



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 16327.000792/2004-10
Recurso n° 162.857 Voluntário
Matéria IRPJ e outros
Acórdão n° 103-23.658
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente BPN Brasil Banco Múltiplo SA
Recorrida 10ª Turma/DRJ-São Paulo/SP-I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

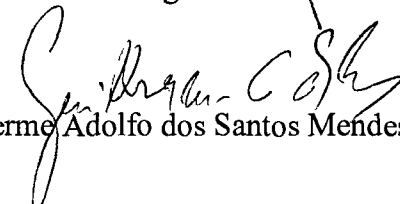
Exercício: 2000, 2001

Ementa: USUFRUTO DE AÇÕES – REGIME DE TRIBUTAÇÃO – os valores recebidos em contrapartida pela constituição de usufruto de ações devem ser apropriados no curso da vigência do contrato, ainda que recebidos já no ato de celebração e em parcela única. Desse modo, a autuação deve ser afastada quanto aos valores relativos a períodos diversos daquele consignado na autuação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencidos os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe, Carlos Pelá, Régis Magalhães Soares Queiroz e Antonio Carlos Guidoni Filho, que deram provimento integral ao recurso.


Adriana Gomes Rego - Presidente


Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

EDITADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Leonardo de Andrade Couto, Carlos Pelá, Régis Magalhães Soares Queiroz, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Em relação às peças iniciais de acusação e defesa, sirvo-me do relatório da autoridade *a quo*:

Trata-se de impugnação (fls. 136/140, 149/153, 164/168 e 176/180) apresentada por BPN BRASIL BANCO MÚLTIPLO S/A, supra qualificada, anteriormente denominada ITAUVEST BANCO DE INVESTIMENTO S/A, em face dos Autos de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 113/117), de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 118/121), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 122/125) e de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 126/132).

Relata a autoridade fiscal no Termo de Verificação de Infração Fiscal de fls. 102/112:

“No exercício das funções do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, e em ação de fiscalização direta junto ao contribuinte acima identificado, CONSTATAMOS, a seguinte irregularidade:

REDUÇÕES INDEVIDAS DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ, DA CSLL, DO PIS E DA COFINS EM DECORRÊNCIA DE REGISTRO DE RECEITA OPERACIONAL AUFERIDA, EM CESSÃO DE USUFRUTO DE COTAS E DE AÇÕES, CONTRA DIREITOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DO ATIVO PERMANENTE, COMO SE LUCROS DISTRIBUÍDOS FOSSEM.

1. OS FATOS

1.1. O contribuinte, acima identificado, anteriormente denominado ITAUVEST BANCO DE INVESTIMENTO S/A, nos anos-calendário de 1999 e 2000, através dos contratos denominados “INSTRUMENTO DE CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO DE COTAS/AÇÕES”, abaixo relacionados, instituiu o usufruto, a título oneroso, das seguintes cotas de capital e de ações de sua propriedade:

Contrato firmado em 29/10/1999, tendo como usufrutuário o BANCO ITAÚ S/A. e por objeto 305.340.720 ações nominativas de emissão da ITAUVEST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A, com vigência a partir daquela data, até 29/10/2000 (doc. Fls.88/89);

Contrato firmado em 06/12/2000, tendo como usufrutuário CIA. DE SEGUROS GRALHA AZUL, inscrita no CNPJ sob nº 27.528.579/0001-10 e por objeto 305.340.720 ações nominativas ordinárias, de emissão da ITAUVEST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A, com vigência a partir daquela data, até 06/10/2001 (doc. fls. 91/92);

1.2. Considerando que os usufrutos foram cedidos a título oneroso, o contribuinte, BPN BRASIL BANCO MÚLTIPLO S/A. recebeu, nas

datas das assinaturas dos mencionados contratos, os valores de, respectivamente, R\$ 1.970.000,00 e R\$ 1.078.000,00.

1.3. De acordo com os documentos contábeis apresentados a esta fiscalização (doc. fls. 90 e 93), verificamos que o contribuinte utilizou o seguinte esquema contábil, para registro dessas operações, exemplificado pelo contrato identificado no item "a" do parágrafo 1.1:

a) Por ocasião da contratação do usufruto:

D	111010.4001008	Banco Itaú – Ag. C/ Movimento	1.970.000,00
C	210007.1340009	Part. na Itauvest DTVM - JCP (Cta.Retificadora)	1.970.000,00

b) Por ocasião do encerramento do exercício:

D	210007.1340009	Part. na Itauvest DTVM - JCP (Cta.Retificadora)	1.970.000,00
C	210008.1031001	Part. na Itauvest DTVM – Valor Patrimonial	1.970.000,00

1.5. Assim, os valores recebidos em decorrência da cessão dos usufrutos foram apropriados, inicialmente, a débito da conta "Disponibilidades", e a crédito da conta retificadora do ativo na qual os investimentos, objeto de usufruto, estavam contabilizados. Posteriormente, a conta retificadora do ativo Investimento foi debitada, tendo como contrapartida a conta de investimento.

