



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10437.720890/2014-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.569 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de fevereiro de 2017
Matéria IRPF. CLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE RENDIMENTOS.
Recorrente CARLOS MOCHE DAYAN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS DO LANÇAMENTO. DIREITO DE DEFESA.

Preenchidos os requisitos do lançamento, não há que se falar em nulidade, nem em cerceamento do direito de defesa.

USUFRUTO. NATUREZA JURÍDICA. PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS.

O usufruto representa uma divisão das faculdades inerentes ao direito de propriedade, uma vez que o direito real sobre o objeto do usufruto é conferido a outrem, que passa a retirar os frutos e utilidades que a coisa alheia produz, sem alterar sua substância. É da essência do usufruto o aproveitamento dos rendimentos do bem pelo usufrutuário.

Com base na disciplina normativa afeta ao direito civil e societário, os valores a título de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio, pagos ou creditados como resultado de participações societárias, são rendimentos que pertencem ao usufrutuário.

USUFRUTO. LUCROS/DIVIDENDOS. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio, o legislador tributário deixou de atribuir ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o intérprete aos efeitos típicos decorrentes do direito privado.

As normas que estabelecem exceções à tributação ordinária devem ser interpretadas de maneira estrita, não comportando ampliação de conteúdo ou emprego de analogias, assim como inviável também a utilização pelo

intérprete de exegese restritiva, para o fim de distinguir onde a lei não distingue.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. USUFRUTO. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NA FONTE.

Os juros pagos ou creditados a pessoa física na condição de usufrutuário de participações societárias, a título de remuneração do capital próprio, devem ser tributados exclusivamente na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento), na data do pagamento ou crédito.

LUCROS OU DIVIDENDOS. USUFRUTO. ISENÇÃO.

Os valores pagos a título de lucros ou dividendos, calculados com base nos resultados da pessoa jurídica apurados a partir do mês de janeiro de 1996, não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa física beneficiária dos rendimentos na condição de usufrutuária de participações societárias.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento. Vencidos a relatora e o conselheiro Márcio de Lacerda Martins que negavam provimento ao recurso e a conselheira Maria Cleci Coti Martins que dava provimento parcial, mantendo a tributação sobre os juros sobre capital próprio. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Relatora e Presidente.

(assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess - Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Maria Cleci Coti Martins, Carlos Alexandre Tortato, Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, Márcio de Lacerda Martins, Andrea Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, fls. 793/803, que exige do contribuinte **R\$ 6.493.388,13** de imposto, com multa de ofício de 75% e juros moratórios, em razão da apuração de “RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA CLASSIFICADOS INDEVIDAMENTE NA DIRPF” como isentos e não-tributáveis e/ou rendimentos sujeitos a tributação exclusiva/definitiva.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 761/792, o contribuinte, nos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, declarou ter percebido rendimentos isentos e não tributáveis e/ou rendimentos sujeitos a tributação exclusiva/definitiva, de pessoas jurídicas, conforme quadro 1.

Quadro 1 - Rendimentos declarados

Ano-calendário	Rendimento	valor
2009	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 10.091.578,42
2010	lucros e dividendos Banco Daycoval	R\$ 12.265.152,29
	reservas ao capital/bonificação de ações Daycoval Financeira	R\$ 83.135.894,57
	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 9.958.729,42
2011	lucros e dividendos Banco Daycoval	R\$ 3.415.081,14
	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 9.693.425,42

Ainda de acordo com referido termo:

a) Em março de 2007, o contribuinte e outros cinco acionistas do Banco Daycoval S/A, pertencentes à mesma família, constituíram a empresa Daycoval Holding Financeira S/A com um capital social de R\$ 10.000,00, que foi aumentado para R\$ 254.998.749,79 e para R\$ 354.631.818,87, em 19/03/2007 e 20/03/2007, respectivamente, por meio da integralização da nua propriedade de ações do Banco Daycoval S/A, pertencentes aos únicos seis acionistas da Holding, os quais reservaram para si o usufruto dos direitos econômicos de tais ações.

b) Como o contribuinte e os demais membros da família citados deixaram de ser acionistas do Banco Daycoval S/A, uma vez que a titularidade das ações passou para a Daycoval Holding Financeira S/A, não poderiam declarar os valores recebidos do Banco Daycoval como sendo distribuição de juros sobre capital próprio - JCP e/ou dividendos. Esses valores teriam sido recebidos em decorrência da situação jurídica de usufrutuário e não de acionista.

c) O novo titular dos direitos de acionista do Banco Daycoval S/A passou a ser a empresa Daycoval Holding Financeira S/A, sendo que os direitos econômicos percebidos pelo contribuinte, no lugar daquela holding, não se fundamentam na situação jurídica de acionista, mas sim, de usufrutuário, devendo, portanto, os rendimentos com origem nesta condição, serem tributados, por determinação legal, pelo regime de tributação de ajuste anual, que, no caso, submete-se à alíquota de 27,5% dos rendimentos anuais auferidos.

d) A distribuição de JCP é dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL das sociedades anônimas e que, para serem pagos aos sócios da Holding, deveriam antes ser registrados como receita financeira desta, o que não aconteceu, tendo sido pagos pelo Banco Daycoval S/A diretamente ao ex-sócio, sem transitar contabilmente pela Holding, legítima beneficiária dos rendimentos pagos ou creditados a título de dividendos ou JCP, que também não efetuou qualquer pagamento a título de JCP e/ou dividendos a seus sócios.

e) Não cabe ao usufrutuário de ações a percepção de rendimentos da companhia, a título de dividendos ou JCP, tendo em vista que não participa da composição do capital social da sociedade.

f) O pagamento de dividendos e JCP constitui remuneração para os sócios em decorrência do capital aplicado na sociedade, enquanto os valores recebidos pelo usufrutuário decorrem de direito real sobre a coisa alheia e não da condição de investidor em uma sociedade (acionista).

g) Nota-se que o Banco Daycoval S/A remunerou o contribuinte com valores, a título de distribuição de lucros e/ou JCP, completamente a descoberto de participação societária, em detrimento da sociedade Daycoval Holding Financeira S/A, e sem qualquer reconhecimento e controle do registro contábil desses pagamentos, nesta empresa.

h) A instituição do usufruto ***“apenas concede ao contribuinte o direito de receber, de outro sócio, ou diretamente por parte do banco, a mando do sócio cedente do direito, ou por lei, VALORES EQUIVALENTES àqueles que seriam pagos ou creditados ao acionista”***, não dando direito ao ***“sócio a descoberto”*** de ***“perceber os recursos econômicos e financeiros a que o sócio de direito faz jus a receber da sociedade, não transforma esse direito do sócio a descoberto no mesmo direito do verdadeiro sócio, aquele que é o real proprietário das ações/quotas que deram origem à parcela de rendimentos sem fundamentos societários recebidos por aquele, por meio de um negócio jurídico qualquer”***.

