujos arts. 243, 247 e 248 dispuseram

acerca da aplicação daquele critério, para a apuração do lucro societário, que doravante também, passaram a compor o lucro real a ser oferecido para a tributação do IRPJ e da CSLL. 6. O 1º do art. 74 da aludida medida provisória, ao determinar que os lucros em questão, apurados consoante a referida sistemática, até 31.12.2001 seriam considerados disponibilizados em 31.12.2002, não feriu o princípio da irretroatividade da lei tributária. 7. Recurso da impetrante a que se nega provimento".(TRF -3ª Região, 3ª Turma, AMS 200561000035256, Desembargador Roberto Jeuken, DJF3 CJ2 10/02/2009, 189)."TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NO EXTERIOR. LEI Nº 9.249/95. LEI Nº 9.532/97. MP Nº 2.158-35/2001. 1. Nos termos do disposto no art. 153, III, da CF/88, e no art. 43 do CTN, o âmbito material de incidência do imposto de renda é aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. 2. A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu o 2º no art. 43 do CTN, cuja disposição remete à lei ordinária o poder de disciplinar as condições e o momento que se considerará a disponibilidade da receita ou de rendimentos oriundos do exterior, para fins de incidência tributária. 3. O art. 25 da Lei nº 9.249/95, determinava, por sua vez, que os lucros auferidos no exterior deveriam ser computados no balanço da controladora, levantado em 31 de dezembro de cada ano. 4. O art. 1º da Lei nº 9.532/97, no que concerne aos lucros auferidos por empresas controladas no exterior, especificava o momento em que os lucros da controlada deveriam ser adicionadas ao lucro líquido da controladora brasileira, definindo que os lucros seriam considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. 5. A Medida Provisória nº 2.158-35/01 alterou o momento em que se consideraria a "disponibilização", consignando que esta ocorre na data do balanço no qual os

lucros tenham sido apurados. 6. De acordo com o método da equivalência patrimonial, aplicável na avaliação dos investimentos em empresas controladas, nos termos da Lei nº 6.404/76, a apuração do lucro na sociedade controlada tem reflexos imediatos na patrimônio da controladora, pois o valor do investimento é determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido da controlada, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada. 7. A valorização do investimento da empresa controladora configura acréscimo patrimonial, sujeito à incidência tributária. Com a apuração dos lucros na sociedade controlada, a pessoa jurídica controladora adquire imediatamente a disponibilidade econômica da renda que se incorpora em seu patrimônio, acrescentando-lhe valor, bem como a disponibilidade jurídica da renda, pois terá título jurídico para pleitear e defender o direito relativo a essa renda. 8. A MP nº 2.158-35/2001, ao adotar a data do balanço em que os lucros tenham sido apurados na 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".(TRF - 4ª Região, APELREEX 200371000151081, 1ª Turma, rel. Desembargador Marcos Roberto Araujo Dos Santos, D.E. 22/09/2009). "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NO EXTERIOR. MP Nº 2.158-35/2001. 1. Nos termos do disposto no art. 153, III, da CF/88, e no art. 43 do CTN, o âmbito material de incidência do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. 2. A MP n.º 2.158-35/2001, ao adotar como momento em que se considera disponibilizada a renda a data do balanço em que os lucros tenham sido apurados na 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. A valorização do investimento da empresa controladora configura acréscimo patrimonial sujeito à incidência tributária, visto que com a apuração dos lucros na sociedade controlada, a pessoa jurídica controladora adquire imediatamente tanto a disponibilidade econômica da renda, que se incorpora em seu patrimônio, acrescentando-lhe valor, como a disponibilidade jurídica da renda, pois terá título jurídico para pleitear e defender o direito relativo a essa renda".(TRF - 4ª Região, 2ª Turma, AC 200370030008764, rel. Desembargador Eloy Bernst Justo, D.E. 15/07/2009).Acrescente-se, ainda, que a ministra Ellen Gracie, relatora da ADIN nº. 2.588, salientou que, no caso das empresas situadas no Brasil, em relação aos lucros obtidos por controladas no exterior, "tem-se verdadeira hipótese de aquisição da disponibilidade jurídica desses lucros no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora". Segundo a eminente relatora, a disponibilidade dos lucros da empresa controlada depende exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino dos lucros, ainda que não remetidos para o Brasil. "Em consequência, a apuração de tais lucros caracteriza fato gerador do imposto de renda".Assim, a adoção dos fundamentos acima afasta as alegações de violação aos artigos 153, III, "a", da Constituição Federal, bem como ao artigo 43 do Código Tributário Nacional.Para a concessão da segurança, exige-se que exista ameaça ou violação a direito líquido e certo, o que não ocorre no caso, ante a ausência de prova pré- constituída do direito alegado pelo Impetrante. **DISPOSITIVO** Isto posto e pelo mais que dos autos consta, **JULGO EXTINTO** o processo sem resolução do mérito, e **DENEGO A SEGURANÇA**, nos termos dos artigos 6º, 5º e art. 10 da Lei nº 12.016/2009, combinado com o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, nos termos do artigo 267, incisos VI, do Código de Processo Civil, por reconhecer a ilegitimidade passiva do Sr. Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - DERAT e do Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo - DEFIS e **JULGO**

IMPROCEDENTE a presente ação, DENEGO a segurança e julgo extinto o processo com exame do mérito nos termos do Art. 269, I, do CPC.Honorários advocatícios indevidos com fulcro no art. 25 da Lei nº. 12.016/2009.Custas "ex lege". Ao SEDI, para retificação do pólo passiva para exclusão do Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - DERAT e do Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo - DEFIS, conforme fundamentação acima.Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as formalidades legais.Publique-se, Registre-se, Intime-se e Oficie-se.

Disponibilização
D.Eletrônico de
sentença em
19/01/2012 ,pag
338/421