1.6. Por outro lado, o contribuinte em 24/05/2004, foi regularmente intimado (doc. fls.94/95) a:

I) Apresentar as justificativas contábeis, jurídicas e econômicas adotadas no procedimento de contabilização dos valores recebidos pelas cessões do exercício do usufruto de ações, como sendo idênticas aos resultados na participação societária da empresa investida;

II) Informar se os valores recebidos em decorrência dessas operações foram adicionados às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, do PIS e da COFINS; e

III) Sendo negativa a resposta ao quesito anterior, apresentar as justificativas jurídicas e fiscais de tal procedimento.

1.7. Em cumprimento à referida intimação, o contribuinte em 31/05/2004, esclareceu o que se segue (doc. fls.96):

O procedimento adotado na contabilização do valor recebido pela cessão do usufruto de ações reflete a boa técnica contábil pelos motivos que passamos a expor.

A instituição do usufruto impõe a existência de dois titulares de direito sobre as ações: o nu-proprietário, a quem compete a propriedade das ações, e o usufrutuário, a quem se confere o direito aos frutos delas provenientes (dividendos e JCP).

Na contratação do usufruto, não se sabe qual será o valor da redução do investimento correspondente à cessão de direitos.

Sendo o investimento avaliado pelo MEP (método da equivalência patrimonial), é tecnicamente correto o lançamento da contrapartida do valor correspondente à cessão dos direitos em questão em conta transitória retificadora do investimento.

No caso em exame, no encerramento dos exercícios de 1999 e 2000, houve a declaração dos frutos e, portanto, a quantificação do custo, o que ensejou a amortização do custo do usufruto por meio da baixa da devida conta retificadora de investimento.

Em face do exposto acima, e considerando que o encerramento dos referidos exercícios não gerou receita ou lucro, não houve adição de valores recebidos na apuração das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

2. VALORES DISTRIBUÍDOS POR EMPRESAS INVESTIDAS – SUA CONTABILIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO.

2.1. Preliminarmente, deve-se esclarecer que a Lei nº 6.404/76, denominada de Lei das Sociedades Anônimas, é omissa quanto a contabilização, na companhia controladora, dos dividendos e lucros em dinheiro distribuídos pela coligada ou controlada. O procedimento contábil foi confirmado pelo parágrafo único do artigo 22 do Decreto-lei nº 1.598/77; o tratamento fiscal, pelo artigo 23 do mesmo Decreto-lei, que assim dispõem:

Art. 22 O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Parágrafo único Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.

Art. 23 A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22 terá o seguinte tratamento na determinação do lucro real do contribuinte:

I a contrapartida do ajuste por aumento do valor de patrimônio líquido do investimento não será computada no lucro real, ressalvado o disposto no § 1º e no artigo 33.

.....
(grifo nosso).

2.2. Desse modo, o pagamento de dividendo ou lucro em dinheiro representa uma redução no patrimônio da coligada ou controlada; é um FATO PERMUTATIVO no patrimônio da controladora. Essa TROCA se DÁ por acréscimo do saldo bancário da controladora, que deverá ser compensado com redução do valor do investimento, redução essa que representará a retirada de valores do patrimônio da coligada ou controlada (pagamento de dividendo/lucro). Assim, os dividendos e lucros recebidos pela controladora deverão ser creditados à conta de investimento.

2.4. Face à diminuição do valor do investimento, em razão do procedimento contábil acima, a contrapartida do ajuste por aumento do valor do investimento, apropriado em conta de resultado do exercício,

ao final do respectivo período base, não será computada no lucro real, ou seja, deverá ser excluída do lucro líquido do respectivo exercício, através do Lalur.

2.5. Diante do acima relatado e face aos esclarecimentos constantes do item 1.7, restou demonstrado e comprovado que a instituição financeira BPN Brasil Banco Múltiplo S/A contabilizou os valores recebidos do usufrutuário e correspondentes à cessão temporária de usufruto de ações, inicialmente, a crédito da conta transitória retificadora do investimento, e posteriormente transferiu esses valores a crédito da conta investimento, reduzindo seu valor contábil a título de "custo da operação", para, finalmente, ajustar o saldo da conta investimento com o valor do patrimônio líquido da empresa investida, através da equivalência patrimonial. Assim, a instituição financeira considerou o valor recebido pela cessão temporária de usufruto de ações ou quotas de capital como sendo dividendos/lucros provenientes de empresas investidas, ou seja, entende o contribuinte que a relação jurídica entre cedente de usufruto e usufrutuário é idêntica entre investidor e investida; conseqüentemente, os respectivos valores deixaram de ser incluídos na base de cálculo do I.R.P.J., da C.S.L.L., do PIS e da COFINS.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DOS VALORES RECEBIDOS PELA CESSÃO DE USUFRUTO DE AÇÕES/COTAS DE CAPITAL.