i) A existência de um negócio jurídico qualquer (usufruto no caso) entre as partes diz respeito somente a elas, não exime o contribuinte da responsabilidade tributária, nem implica na modificação da definição legal do sujeito passivo, assim como não pode ser oposta à Fazenda Pública, não se aceitando a realização aparentemente dissimulada de negócios jurídicos, que devem ser desconsiderados nos termos do CTN, art. 116, parágrafo único.

j) No presente caso, o usufruto das ações, apenas concede ao usufrutuário o direito de receber, por parte da companhia, valores equivalentes aos que seriam pagos ou creditados ao nu-proprietário (acionista), caso este não estivesse sujeito ao gravame de usufruto sobre as ações de sua propriedade. O direito do usufrutuário a receber os valores devidos ao acionista não transforma esse direito no mesmo direito do acionista da companhia.

k) Não há previsão legal de equiparação entre usufrutuário e acionista, especificamente em relação à tributação do imposto de renda.

l) Os valores recebidos pelo usufrutuário estão sujeitos à tributação do IR, sem direito à isenção. Esses valores foram considerados como semelhantes a alugueis e/ou royalties de bens e direitos.

m) O contribuinte possuía até 29/7/11, 2,46% do capital total do Banco Daycoval S/A, implicando que parte dos rendimentos recebidos são efetivamente decorrentes de dividendos e/ou JCP. Assim, a parcela excedente de rendimentos auferidos pelo contribuinte, oriunda do exercício do usufruto foi reclassificada, conforme tabela de fl. 790.

n) Os valores referentes ao imposto de renda retido na fonte - IRPF, declarados em DIRF foram considerados com parte do imposto de renda devido pelo contribuinte e recolhidos antecipadamente pela fonte pagadora Banco Daycoval S/A.

o) Em 29/7/11 foi reduzido o capital da Daycoval Holding Financeira S/A, pela entrega aos acionistas da sua propriedade de ações ordinárias nominativas do Banco Daycoval S/A, a partir de 60 dias da publicação da ata, ao contribuinte e seus familiares, passando esses, a serem acionistas desta sociedade. Os valores recebidos por eles, a partir de dessa data podem ser realizados a título de dividendos e JCP. Assim, não foram tributados os valores recebidos em 17/10/11, pois o contribuinte se encontrava na posição de acionista de direito do Banco Daycoval S/A.

p) Os rendimentos considerados indevidamente declarados como dividendos e JCP, conforme tabela de fl. 790, estão discriminados na tabela 1.

Tabela 1 - Rendimentos e IRRF

Ano-calendário	Rendimento reclassificado	valor	IRRF
2009	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 9.534.527,86	R\$ 1.430.179,18
2010	lucros e dividendos Banco Daycoval	R\$ 9.885.725,46	R\$ 0,00
	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 9.440.489,47	R\$ 1.416.073,42
2011	lucros e dividendos Banco Daycoval	R\$ 2.750.298,50	R\$ 0,00
	juros sobre capital próprio Banco Daycoval	R\$ 5.172.834,86	R\$ 775.925,23

Cientificado do Auto de Infração - AI, o contribuinte apresentou impugnação, sendo proferido o Acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010, 2011, 2012

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RENDIMENTOS SUJEITOS AO AJUSTE ANUAL. FATO GERADOR EM 31 DE DEZEMBRO.

Os rendimentos sujeitos ao ajuste anual se enquadram no conceito de lançamento por homologação, cujo termo inicial da contagem do prazo decadencial de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador: 31 de dezembro do ano-calendário correspondente ao exercício analisado.

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS CORRETOS. DIREITO DE DEFESA EXERCIDO.

Afasta-se a preliminar de nulidade quando o lançamento foi lavrado por pessoa competente e com informações que permitiram ao sujeito passivo exercer o direito de defesa.

JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS.

As decisões administrativas e judiciais que não se enquadram dentre as hipóteses que vinculam a administração tributária

somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.

INSTRUMENTO PARTICULAR. ALTERAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DIVIDENDOS. USUFRUTO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO.

A celebração de contrato de usufruto de ações importa transferência do direito de percepção dos valores correspondentes aos juros sobre capital próprio e dividendos, mas não transforma o usufrutuário em acionista e, assim, os valores recebidos por não sócios em decorrência do direito de fruição das ações não se confundem com a percepção de JCP e dividendos, porque derivam de relações jurídicas distintas e, consequentemente, estão sujeitas a formas de tributação específicas, devendo o valor recebido pela pessoa física usufrutuária das ações ser tributado integralmente.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DIVIDENDOS. NATUREZA JURÍDICA DIVERSA.

Os juros sobre capital próprio (JCP) correspondem a lucros apurados em períodos anteriores e que ficaram retidos na empresa, sendo pagos com a finalidade de remunerar o sócio/acionista pela indisponibilidade do capital que ele aplicou na sociedade; já os dividendos são pagos aos sócios/acionistas em decorrência do desempenho da empresa, expresso no lucro apurado no ano, e remuneram o investidor pelo sucesso do empreendimento no qual investiu, portanto, os dividendos e os JCP são institutos diferentes, que possuem natureza jurídica e tratamento tributário distintos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado do Acórdão em 21/8/15 (Aviso de Recebimento - AR de fl. 1.111), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 21/9/15, fls. 1.113/1.193, que contém, em síntese:

LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO

Diz ter agido na legalidade ao receber JCP e dividendos do Banco em razão do ato de transferência da sua propriedade das ações para a Holding e a reserva do usufruto econômico delas para si. Explica o porquê da operação.

Afirma que a Holding não ficou com a propriedade integral das ações. Com a reserva de usufruto, os direitos decorrentes da propriedade das ações do Banco se dividiram entre nu-proprietário e usufrutuário. A Holding ficou com os direitos políticos, enquanto a recorrente, como usufrutuária, com o direito à percepção dos frutos (direitos econômicos).

Alega que em ratificação ao ato de usufruto perpetrado com as Atas das Assembleias Gerais Extraordinárias - AGEs ficou determinado ter a recorrente, na figura de usufrutuário, direito à percepção de JCP e dividendos (fls. 978/1.025).

Acrescenta que, nos termos da Lei 6.404/76, art. 100, o referido usufruto foi registrado no Livro de Ações Nominativas do Banco. Diz que atendeu também ao parecer CVM nº 30.

Aduz que a Receita Federal do Brasil trata com naturalidade e acata seus reflexos fiscais, como se vê do PN CST nº 16/72 e do PN CST nº 4/95, os quais se aplicam ao caso por tratarem do tema usufruto.

Argumenta que o CARF, ao analisar a situação formalizada em decorrência da mesma operação ora analisada, só que em face da Holding (Acórdão 1103-001.123 proferido no processo 16327.720576/2011-13), sedimentou que o recorrente, como usufrutuário, é pessoa legalmente capaz de receber JCP e dividendos.

Cita trecho do voto:

É que o usufrutuário passa a figurar, ao lado do nu-proprietário, como acionista da sociedade: ambos são titulares da ação. Em outras palavras, conforme a doutrina de Modesto Carvalhosa, o nu-proprietário terá a titularidade primária da ação e o usufrutuário deterá a sua titularidade secundária, isto é, ambos terão direitos de acionista.

Entende que o usufruto cumpriu as formalidades previstas em lei e teve finalidade própria, que justifica a classificação fiscal adotada pelo recorrente e a correta tributação em DIRPF.

Afirma que o auditor fiscal e a DRJ/CTA reconhecem a legalidade dos atos, mas agem como se eles não existissem e criam uma nova realidade no qual os rendimentos percebidos pelo recorrente a título de JCP e dividendos, como usufrutuário, se tornam "alugueis" e/ou "royalties".

DECADÊNCIA

Explica que a decadência deve ser analisada em face da possibilidade, ou não, de se alterar a classificação do rendimento que, pela norma aplicável ao rendimento tributado exclusivamente na fonte, estaria preclusa em razão do tempo decorrido desde o fato gerador reconhecido pela fonte pagadora e pelo recorrente, até a ciência do AI.

Afirma que sendo o IRPF um tributo sujeito ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra gerado do CTN, art. 173, para o art. 150, § 4º. Diante disso, como houve antecipação do pagamento do IRPF, deve-se contar os cinco anos, para efeito de lançamento de eventual diferença, a partir do fato jurídico.

Acrescenta que mesmo que se considere o valor recebido como aluguel ou royalty, o IRPF foi recolhido e admitido com essa rubrica (fonte).

Cita decisões do 1º Conselho de Contribuintes, Acórdão 106-14.117 e Acórdão 104-17.561, no sentido de que é do fato que gera o recolhimento do IRPF que se deve

contar o prazo de decadência, independentemente do momento da entrega da DIRPF, e que o fato gerador previsto em lei é o pagamento ou crédito.

Conclui que todos os valores recebidos pelo recorrente de JCP até 9/12/09 e que foram objeto de IRPF se encontram extintos pela decadência.

NULIDADE

Ofensa ao artigo 142 do CTN

Diz que não restou comprovado a ocorrência do fato jurídico tributário consistente no suposto recebimento de valores a título de alugueis ou royalties, ofendendo assim o CTN, art. 142.

Entende que o trabalho fiscal é precário e já começa na utilização do termos "e/ou". Para reclassificar a natureza de recebimento de valores o AFRFB deveria especificar se tais valores são decorrentes de alugueis ou de royalties.

Aduz que não há nos autos qualquer elemento material que indique terem as partes envolvidas no processo de fiscalização expressado qualquer elemento de vontade que embasasse acordo de aluguel ou de royalty. Critica ter a DRJ considerado irrelevante tais dados, consistentes na justificativa do reenquadramento.

Conclui que a presunção absoluta do AFRFB, tida como válida pela DRJ/CTA sem justificativa plausível, que visa distorcer a realidade e criar um cenário para arrecadar, sem estabelecer os liames do fato jurídico tributário passível de tributação do IRPF, fere o art. 142 do CTN e o art. 10 do Decreto 70.235/72. Afirmar que a falta de específica descrição do fato e comprovação de sua existência, são motivos de nulidade do lançamento.

Cerceamento do Direito de Defesa

Afirma que a consequência da falta de descrição de como teriam sido perpetrados os acordos de locação ou royalty, sem qualificar as partes, objeto e teor do pagamento e, por conseguinte, de comprovação do fato jurídico tributário acarreta a nulidade por cerceamento de defesa. Cita decisão da DRJ em Fortaleza.

CONCEITO DE ALUGUEIS E ROYALTIES - DESRESPEITO AO DIREITO À LIVRE CONTRATAÇÃO

Cita o código civil, art. 565, que trata do contrato de locação e afirma que não há como transformar o usufruto em contrato de locação.

Diz que o recorrente somente recebeu dividendo e JCP do Banco e para isso nada pagou (a título de aluguel, royalty ou qualquer outra contraprestação).

Acrescenta que a DRJ/CTA ao retratar que o art. 53 do RIR/99 só "equipara" os rendimentos a "alugueis" e/ou "royalties", revela o desprezo à legalidade.

Conclui que tanto a desconsideração da natureza do usufruto quanto à falta de delimitação do suposto aluguel ou royalty demonstram desrespeito às relações jurídicas, devendo o lançamento ser cancelado.

ILEGALIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Afirma que o lançamento de ofício é ilegal, pois não há no ordenamento jurídico pátrio norma legal que a autorize a transformação dos valores recebidos a título de JCP e dividendos pelo usufrutuário em aluguel ou royalties.

Aduz que o AFRFB não descaracterizou o usufruto. Foi criada uma nova realidade, díspar da verdade material acostada aos autos.

Cita decisões do CARF no sentido de que a autoridade fiscal tem o dever de provar o fato jurídico tributário (Acórdãos 3102-00.696 e 104-17.561).

Conclui que por falta de previsão legal, não há como sustentar o lançamento baseado na presunção absoluta de que os JCP e dividendos recebidos pelo usufrutuário seriam alugueis ou royalties, devendo ser afastado o acórdão proferido pela DRJ/CTA e cancelado o AI.

CORRETA CLASSIFICAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NA DIRPF

Diz que está correta a classificação do recebimento de dividendos e JCP nas DIRPFs do recorrente, haja vista o contrato de usufruto, que é legal sob o ponto de vista da legislação privada e não altera a substância dos frutos percebidos pelo usufrutuário.

Disserta sobre o usufruto, citando o Código Civil (artigos 1.390, 1.394, 1.400 e 1.410) e doutrina.

Reafirma estar correta a classificação dos rendimentos como JCP e dividendos e que o usufruto formalizado tornou-se perfeito e acabado no momento da formalização das AGEs e do registro realizado no livro de ações do Banco. Acrescenta que não há relação de rendimento entre a Holding (nu-proprietária) e o recorrente (usufrutuário).

Destaca que a relação entre as partes é: i) a Holding com a nua-propriedade e os direitos políticos; e ii) o recorrente com direito aos frutos, neles incluídos os JCP e os dividendos. E, por isso, o recorrente recebeu dividendos e JCP do Banco. Cita o CC, Lei das SA, art. 205, e a Lei 9.249, art. 9º. Volta a citar o Acórdão 1103-001.123 do CARF. Cita também jurisprudência e entendimento da CVM no sentido de que os JCP são dividendos.