3.1. Buscando reconhecer a natureza jurídica dos referidos valores, faz-se necessário, inicialmente, identificar os conceitos dos institutos da locação e do usufruto os quais, à época dos fatos estavam disciplinados pelo Código Civil Brasileiro aprovado pela Lei 3.071/1916 que assim dispunha:

Art. 1.188 Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 713 Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade.

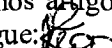
Art. 714 O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

.....

Art. 717 O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso

.....

Art. 724 O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio,

3.2. Examinando as regras acima, que com exceção do art. 713, os demais estão correspondidos nos artigos 565, 1.390 e 1.393 do novo C.C.B., verifica-se o que se segue: 



(a) a alienação do **usufruto** só pode ter como adquirente o nu-proprietário, bem como, o seu exercício pode ser cedido, **definitivamente ou temporariamente**. Assim, aquele que detém a propriedade do bem pode ceder o exercício do usufruto a terceiros; todavia, o detentor do usufruto, o qual não possui a nua propriedade do bem, poderá, neste caso, aliená-lo, tão somente, ao respectivo proprietário;

(b) a cessão do exercício do usufruto, pode ser a título gratuito ou oneroso, e realizada com terceiros;

(c) na locação, o cedente (locador) cede ao locatário, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível e mediante certa retribuição; e

(d) assim, pode-se inferir que a retribuição recebida pela cessão, temporária, do exercício do usufruto (oneroso), tem uma simetria com a locação em geral.

3.3. Analisando os arts. 717 e 724 do C.C.B., constata-se que na concessão do exercício do usufruto não ocorre, propriamente, a alienação do usufruto, mas, sim, a cessão, temporária ou definitiva, do direito de usar e fruir as utilidades do bem sobre o qual é instituído o usufruto. Nestes termos, não se materializa, na espécie, qualquer transmissão de direito, mas sim PERMISSÃO PARA O USO DESSE DIREITO.

3.4. Inexistindo transmissão de direito, os valores recebidos pela cessão do usufruto não são considerados como sendo decorrentes de resultados de alienação, ou seja, não devem ser classificados como ganhos de capital (art. 31 do Decreto-Lei 1.598/77).

3.5. Não sendo ganhos de capital, os valores recebidos a título de permissão para o uso e fruição de direitos devem ser apropriados como sendo receitas operacionais, equivalentes a aluguéis; senão vejamos:

3.6. O usufruto oneroso tem uma semelhança estreita com a locação, pois, tanto na locação como no usufruto uma das partes (locador, na locação; e proprietário/cedente, no usufruto) cede à outra (locatário e usufrutuário, respectivamente), por tempo determinado ou não e mediante retribuição previamente pactuada, o uso e gozo de uma coisa não fungível. A principal diferença consiste em que enquanto na locação o direito é pessoal, no usufruto é real; o direito do locatário se exerce contra o locador; o do usufrutuário, erga omnes.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro, in "Curso de Direito Civil" Direito das Coisas – 11ª Edição, às fls. 293 e 297, ensina:

"Igualmente com a locação o usufruto apresenta marcante analogia. A situação do usufrutuário assemelha-se à do locatário, quanto ao uso e gozo da coisa, havendo quem afirme que sob certo aspecto, o direito do locatário supera o do usufrutuário. Divergem, porém, os dois institutos: locação é relação pessoal, ao passo que usufruto é direito real. Recai a primeira, exclusivamente, sobre coisas corpóreas, ao passo que o segundo incide também sobre créditos, direitos de autor, patentes de invenção, fundo de comércio e outros valores incorpóreos. A locação

decorre apenas do contrato, enquanto que o usufruto nasce da convenção e também da lei. Ostentam-se, portanto, de modo palpável, as diferenças que estremam os dois institutos."

"Usufruto não comporta alienação, como direito é incessível. Mas seu exercício pode ser cedido a título gratuito ou oneroso. Nada impede assim que o usufrutuário, ao invés de se utilizar pessoalmente da coisa frutuária, o que poderia ser inútil e até vexatório, a alugue ou a empreste a outrem".

3.8. Como se depreende, além da semelhança entre os dois institutos, o bem objeto de usufruto pode ser alugado pelo usufrutuário. Ora, se o usufrutuário tem esse direito, o nu proprietário ao ceder o exercício do direito do usufruto a título oneroso estará também "alugando" esse direito a outrem, denominado usufrutuário.