Cita decisões do CARF (Acórdãos 107-09.588 e 101-97.083) no sentido de que o usufruto não altera a natureza do recebimento dos dividendos pelo usufrutuário.

Menciona decisões do CARF sobre usufruto de imóvel, onde consta que os rendimentos produzidos pelo bem pertencem ao usufrutuário e a ele cabe tributar o valor correspondente (Acórdãos 13-29263 e 12-45671).

Alega que a Solução de Consulta nº 11, de 14/1/10, da RFB, ratifica que os lucros distribuídos aos usufrutuários das quotas de capital da empresa constituem rendimento não sujeito à tributação pelo imposto de renda.

Conclui que considerando que os JCP foram pagos com retenção de IRPF na fonte pelo Banco e os dividendos são isentos, nos termos do art. 75 da Lei 383/91, o recorrente classificou corretamente seus rendimentos em suas DIRPFs.

OFENSA AO ART. 110 DO CTN

Entende que ao desrespeitar o instituto privado do usufruto e classificar os rendimentos como "alugueis ou royalties", o AFRFB feriu o art. 110 do CTN, que determina ser defeso à lei tributária alterar os institutos de direito privado. Cita decisões do CARF nesse sentido. Repete argumentos já relatados sobre o usufruto e afirma que o lançamento deve ser cancelado.

PEDIDO

Requer o cancelamento integral do AI ou, quando menos, a extinção por decadência dos valores exigidos no ano de 2009.

CONTRARRAZÕES DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

A PGFN apresentou contrarrazões, nos termos do RICARF, art. 48, § 2º, juntada às fls. 1.274/1.291, que contém, em síntese:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA PARCIAL

Diz que a premissa básica que norteia a acusação fiscal está assentada no fato de que o recorrente não detém participação acionária no Banco Daycoval, mas apenas faz jus ao usufruto dos direitos econômicos das ações de titularidade da Daycoval Holding, não recebeu pagamentos a título de JCP. Assim, tais rendimentos estariam submetidos ao regime de tributação de ajuste anual.

Afirma que como houve a reclassificação dos valores recebidos para rendimentos tributáveis no ajuste anual, é imperativo a análise da decadência considerando-se essa reclassificação.

Aduz que para que se proceda à contagem do prazo decadencial, é necessário perquirir o momento em que ocorreu o fato gerador quanto ao recebimento de rendimentos oriundos do usufruto e não de JCP.

Cita a Lei 9.250/95, art. 7º e art. 13, e o CTN, art. 150, § 4º, concluindo que no caso de rendimentos submetidos à tributação no ajuste anual, a data de ocorrência do fato gerador corresponde ao dia 31 de janeiro (*sic*) de cada ano-calendário. Destaca julgados do CARF nesse sentido.

Na hipótese, tendo em vista que o fato gerador mais remoto ocorreu em 31/12/09, não há que se cogitar de decadência, pois o lançamento foi notificado ao sujeito passivo em 10/12/14.

TITULARIDADE DAS RECEITAS PROVENIENTES DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

Descreve os atos realizados pela Daycoval Holding Financeira S/A: o capital social desta empresa foi integralizado pelos sócios apenas com a nua propriedade das ações que possuíam do Banco Daycoval, ficando estes com o usufruto das ações do Banco, enquanto a Holding exercia o controle direto sobre o Banco.

Destaca que o ponto central deste processo reside em saber a quem pertencem as receitas provenientes do pagamento de JCP, feito pelo Banco Daycoval. Para o recorrente tais receitas seriam dos sócios da Holding, em virtude do usufruto; para a

fiscalização, tais receitas seriam da Daycoval Holding, não existindo relação societária com as pessoas físicas que justificasse o seu pagamento a título de JCP diretamente para elas.

Afirma que a constituição do usufruto confere ao usufrutuário o direito a receber os resultados econômicos auferidos pela companhia. Assim, o pagamento dos dividendos está em conformidade com a Lei 6.404/76.

Entende que o recorrente busca conferir aos JCP o mesmo tratamento dispensado pela Lei das SA aos dividendos. A analogia utilizada pelo recorrente é no sentido de que, tal qual os dividendos, os JCP a que teria direito a Daycoval Holding, na qualidade de acionista do Banco Daycoval, poderiam ser destinados aos sócios pessoas físicas daquela empresa. Desta maneira, os sócios escapariam ao regime de tributação mais oneroso, que recairia sobre a Daycoval Holding caso esta recebesse os rendimentos provenientes do pagamento da JCP. Entretanto, não é possível estender aos JCP a mesma disciplina legal prevista para os dividendos.

Ressalta que a fiscalização não questionou a criação da Holding, nem a utilização do usufruto, mas a correta interpretação das normas tributárias e consequente apuração dos tributos.

Destaca que as repercussões tributárias do pagamento de JCP e dos dividendos são distintas. Enquanto os dividendos são disciplinados pela Lei das S/A, os JCP são regidos por legislação específica, que regulamenta seus aspectos e efeitos tributários.

Cita a Lei 9.249/95, art. 9º, destacando: a) pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados; b) juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio. O primeiro trecho evidencia a pessoa jurídica que paga os JCP, enquanto o segundo, aqueles que recebem os respectivos valores. Portanto, o legislador explicitou os participantes das operações envolvendo o pagamento de JCP - a sociedade paga uma remuneração a seus acionistas. Cita doutrina e entendimento exarado na decisão de primeiro grau proferida no processo envolvendo da Daycoval Holding (16327.720576/2011-13).

Afirma que a existência de usufruto que determine a entrega de valores referentes a JCP a terceiros não tem o condão de descaracterizar a relação jurídico-tributária estabelecida pelo art. 9º da Lei 9.249/96.

Cita trecho do Acórdão da DRJ/CTA, ao citar o CTN, artigos 109, 116 e 123, no sentido de afastar os efeitos das convenções estabelecidas entre particulares, concluindo que as alegações referentes à validade ou ao momento em que teria sido constituído o usufruto perdem força, visto que o ponto central discutido neste processo resume-se a interpretar a legislação tributária específica e apontar o titular das receitas de JCP.

NATUREZA JURÍDICA DOS JCP

Disserta sobre a natureza jurídica das JCP, afirmando que não têm natureza de dividendos, sendo receitas financeiras que deveriam ter sido oferecidas à tributação na pessoa jurídica. Os dividendos são valores pagos aos acionistas com base no resultado econômico da empresa, enquanto os juros sobre capital próprio são recebidos como forma de remuneração do capital investido.

Cita ementa do Acórdão 101-96.692 do CARF, proferido no processo 11080.009776/2005-81:

IRPJ — JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO — Os juros sobre capital próprio investido pela sociedade em outra empresa não têm natureza de lucro ou dividendo, mas de receita financeira. Regime jurídico tributário diferenciado. Os juros recebidos em decorrência de aplicação capital próprio em outra pessoa jurídica compõem a base de cálculo do IRPJ.

Cita outros acórdãos do CARF no mesmo sentido e decisão do STJ.

SUPOSTA NULIDADE DO AI POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO FATO GERADOR

Cita o Decreto 70.235/72, art. 59 e art. 60, e afirma que foi propiciado ao sujeito passivo o efetivo direito de defesa que apresentou longo e detalhado arrazoado, contestando o mérito da questão. A jurisprudência da Câmara Superior do CARF tem firmado entendimento de que se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, mostra-se incabível a declaração de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa. Cita doutrina.

Acrescenta que foram devidamente informados no AI todos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e também estão presentes os ditames do art. 142 do CTN.

Explica que a fiscalização não deixa dúvidas de que os valores recebidos em virtude do usufruto devem ser apropriados com renda tributável submetida ao regime de tributação de ajuste anual. O fato de se ter mencionado que as importâncias recebidas pelo contribuinte em razão do usufruto deveriam ser consideradas como alugueis ou royalties não nulifica o lançamento, na medida em que a submissão de tais rendimentos ao regime de ajuste anual independe de tal enquadramento. Quer fossem as importâncias recebidas efetivamente alugueis ou royalties, quer fossem enquadradas pela fiscalização genericamente como rendimentos recebidos de pessoa jurídica, a consequência jurídico-tributária seria a mesma, submissão ao ajuste anual.

PEDIDO

Requer seja negado seguimento ao recurso voluntário, mantendo-se a decisão recorrida.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Miriam Denise Xavier Lazarini - Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, ressalte-se que o cerne da questão que ora se apresenta é a reclassificação dos rendimentos recebidos pelo sujeito passivo do Banco Daycoval, declarados por ele como sendo distribuição de juros sobre capital próprio - JCP e/ou dividendos, considerados pela fiscalização como rendimentos tributáveis, sujeitos ao regime de tributação de ajuste anual. A discussão sobre tal procedimento é questão de mérito que será apreciada no presente voto.

DECADÊNCIA

Caso o procedimento adotado pelo sujeito passivo tivesse sido considerado correto, não teria sido feito o lançamento. Entretanto, uma vez que a fiscalização reclassificou os valores declarados, a decadência deve ser avaliada em relação à forma de tributação apontada pela fiscalização.

Não cabe então o argumento de que os valores de JCP estão sujeitos à tributação exclusiva na fonte, cujo fato gerador do imposto sobre a renda seria a data do pagamento, uma vez que tais rendimentos foram reclassificados como rendimentos tributáveis no ajuste anual.

Para os rendimentos sujeitos ao ajuste anual, a Lei 9.250/95, art. 7º e art. 13, parágrafo único, dispõem que:

Art. 7º A pessoa física deverá apurar o saldo em Reais do imposto a pagar ou o valor a ser restituído, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário, e apresentar anualmente, até o último dia útil do mês de abril do ano-calendário subsequente, declaração de rendimentos em modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal.

Art. 13. O montante determinado na forma do artigo anterior constituirá, se positivo, saldo do imposto a pagar e, se negativo, valor a ser restituído.

Parágrafo único. Quando positivo, o saldo do imposto deverá ser pago até o último dia útil do mês fixado para a entrega da declaração de rendimentos.

Tais dispositivos legais conferem ao imposto sobre a renda os contornos de um lançamento por homologação, aplicando-se então, para se apurar a decadência, o comando do CTN, art. 150, § 4º:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso dos rendimentos submetidos à tributação no ajuste anual, a data de ocorrência do fato gerador corresponde ao dia 31 de dezembro de cada ano-calendário.

No presente caso, o fato gerador mais remoto ocorreu em 31/12/09, começando nesta data a fluir o prazo decadencial de cinco anos. Assim, a fiscalização teria até 31/12/14 para efetuar o lançamento. Como a ciência do sujeito passivo ocorreu em 10/12/14 (Aviso de Recebimento - AR à fl. 800), não há que se falar em decadência.

NULIDADE

A fiscalização ao reclassificar os valores recebidos pelo sujeito passivo, considerados por ele como JCP e dividendos, **considerou que tais rendimentos devem ser tributados, por determinação legal, pelo regime de tributação de ajuste anual**, que, no caso, submete-se à alíquota de 27,5% dos rendimentos anuais auferidos.

Consta do TVF, conforme relatado, que a instituição do usufruto **“apenas concede ao contribuinte o direito de receber, de outro sócio, ou diretamente por parte do banco, a mando do sócio cedente do direito, ou por lei, VALORES EQUIVALENTES àqueles que seriam pagos ou creditados ao acionista”**, não dando direito ao “sócio a descoberto” de “perceber os recursos econômicos e financeiros a que o sócio de direito faz jus a receber da sociedade, não transforma esse direito do sócio a descoberto no mesmo direito do verdadeiro sócio, aquele que é o real proprietário das ações/quotas que deram origem à parcela de rendimentos sem fundamentos societários recebidos por aquele, por meio de um negócio jurídico qualquer”.

A fiscalização (fl. 779) deixa claro que a natureza do rendimento não é de JCP ou dividendos, devendo tais rendimentos serem apropriados como renda tributável, **semelhantemente** a alugueis e/ou royalties, nos termos do RIR/99, art. 53

Art. 53. Serão também consideradas como alugueis ou royalties todas as espécies de rendimentos percebidos pela ocupação, uso, fruição ou exploração dos bens e direitos, além dos referidos nos [arts. 49](#) e [52](#), tais como [...]

Da leitura do TVF vê-se claramente que em nenhum momento a fiscalização apurou rendimentos de alugueis ou royalties, mas apenas afirmou que os rendimentos recebidos pelo sujeito passivo são tributáveis, tal qual, os alugueis ou royalties.

Assim, descabidos os argumentos de desrespeito ao art. 142 do CTN e ao art. 10 do Decreto 70.235/72.

Também não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois a recorrente demonstra na impugnação e no recurso voluntário apresentados, perfeito entendimento sobre o lançamento, fato gerador, base de cálculo, alíquotas, tributo devido e sujeito passivo da obrigação.

Se não há qualquer lançamento a título de alugueis ou royalties, também não tem razão o contribuinte ao questionar a natureza destas verbas.

Quanto à legalidade do lançamento, mais uma vez, descabido o argumento do recorrente, como já relatado e acima afirmado, não houve transformação de valores de JCP e dividendos em alugueis ou royalties.