3.9. Entretanto, não obstante o acima relatado, saliente-se que a Administração Tributária, ao resolver situação semelhante, assim se manifestou através do PN/CSN 04/95:

"Imposto de Renda Pessoa Física"

Alienação ou Cessão de Direito do Usufruto.

O ganho de capital apurado na cessão de direitos, por alienação, do usufruto está sujeito à tributação na pessoa física do usufrutuário.

As importâncias recebidas pela cessão do exercício do usufruto são consideradas como aluguéis e tributadas como tal.

.....

3.10. Por outro lado, os valores recebidos pela cessão do usufruto não podem ser considerados como rendimentos derivados de ações/cotas de capital, como pretende o contribuinte, porque, ao interpretar como dividendo/lucro aquilo que, como demonstrado, não corresponde ao conceito que lhe atribuí o Código Civil Brasileiro, o contribuinte deixou de observar o que dispõe o artigo 109 do Código Tributário Nacional, que contém, "verbis":

"Art. 109 Os princípios gerais do 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."

3.11. Ao comentar dito dispositivo, HUGO DE BRITO MACHADO, in "CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO", Malheiros Editores, 7ª edição, 1993, páginas 79/80, esclarece:

"Relevante é notar que o art. 109 do Código Tributário Nacional refere-se aos princípios gerais de direito privado e não às leis de direito privado. Assim, os conceitos, os institutos, as formas, prevalentes no Direito Civil, ou no Direito Comercial, em virtude de elaboração legislativa, prevalecem igualmente no Direito Tributário. Só os princípios do direito privado é que se não aplicam para a

determinação dos efeitos tributários dos institutos, conceitos e formas do Direito Civil.

Se determinado conceito legal do Direito Privado não for adequado aos fins do Direito Tributário, o legislador pode adaptá-lo. Dirá que, para os efeitos tributários, ou para os efeitos deste ou daquele tributo, tal conceito deve ser entendido desta ou daquela forma, com esta ou aquela modificação. **Essa interpretação é obra do legislador e não do intérprete**, pois este não pode, a qualquer pretexto, modificar a lei. Se o conceito não é legal, mas apenas doutrinário, pode o intérprete adaptá-lo aos fins do Direito Tributário."

(grifamos)

3.12. De seu turno, LUCIANO DA SILVA AMARO, na obra "DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO", Editora Saraiva, 2003, página 214, na mesma linha de HUGO DE BRITO MACHADO, aduz que:

"Em suma, o instituto de direito privado é "importado" pelo direito tributário com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações, nem transfigurações. A compra e venda, a locação, a prestação de serviço, a doação, a sociedade, a fusão de sociedades, o sócio, o gerente, a sucessão causa mortis, o herdeiro, o legatário, o meeiro, o pai, o filho, o interdito, o empregador, o empregado, o salário etc. etc. têm conceitos postos no direito privado, que ingressam na cidadela do direito tributário sem mudar de roupa e sem outro passaporte que não o preceito da lei tributária que os "importou". Como assinala Becher, com o apoio em Emilio Betti e Luigi Vittorio Berliri, o direito forma um único sistema, onde os conceitos jurídicos têm o mesmo significado, salvo se a lei tiver expressamente alterado tais conceitos, para efeito de certo setor do direito; assim, exemplifica Becker, não há um "marido" ou uma "hipoteca" no direito tributário diferentes do "marido" e da "hipoteca" no direito civil."

3.13. Portanto, já que a lei específica do tributo não atribuiu aos valores recebidos pela cessão de usufruto conceito diferente daquele que tem no Direito Civil, bem como de tudo quando foi acima expresso, resulta que os valores recebidos pela BPN BANCO MÚLTIPLO S/A. pela cessão temporária do usufruto de ações/quotas de capital, em decorrência dos contratos relacionados no item 1.1 acima, devem ser, efetivamente, apropriados como sendo receitas operacionais, tendo em vista que esses rendimentos provêm da cessão do exercício de um direito inerente a um ativo (participação societária).

3.14. Finalmente, fica ressaltado que, DESCABE NA ESPÉCIE QUALQUER TENTATIVA DE EQUIPARAR O PRODUTO DA CESSÃO DO USUFRUTO A RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS, EIS QUE DERIVAM DE RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS ABSOLUTAMENTE DIVERSAS. DA RELAÇÃO ENTRE A INVESTIDORA E A INVESTIDA RESULTAM OS RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIAL – ; DA RELAÇÃO ENTRE O CEDENTE E O

**USUFRUTUÁRIO NASCE A RECEITA DO USUFRUTO –
INSTRUMENTO DE CESSÃO DE USUFRUTO.**

4. DA IRREGULARIDADE FISCAL

Diante do acima exposto, constata-se que BPN BANCO MÚLTIPLO S/A. equiparando a relação jurídica entre proprietário/cedente e usufrutuário, como sendo idêntica à relação jurídica entre investidora e investida, eis que, apropriou, erroneamente, os valores recebidos em pagamento pela cessão temporária do exercício do usufruto de ações/quotas de empresas investidas, como sendo decorrentes de dividendos/lucros derivados dessas mesmas ações, deixou de adicionar os referidos valores à base de cálculo do I.R.P.J., da C.S.L.L., do P.I.S. e da COFINS.

5. DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INFRINGIDOS.

O contribuinte infringiu, relativamente ao:

I.R.P.J.: os artigos 249, inciso II; 251, parágrafo único; 278; 279; e 280 do atual Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/99, combinado com o artigo 24 da Lei 9.249/95;

C.S.L.L.: o artigo 2º e §§ da Lei 7.689/88; o art. 1º da Lei 9.316/96 e art. 28 da Lei 9.430/96; o art. 7º da M.P. 1.807/99 e reedições; e artigo 6º da M.P. 1.858/99 e reedições;

PIS: o artigo 3º, §§ 2º e 3º da Lei Complementar 7/70; os artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98, com as alterações da M.P. 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da M.P. 1.858/99 e suas reedições; o artigo 4º da Lei 9.701/98; e

COFINS: artigo 1º da Lei Complementar nº 70/91; artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e seus reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

6. DOS VALORES A TRIBUTAR

Os valores discriminados no item 1.2 serão, de ofício, adicionados à base de cálculo do I.R.P.J., da C.S.L.L., do PIS e da COFINS.”

Ante a constatação da infração acima descrita, a autoridade fiscal lavrou, em 08/06/2004, os seguintes Autos de Infração:

i. Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 113/117), no valor de R\$1.867.747,40, incluindo a multa de ofício de 75% e os juros de mora calculados até 31/05/2004.

ii. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS (fls. 118/121), no montante de R\$48.953,26, igualmente incluindo multa de ofício e juros de mora;

iii. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 122/125), totalizando R\$225.938,14, com multa de ofício e juros de mora;

iv. Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 126/132), no valor de R\$820.594,12, multa e juros de mora incluídos.

Os autos de infração perfazem um crédito tributário de R\$2.963.232,92, conforme Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo às fls. 02.

*Inconformado com a autuação acima descrita, da qual tomou ciência em 15/06/2004 (fls. 116, 120, 124 e 131), o contribuinte, por intermédio de sua procuradora (fls. 141/142), protocolizou em 15/07/2004 a **Impugnação** de fls. 136/140, 149/153, 164/168 e 176/180, na qual alega que o auto de infração deve ser cancelado, pelos seguintes motivos:*

“I – DOS FATOS

Mediante a assinatura de dois contratos denominados "Instrumento de Constituição de Usufruto de Cotas/Ações", a Impugnante instituiu o usufruto, a título oneroso, de cotas de capital e de ações de sua propriedade.

O primeiro contrato, datado de 29/10/99, tem como usufrutuário o BANCO ITAÚ S/A e o segundo contrato, firmado em 06/12/00, a Cia. de Seguros Gralha Azul, ambos adquirentes do usufruto de 305.240.720 ações nominativas, cada um, de emissão da Itauvest Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A.

Nas datas de assinatura dos contratos a Impugnante recebeu, respectivamente, R\$1.970.000,00 e R\$1.078.000,00, os quais foram registrados contabilmente a débito da conta "disponibilidades" e a crédito da conta retificadora do ativo. Posteriormente, a conta retificadora do ativo investimento foi debitada, tendo como contrapartida a conta de investimento.

Em 05/05/04, o Impugnante foi intimado a apresentar as justificativas para a adoção desse registro. A resposta à intimação foi entregue em 31/05/04 esclarecendo a contabilização do usufruto.

Ocorre que a Receita Federal discordou do procedimento adotado e lavrou os presentes autos de infração, por entender que "descabe na espécie qualquer tentativa de equiparar o produto da cessão do usufruto a rendimentos de participações societárias, eis que derivam de relações jurídicas contratuais absolutamente diversas. Da relação entre a investidora e a investida resulta os rendimentos de participações societárias – contrato social ou estatuto social – da relação entre o cedente e o usufrutuário nasce a receita do usufruto – instrumento de cessão de usufruto."

Porém, conforme se verá a seguir a fiscalização se equivocou.

II. DO MÉRITO

1. DO USUFRUTO

O usufruto é modalidade de contrato prevista no Código Civil Brasileiro e prevê a transferência de bens móveis e imóveis ao usufrutuário, que "tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos". (Art. 1.394, do Código Civil)

De acordo com Luiz Gastão Paes de Barros Leães (O direito de voto de ações gravadas com usufruto vidual. Revista Trimestral de Direito Civil, volume 14, abril/junho 2003.):

"O usufruto pressupõe, portanto, a coexistência simultânea do direito do usufrutuário, construído em torno das prerrogativas da utilização e fruição de coisa alheia, e do direito do proprietário, que, embora as abandonando temporariamente em proveito do usufrutuário, conserva a substância da coisa própria e a condição jurídica de senhor, mantendo o direito dela dispor. A constituição do usufruto não significa, portanto, uma amputação no direito do proprietário, já que as faculdades dominiais estão sempre presentes e sujeitas à consolidação, logo que possível, retornando a propriedade à sua plenitude".

"A indispensável coexistência do usufruto com a nua-propriedade, ou seja, com o direito de propriedade despido do exercício das faculdades de uso e gozo, na posse de outro titular, aponta, portanto, para essa característica essencial do usufruto, que é a sua conexão com a substância da coisa, mantida em mãos do proprietário. Da presença necessária e concomitante da nua propriedade, a cujo titular caberá receber de volta os poderes de uso e gozo sobre a coisa, quando da extinção do usufruto, infere-se a necessidade lógica de encarar a propriedade, ainda que comprimida, concebida com todos os seus atributos essenciais, sem o que o mecanismo do instituto se torna impossível".

Do texto transcrito verifica-se que a instituição do usufruto impõe a existência de dois titulares do direito sobre os bens, objeto do usufruto, o nu-proprietário, detentor da propriedade e o usufrutuário, a quem se confere o direito aos frutos.

2. VALORES DISTRIBUÍDOS POR EMPRESAS INVESTIDAS - CONTABILIZAÇÃO NO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

A prática contábil determina que no método da equivalência patrimonial, a conta investimento deve refletir a participação de uma sociedade no patrimônio de sua coligada ou controlada.

Em virtude do aumento ou diminuição do patrimônio líquido de sua coligada/controlada, a sociedade detentora de participação nesse capital deve reconhecer um aumento ou uma diminuição do seu investimento.

A oscilação patrimonial também deve levar em consideração os lucros distribuídos por aquelas empresas. Nesse caso, reza a boa prática contábil que, "quando se efetivar a distribuição de tais lucros como dividendos, devem ser registrados em caixa ou bancos e deduzidos da conta de Investimentos." (Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, FIPECAF, 4ª Ed., 1995)

RCS

Na presente situação, a fiscalização concorda com a forma de registro contábil dos investimentos, todavia questiona esse procedimento em razão da existência do usufruto.

Considerando os argumentos da fiscalização, o Impugnante passa a demonstrar que os critérios adotados para a contabilização dos valores recebidos pelo usufruto de ações refletem a boa prática contábil.

Inicialmente, há que se ressaltar que os frutos de ações, quais sejam, os dividendos e os juros sobre o capital próprio, somente se consideram vencidos quando declarados pelas sociedades, conforme determina o artigo 205, caput, da Lei nº 6.404/76.

Do artigo citado conclui-se que o direito ao recebimento dos juros e dividendos somente poderá ser considerado líquido e certo, tanto para o proprietário quanto para o usufrutuário quando da declaração.

Considerando o disposto na lei, no momento da celebração do contrato de usufruto não se sabia se seriam distribuídos os lucros, ou ainda, qual seria o valor dos dividendos ou juros que seriam declarados durante a sua vigência. Isto é, não pode ser considerado líquido o direito do usufrutuário nem é líquido o custo do usufruto para o proprietário.

Dessa forma, não há maneira de se quantificar o eventual ganho ou perda no momento em que o usufruto se constitui. Portanto, quando se recebe o preço do usufruto, a contrapartida se dá em uma conta retificadora.

Somente após a declaração de que a distribuição de lucros será efetuada é que o usufrutuário poderá reconhecer o montante a receber como um direito líquido e certo e o proprietário poderá conhecer o custo do usufruto.

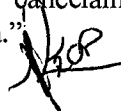
O investimento do Impugnante é avaliado pelo Método da Equivalência Patrimonial. Por isso, a declaração da investida (distribuição de lucros) implica redução do valor do investimento. Considerando que, na vigência do usufruto os frutos não são do proprietário das ações, o valor do investimento também deve ser reduzido, haja vista que há uma diminuição no patrimônio líquido da investida. Todavia, a contrapartida não será um valor a receber, mas um lançamento a débito na conta retificadora do investimento.

Equívocou-se a fiscalização ao exigir o trânsito desse valor pelo resultado, haja vista que não estamos diante de uma receita, mas sim de uma variação inerente ao direito adquirido anteriormente (investimento).

Diante de todo o exposto, resta claro que a fiscalização equivocou-se e o presente auto de infração deve ser cancelado.

III - CONCLUSÃO

Pelo exposto, requer-se dessa Delegacia de Julgamento que acolha a presente impugnação e determine o cancelamento dos autos de infração, em razão da sua improcedência.”



DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 191 a 208) negou provimento à defesa, conforme ementa abaixo transcrita:

CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO SOBRE AÇÕES. PREÇO RECEBIDO. O preço recebido pela cessão do direito de fruir na constituição do usufruto sobre ações deve ser apropriado como receita operacional.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. A procedência do lançamento de IRPJ, relativo a receitas que deixaram de ser oferecidas à tributação, implica a manutenção das exigências fiscais de CSLL, PIS e Cofins decorrentes dos mesmos fatos.

É oportuno também citar parte do voto que bem resume os fundamentos da decisão:

Verifica-se, no presente caso, que o recebimento do preço (1. quantidade monetária equivalente a uma mercadoria, determinada em função de sua capacidade de ser negociada no mercado; valor, custo – Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa) em troca da cessão do direito de fruir das ações enquadra-se no conceito de receita, pois: i) resultou num aumento do patrimônio líquido da entidade no momento da constituição do usufruto – surgimento de um ativo no seu patrimônio; e ii) correspondeu a um ganho obtido pela cessão de um direito a outra pessoa jurídica. Note que a definição contida no inciso I, § 3º, do art. 9º da Resolução CFC nº 750/93, deve ser interpretada no sentido amplo, nela se enquadrando diversos tipos de receitas, tais como: receitas financeiras, receitas de aluguéis, ganhos de capital, royalties, receitas de arrendamentos, etc., alcançando também a receita relativa à cessão do direito de fruir das ações, ora em apreço.

Por outro lado, realmente essencial é o caráter oneroso da operação. Como a cessão do direito de fruir, ou seja, a constituição do usufruto, operou-se a título oneroso, não há como negar que no momento da constituição houve um acréscimo no patrimônio líquido da empresa.

De mais a mais, no momento da constituição do usufruto, como admite o próprio contribuinte, não se sabe se haveria ou não distribuição de dividendos. O usufrutuário assume um risco, pagando o preço em troca da permissão de uso de ações, que podem render frutos ou não. Por sua vez, a nu-proprietária auferiu uma receita que independe do resultado de sua participação societária. O fato de não ser ainda líquido e certo o valor dos dividendos a serem distribuídos em nada altera a forma de reconhecimento da receita proveniente da constituição do usufruto, como equivocadamente pretende



impugnante, e não justifica o registro de uma conta retificadora do investimento.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 217 a 226, mediante o qual aduz as razões que se seguem.

Tece considerações doutrinárias acerca da natureza do usufruto.

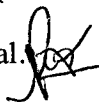
Afirma que “o autuante entendeu que não houve, entre o Recorrente e os usufrutuários, a constituição (outorga) do usufruto das ações, mas cessão do exercício do usufruto, o que seria equiparável à locação em geral”.

Entende, contudo, que houve a constituição do usufruto, uma vez que a cessão de direito ao usufruto só pode ser promovida pelo usufrutuário e nunca pelo nu-proprietário, o que desqualifica a autuação.

Desse modo, “ao se transmitir o direito (real) há, evidentemente, um custo, correspondente ao valor contábil desse direito, na apuração da receita (ganho)”.

Ademais, haveria a necessidade de se contabilizar os valores distribuídos por empresas investidas pelo método de equivalência patrimonial.

É o relatório do essencial.



Voto

Conselheiro Relator, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Todas as decisões proferidas pelo Conselho sobre a forma de tributação das operações de usufruto de ações foram unânimes e uníssonas entre si no sentido de que o valor recebido se enquadra no conceito de receita a ser apropriada no curso do período de vigência contrato. Ademais, não há custo a se apropriar. Abaixo, transcrevo dois acórdãos a título exemplificativo:

CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO DE AÇÕES AVALIADAS PELO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. CLASSIFICAÇÃO COMO RECEITA APROPRIADA PELO REGIME DE COMPETÊNCIA. LUCRO REAL. O valor correspondente à contrapartida pela constituição de usufruto de ações avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, recebido integralmente no início da vigência do contrato, constitui receita operacional da proprietária, a ser apropriada ao longo do prazo de vigência do usufruto segundo o regime de competência (Acórdão nº 103-22934, de 28/03/2007)



IRPJ – USUFRUTO DE COTAS/AÇÕES DE CAPITAL – VALORES RECEBIDOS PELA CESSÃO DE USUFRUTO – TRIBUTAÇÃO DOS VALORES – REGIME DE COMPETÊNCIA - O produto da cessão do usufruto de cotas/ações não se confunde com o rendimento produzido por estas, pois derivam de relações jurídicas distintas, devendo ser tributado integralmente o valor recebido, entretanto, a apropriação deve ser realizada de conformidade com o regime de competência, obedecendo o prazo determinado no contrato (Acórdão nº 101-96357, de 17/10/2007).