O que se verifica foi um pagamento realizado pelo Banco Daycoval, **em valor equivalente** aos devidos à Daycoval Holding a título de JCP e dividendos, a pessoa física. Tais valores recebidos pelo recorrente, que não se enquadram como JCP ou dividendos, foram, portanto, considerados como tributáveis.

Se uma empresa paga a uma pessoa física qualquer valor que não se enquadre nas hipóteses de isenção ou rendimento tributável exclusivamente na fonte, nos termos da lei, tais valores possuem a natureza de rendimento tributável, independentemente do nome dado à verba.

DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Em que pese o respeito aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados no recurso, inclusive o que consta no voto vencedor do Acórdão 1103-001.123, citado no recurso, eles não têm o condão de vincular este órgão julgador.

O CTN, art. 100, II, dispõe que:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...]

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; [...]

Conforme consta do Acórdão de impugnação, as consultas que vinculam a administração tributária são as Soluções de Consulta Cosit e as Soluções de Divergência, nos termos da Instrução Normativa - IN RFB 1.396/13, art. 13.

No âmbito do CARF, apenas as hipóteses descritas nos artigos 62 e 75 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela

Portaria MF nº 343, de 9/6/15, na redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016, vinculam o julgamento:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869, de 1973- Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária;

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Art. 75. Por proposta do Presidente do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica ou profissional habilitada à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal.

OFENSA AO ART. 110 DO CTN

Sobre este assunto, transcreve-se o conteúdo que consta no voto do acórdão de impugnação, que muito bem tratou da questão:

Incabível também a alegação trazida na impugnação de que o lançamento teria ferido o art. 110 do CTN, uma vez que esse dispositivo é direcionado ao legislador, cabendo a esta instância de julgamento somente aplicar as determinações existentes na legislação tributária, conforme definido no já transcrito no art. 142 do CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

MÉRITO

A fiscalização não questionou o procedimento adotado pelo contribuinte quando instituiu o usufruto dos direitos econômicos das ações, muito menos os fatos que determinaram tal conduta do recorrente.

Como afirmado no início deste voto, o cerne da questão que ora se apresenta é a reclassificação dos rendimentos recebidos pelo sujeito passivo do Banco Daycoval, declarados por ele como sendo distribuição de juros sobre capital próprio - JCP e/ou dividendos, considerados pela fiscalização como rendimentos tributáveis.

A atividade vinculada do agente administrativo não o permite interpretar a lei de forma diversa, devendo observar o disposto no CTN, art. 142:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Cumpre, inicialmente, perquirir a quem cabe o recebimento de JCP e dividendos de uma empresa.

Para avaliar o JCP, deve ser observada a Lei 9.249/95, art. 9º, e o RIR/99, art. 347:

Lei 9.249/95:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados

individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP. (grifo nosso)

[...]

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º; [...]

RIR/99:

Art. 347. A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos de apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP

Da leitura da legislação citada, nota-se que o destinatário do JCP é o sócio ou acionista da pessoa jurídica, para remunerar o capital por ele investido na empresa.

Quanto aos dividendos, deve-se observar o comando do RIR/99, art. 663:

*Art. 663. Estão isentos do imposto os lucros e dividendos **pagos a sócios, acionistas** ou titular de empresa individual, que não ultrapassarem o valor que serviu de base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica, deduzido do imposto correspondente (grifo nosso)*

Destaca-se que quanto a isenção, assim dispõe o CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II - outorga de isenção; [...]

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Diante da interpretação literal da legislação tributária que trata da isenção, na ausência de lei que atribua isenção aos valores recebidos em razão do usufruto, não há como aplicar-lhes tal benefício.

Como bem descrito no TVF, "a mera condição de usufrutuário não transforma o mesmo em acionista, com direito à percepção de dividendos e/ou juros sobre capital próprio".

Dito isto, quem a lei confere o direito de receber os dividendos e/ou JCP é o sócio ou acionista, mas não o usufrutuário.

Diante da situação apresentada, verifica-se que o Banco Daycoval pagou ao sujeito passivo determinados valores (em montante equivalente ao JCP e dividendos devidos à Daycoval Holding) que deveriam ter sido oferecidos à tributação do IRPF, uma vez que a tributação independe da denominação dada aos rendimentos, conforme dispõe o CTN, art. 43, e a Lei 7.713/88, art. 3º:

CTN

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.

§ 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.

§ 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.

Lei 7.713/88

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

[...]

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

Cite-se trecho do Acórdão de impugnação, sobre os direitos do usufrutuário:

Os dispositivos legais do Direito Civil definem ter o usufrutuário direito à percepção dos frutos do bem, mas essa é uma relação particular acertada entre as partes, proprietários e usufrutuário, que não pode ser oposta à definição da fonte pagadora e do sujeito passivo, empresa investida e sócio/acionista, definidos na legislação tributária para os casos de pagamento de JCP e dividendos. Essa determinação está contida nos arts. 109, 116 e 123 do CTN, que são claros ao definir: que o direito privado não pode ser utilizado na definição dos efeitos tributários de institutos nele definidos; que o sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa que tem relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador e que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; [...]

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Portanto, o instrumento de concessão de usufruto só produz efeito entre as partes que o firmaram e não geram repercussões tributárias não previstas na legislação do Imposto de Renda.

Certo é que o contrato faz "lei" entre as partes, contudo, não têm validade as cláusulas que são contrárias ao disposto em lei.

O fato de ter o contribuinte atendido às disposições da Lei 6.404/76, para instituir o usufruto, não lhe confere o direito de opor tal determinação à Fazenda Pública. O disposto no art. 100 de referida lei não transforma o usufrutuário em acionista.

Acrescente-se que o disposto no art. 205 da Lei 6.404/76 faz referência apenas aos dividendos:

Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

Tal dispositivo, como descrito no TVF, não deve ser interpretado isoladamente, contrariando a legislação tributária, especialmente o RIR/99, art. 663, transcrito acima.

Ademais, tal permissão legal para pagar dividendos ao usufrutuário não pode ser estendida para o pagamento de JCP, pois possuem natureza jurídica e tratamento tributário distintos.

Sendo assim, correto o procedimento fiscal que reclassificou os valores declarados pelo sujeito passivo como dividendos (rendimento isento) e JCP (rendimento sujeito à tributação exclusiva), como rendimentos tributáveis sujeitos ao ajuste anual.

CONCLUSÃO

Voto por conhecer do recurso, NEGANDO-LHE provimento.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini

Voto Vencedor

Conselheiro Cleberson Alex Friess - Redator Designado

Peço vênia a Ilustre Relatora para discordar do voto proferido, especificamente quanto ao mérito.

Depreende-se do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 761/792, que a fiscalização não questionou a idoneidade dos atos societários praticados pelas partes, inclusive a criação da Holding, assumindo que é perfeitamente lícita a instituição do usufruto dos direitos econômicos de participações societárias sob a ótica do direito privado.

A controvérsia instaurada pela autoridade lançadora refere-se aos efeitos tributários decorrentes do usufruto reservado aos acionistas, dentre eles o ora recorrente, da sociedade Daycoval Holding Financeira S/A sobre os direitos econômicos das ações do Banco Daycoval S/A e a consequente apuração do imposto sobre a renda incidente sobre o acréscimo patrimonial da pessoa física.

Em síntese apertada, para a fiscalização o pagamento de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio constitui remuneração para os sócios em virtude do capital aplicado na sociedade. Todavia, o usufrutuário não participa diretamente da composição do capital social da sociedade e recebe valores com origem no seu direito real sobre a coisa alheia, e não na condição de acionista da companhia.

Logo, os valores recebidos pelo usufrutuário são rendimentos sujeitos ao regime ordinário de tributação no ajuste anual, sem direito à isenção e/ou tributação definitiva do imposto sobre a renda. Tal linha de raciocínio acabou sendo acatada pela decisão de primeira instância e pelo voto da I. Relatora.

Pois bem. Longe de questões de fato, a matéria em debate nos autos cinge-se à interpretação da legislação tributária atinente à distribuição de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio diretamente ao usufrutuário, como parcelas dos rendimentos produzidos pelas participações societárias que foram objeto de usufruto.

Em outros dizeres, a tarefa do intérprete consiste em pesquisar e extrair o exato conteúdo das normas jurídicas contidas no art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que trata da tributação exclusiva na fonte pagadora relacionada aos pagamentos a título de juros sobre capital próprio, assim como no art. 10 da mesma Lei, o qual dispõe sobre a isenção do imposto de renda sobre pagamentos de lucros/dividendos.

Com vistas a tal análise interpretativa, cabe lembrar inicialmente o que prescreve o art. 109 do Código Tributário Nacional (CTN), veiculado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, abaixo reproduzido:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Ao cuidar de instituto previsto no Código Civil, o significado e a extensão do usufruto são obtidos a partir do conjunto normativo do direito privado. Porém, é lícito ao legislador, e não ao intérprete, conferir efeitos tributários próprios, diversos daqueles normalmente produzidos nas relações entre particulares, os quais estarão submetidos aos princípios de direito tributário.

Acontece que o legislador tributário, na matéria controversa, não atribuiu ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o hermeneuta aos efeitos típicos decorrentes do direito privado, cuja interpretação reclama, no caso do usufruto de ações, também a investigação das normas de direito societário.

Segundo a definição civilista, o proprietário do bem é aquele tem a faculdade de usar, gozar e dispor, além do direito de reavê-lo do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1.228 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Por sua vez, o instituto do usufruto representa uma divisão das faculdades inerentes ao direito de propriedade, cujo direito real de obtenção dos frutos e das utilidades é conferido a outrem (arts. 1.390 e 1.394 do Código Civil).

Quero dizer com isso que o usufrutuário detém a posse direta da coisa, possuindo o direito real de uso e gozo do bem, explorando-o economicamente na retirada de seus rendimentos e acessórios. O nu-proprietário, por outro lado, permanece com a faculdade de dispor do bem.

No âmbito da disciplina das sociedades por ações, a Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976 (Lei das S/A), contém diversos dispositivos que cuidam especificamente da possibilidade de constituição do usufruto sobre participações societárias. Senão vejamos, entre outros:

Outros Direitos e Ônus

Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

(...)

Voto das Ações Gravadas com Usufruto

Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.

(...)

Direito de Preferência

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital.

(...)

§ 5º No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário.

(...)

Pagamento de Dividendos

Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

(...)

(GRIFEI)

Não é difícil perceber que a lei das sociedades por ações, em respeito ao conceito civil de usufruto, prevê o aproveitamento pelo usufrutuário dos rendimentos produzidos pelas participações societárias, consistente nas faculdades de usar e fruir das ações do capital social.

Conquanto não empregue uma linguagem uniforme em todos os artigos que tratam do usufruto, a Lei S/A reconhece, ao fim e ao cabo, que tanto nu-proprietário quanto usufrutuário estão legitimados a exercerem direitos de acionistas.

É que conforme realçado pelo voto-condutor do Acórdão nº 1103-001.123, proferido pela 3ª Turma da 1ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 21/10/2014, com base na doutrina de Modesto Carvalhosa, o nu-proprietário tem a titularidade primária da ação e o usufrutuário detém a sua titularidade secundária.

Salta aos olhos ainda que o art. 205 da Lei das S/A, acima reproduzido, contém expressa previsão para pagamento de dividendos ao usufrutuário. Nada menciona a Lei, contudo, a respeito dos juros sobre capital próprio, até porque é um instituto criado mais recentemente.

Acentuou com lucidez a I. Relatora que dividendos e juros sobre capital próprio possuem natureza jurídica e tratamentos tributários distintos. É uma assertiva verdadeira.

Entretanto, em uma acepção ontológica dos termos, ambos são formas de remuneração do acionistas pelo capital investido na companhia. Os lucros/dividendos remuneram o resultado econômico da sociedade, enquanto os juros sobre capital próprio tem por finalidade remunerar o capital do investidor que deixou de ser direcionado, por opção do acionista, a outra aplicação financeira.

Em uma e outra hipótese apontada, são riquezas representativas de direitos econômicos das ações, consistindo em rendimentos a serem aproveitados pelo usufrutuário, na concepção de proveitos dos frutos e utilidades que a coisa alheia produz.

Nessa linha de compreensão sobre o tema, é interessante anotar que a própria Lei nº 9.249, de 1995, que possui natureza tributária, estabelece a possibilidade de as companhias pagarem juros sobre capital próprio em substituição aos lucros/dividendos. Reproduzo o § 7º do seu art. 9º:

Art. 9º (...)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

(...)

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

(...)

(GRIFEI)

Dessa forma, levando em conta o regramento normativo exposto do direito civil e societário, é possível assegurar que, uma vez instituído o usufruto, os lucros/dividendos e os juros sobre capital próprio, pagos ou creditados como resultado produzido pelas participações societárias, são rendimentos que pertencem ao usufrutuário.

No tocante à legislação tributária, cabe realçar que a subsunção do fato à regra de incidência tributária do imposto sobre a renda enseja, via de regra, a tributação do acréscimo patrimonial.

Por isso, os dispositivos legais que estabelecem exceções à tributação ordinária, a exemplo daqueles que conferem isenção aos rendimentos percebidos ou estabelecem a aplicação de alíquotas mais benéficas ao contribuinte, devem ser interpretados de forma literal, tal como indica o art. 111 do CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

(...)