Não temos nenhum reparo a fazer a essa pacífica jurisprudência.

Com efeito, na instituição dos direitos reais, dentre os quais o usufruto, não se “parte” a propriedade em duas. Não se estabelece, nem temporariamente, instituto similar à co-propriedade. O que se estabelece é um direito ao se transferir um ou mais poderes da propriedade, mas não a propriedade em si. Nas palavras de Silvio Rodrigues, “no usufruto, como em todos os direitos reais sobre coisas alheias, há simultaneamente dois titulares de direitos diversos, recaintes sobre a mesma coisa. O nu proprietário, que ostenta a condição de dono; e o usufrutuário, a quem compete o uso e o gozo da coisa”.

Como esse direito é exercido por um certo tempo, o valor pago deve ser reconhecido no curso desse prazo, à semelhança de um contrato de locação.

Quanto ao alegado custo passível de reduzir o valor, que corresponderia ao próprio montante recebido, a defesa busca incorporar o intitulado “custo de oportunidade”. A título de exemplo, se uma empresa encerra um contrato de locação de um terreno seu e o

emprega no desenvolvimento de sua própria atividade, deixará de obter as receitas de aluguel que seriam auferidas se tivesse prorrogado o contrato. Nesse caso, ela deve fazer uma avaliação de cunho econômico e concluir que os ganhos com o uso do terreno serão maiores ou, ao menos, iguais aos que seriam advindos da locação. Pois bem, esses ganhos futuros sacrificados são os chamados “custos de oportunidade” e salta aos olhos que a empresa não pode deduzir como custo passível de reduzir seu resultado comercial e tributável esse sacrifício decorrente da opção.

Apesar de os “custos de oportunidade” serem extremamente importantes para a tomada de decisão das empresas, eles não apresentam relevância jurídica, pois não alteram o resultado de suas atividades. O resultado e, portanto, o seu patrimônio são afetados pelos sacrifícios presentes (gastos com o pagamento de funcionários, valor pago por um bem alienado, perda de valor de uma máquina em uso, etc), os quais podem ser reconhecidos como custos jurídicos e, portanto, subtraídos para fins de aferição do lucro tributável. O mesmo não podemos dizer dos ditos sacrifícios futuros, isto é, aquilo que a empresa supõe abrir mão em relação a opções econômicas que não foram adotadas, mas que servem de base para a avaliação econômica que subsidia o administrador na tomada de decisão.

É evidente que as partes, ao pactuarem um usufruto de ações, consideram o ganho com os dividendos futuros para fixar o valor do negócio, mas este ganho estimado que o nu-proprietário abre mão ao optar pelo negócio ao revés de permanecer com o pleno domínio das ações é justamente um “custo de oportunidade” e não um sacrifício presente; por isso, não pode ser deduzido do lucro comercial e, conseqüentemente, da base tributável.

Em suma, a receita com o usufruto de ações deve ser tributada sem o reconhecimento de qualquer custo. Todavia, conforme a jurisprudência já reproduzida, esse reconhecimento deve ser empreendido ao longo do prazo estipulado para o usufruto, o que não foi empreendido pela autoridade fiscal.

Em relação a esse ponto, a jurisprudência administrativa se divide; há decisões que adotam o afastamento integral da autuação, enquanto outras determinam apenas o seu ajuste. É esta última posição que considero a correta, pois o equívoco da autoridade fiscal residiu apenas em aferição da base de cálculo relativa ao período de apuração da autuação.

Assim, em relação ao ano calendário de 1999, a receita deste ano, base tributável da autuação, deve ser reduzida do valor total do usufruto contratado (R\$ 1.970.000,00) para a parcela proporcional à relação entre o período do contrato no curso do ano-calendário autuado, isto é, de 29/10/1999 a 31/12/1999, e o prazo total do contrato (um ano).

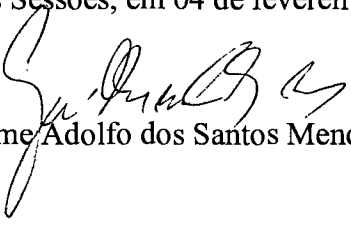
Redução equivalente deve ser empreendida relativamente ao contrato firmado em 06/12/2000, cujo valor total foi de R\$ 1.078.000,00.

Conclusão



Voto, pois, para dar provimento parcial ao recurso voluntário com o fito de afastar da exigência os valores recebidos a título de usufruto de ações relativos aos períodos dos contratos, diversos dos anos-calendários da autuação. *K*

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009


Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

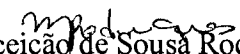
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO : 16327.000792/2004-10

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada nos despachos supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília 19 de abril de 2011.


Maria Conceição de Sousa Rodrigues
Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- apenas com ciência;
- com Recurso Especial;
- com Embargos de Declaração.