Porém, o legislador não quis dizer que não se possa utilizar os critérios teleológico, histórico e sistemático na interpretação da legislação tributária que trata de regras de exceção.

É que a legislação tributária, em que pese a autonomia de conceitos próprios, não pode ser examinada de maneira dissociada das demais normas que fazem parte do ordenamento jurídico, sob pena de levar a um distanciamento do alcance do texto de lei.

Em verdade, a interpretação literal a que alude o CTN diz respeito aos efeitos tributários produzidos pela avaliação do hermeneuta, devendo as normas de exceção serem interpretadas de maneira estrita.

Significa que a interpretação não comporta ampliação da norma jurídica, tampouco analogias. Mas não só. Também é inviável a utilização de exegese restritiva, a qual acarreta distinção onde a lei não distingue ("ubi lex non distingui nec nos distinguere debemus").

Traçados os contornos básicos do meu ponto de vista sobre o viés interpretativo da matéria controvertida, passa-se ao exame dos correspondentes dispositivos legais, considerando que o recorrente declarou parte dos valores recebidos como isentos (lucros/dividendos) e outra parte como de tributação exclusiva na fonte (juros sobre capital próprio).

Em ambas as situações, a autoridade lançadora reclassificou os rendimentos, oriundos do exercício do usufruto, para fins do lançamento de ofício do crédito tributário, submetendo-os à tributação no ajuste anual.

Juros sobre Capital Próprio

Para melhor visualização do conteúdo do dispositivo de lei, transcrevo o art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, no que interessa ao feito:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo TJLP.

(...)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

(...)

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

(...)

(GRIFEI)

Esse é o mesmo teor dos arts. 347 e 668 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, veiculado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99):

Art. 347. A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos de apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP (Lei nº 9.249, de 1995, art. 9º).

(...)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto na forma prevista no art. 668 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 9º, § 2º).

(...)

Art. 668. Estão sujeitos ao imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito, os juros calculados sobre as contas do patrimônio líquido, na forma prevista no art. 347 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 9º, § 2º).

§ 1º O imposto retido na fonte será considerado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 9º, § 3º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 51, parágrafo único):

(...)

II - tributação definitiva, nos demais casos, inclusive se o beneficiário for pessoa jurídica isenta.

(...)

Em linha de aderência com o retratado neste voto, nenhum efeito tributário específico atribuiu o legislador ao usufruto. Embora o regime jurídico esteja regulado pela Lei nº 9.249, de 1995, o legislador não impôs limitações ao recebimento pelo usufrutuário de valores a título de juros sobre capital próprio, que, em razão da instituição do usufruto, a ele pertencem.

Configura-se restritiva a interpretação de que a expressão "acionista", tal como inserida na "cabeça" do art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, diga respeito somente ao beneficiário que detém a participação acionária direta na pessoa jurídica, na condição de proprietário pleno ou mesmo de possuidor da nua propriedade dos ativos, com exclusão das pessoas físicas usufrutuárias dos direitos econômicos. O legislador não adotou esse tipo de restrição, mesmo porque a instituição do usufruto não altera a natureza jurídica dos frutos percebidos pelo usufrutuário.

É da essência do usufruto o aproveitamento dos rendimentos pelo usufrutuário, em harmonia com as disciplinas previstas nas leis civil e societária, que abrange, entre outros, os juros sobre capital próprio. A condição de usufrutuário implica considerá-lo acionista, para fins de percepção dos juros sobre capital próprio. De fato, como dito, o usufrutuário detém a titularidade secundária das participações acionárias.

À vista disso, correta a classificação dos valores recebidos pelo recorrente do Banco Daycoval S/A, no período da autuação, como rendimentos a título de juros sobre capital próprio.

Os juros pagos ou creditados, a título de remuneração do capital próprio, devem ser tributados exclusivamente na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento), na data do pagamento ou crédito.

Logo, é improcedente o lançamento de ofício do crédito tributário na forma de rendimentos tributáveis sujeitos ao ajuste anual.

Dada a insubsistência do crédito tributário lançado pela fiscalização, deixo de reavaliar, por absolutamente desnecessário, o critério para o cômputo do prazo decadencial aplicável aos rendimentos pagos a título de juros sobre capital próprio, tributados exclusivamente na fonte.

Lucros/Dividendos

Neste ponto controvertido, copio a redação do "caput" do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

(...)

O texto de lei está reproduzido no inciso XXIX do art. 39 e no art. 692 do RIR/99:

Rendimentos Diversos

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

XXIX - os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 10);

(...)

Lucros ou Dividendos

Apurados a partir de 1º de janeiro de 1996

Art. 692. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou arbitrado a pessoa física ou jurídica, domiciliada no exterior, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte (Lei nº 9.249, de 1995, art. 10).

De pronto, observa-se que a legislação de regência não faz qualquer menção à figura do titular, sócio ou acionista. Os lucros/dividendos apurados a partir de 1º de janeiro de 1996, como é a hipótese dos autos, pagos ou creditados a pessoa física ou jurídica, não estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, tampouco integram a base de cálculo do imposto submetido ao ajuste anual da pessoa física.

Cuida-se de uma verdadeira isenção tributária de natureza objetiva, na medida em que o legislador ordinário escolheu como parâmetro um determinado fato jurídico, sem levar em consideração as condições das pessoas beneficiadas pela exceção.

Em outras palavras, a isenção alcança a riqueza lucros/dividendos na sua concepção primária, ou seja, os lucros/dividendos das pessoas jurídicas apurados com base nos seus resultados e pagos ou creditados aos respectivos beneficiários dos rendimentos. E como exaustivamente afirmado, o usufrutuário, haja vista a essência do instituto do usufruto, é beneficiário dos lucros/dividendos.

Além dos argumentos já deduzidos no presente voto, nessa situação é ainda mais evidente que o legislador não circunscreveu o tratamento tributário diferenciado apenas para o beneficiário que detenha participação acionária direta na pessoa jurídica, promovendo a exclusão do usufrutuário da regra de isenção. Daí porque, utilizando-se de via inadequada, a interpretação da autoridade lançadora inova a norma jurídica contida no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995.

Assim sendo, correta a classificação dos valores recebidos pelo recorrente do Banco Daycoval S/A, no período da autuação, como rendimentos a título de lucros/dividendos recebidos de pessoa jurídica.

Os valores pagos ou creditados, a título de lucros/dividendos apurados a partir de 1996, são rendimentos isentos do imposto sobre a renda da pessoa física.

Logo, também é improcedente o lançamento de ofício do crédito tributário na forma de rendimentos tributáveis sujeitos ao ajuste anual.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess