



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001905/2004-96
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.796 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 5 de outubro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITAÚ SEGUROS S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 1999

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO PARCIAL. EXIGÊNCIAS DE CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DE COFINS. DECADÊNCIA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE NÃO ENFRENTADO NO RECURSO ESPECIAL. INTERESSE PROCESSUAL AUSENTE.

Não se conhece integralmente de recurso especial quando parte da decisão recorrida se assenta em mais de um fundamento autônomo e suficiente e o recurso não abrange todos eles.

CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO DE COTAS E AÇÕES. RECEITA DA PROPRIETÁRIA. RECONHECIMENTO PELO REGIME DE COMPETÊNCIA.

A contraprestação pela constituição 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 como receita da proprietária. A apropriação, contudo, deve ser realizada em conformidade com o regime de competência pelo prazo determinado no contrato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação às exigências de IRPJ e de CSLL. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial. Vencida a conselheira Livia De Carli Germano que votou por negar provimento ao recurso e os conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Caio Cesar Nader Quintella que votaram por dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Livia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Entretanto, findo o prazo regimental, o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do §7º do art. 63 do Anexo II da Portaria MF 343/2015 (RICARF).

(documento assinado digitalmente)

ANDREA DUEK SIMANTOB – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1201-000.386, na sessão de 26 de janeiro de 2011, no qual foi dado provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

USUFRUTO DE AÇÕES. PREÇO FIXO. CUSTO DE AQUISIÇÃO É FORMADO PELOS FRUTOS GERADOS PELAS AÇÕES. DIVIDENDOS E JURO SOBRE CAPITAL PRÓPRIO.

O ganho do nu proprietário com a constituição de usufruto sobre ações de sua propriedade é igual à diferença entre o preço recebido do usufrutuário e o valor dos frutos que tais ações gerarem, consubstanciados nos dividendos e no juro sobre capital próprio que a companhia investida vier a pagar ao usufrutuário.

Não se aplica ao negócio de "constituição de usufruto" de ações o disposto no Parecer Normativo COSIT no 4/95, que trata de "cessão de usufruto", e determina o reconhecimento do preço da cessão como receita operacional, posto tratar de operação negocial diversa.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro e o faturamento apurados no ano-calendário 1999 a partir da constatação de reduções indevidas das bases tributáveis por registro de receitas auferidas em contratos de usufruto de ações como se fossem lucros distribuídos. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 134/147). O Colegiado *a quo*, por sua vez, acolheu a preliminar de decadência em face das exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS, e no mérito deu provimento ao recurso voluntário (e-fls. 183/190).

Os autos do processo foram recebidos na PGFN em 07/07/2011 (e-fl. 192), mas há registro de sua ciência em 05/08/2011 no termo anexo à decisão, seguindo-se a remessa dos autos ao CARF em 22/08/2011, veiculando o recurso especial de e-fls. 194/201, no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 561/562, do qual se extrai:

Para comprovar a divergência, apresentou os acórdãos nº **105-16141** (1º Paradigma - fls.188/203) e nº **101-96357** (2º Paradigma - fls.204/234), segundo os quais, há

incidência sobre o valor total recebido relativo a constituição de usufruto sobre ações. Abaixo, transcrevemos, sucessivamente, as ementas dos dois (no que interessa):

1º Paradigma:

Ementa: 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.

2º Paradigma:

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.

O recurso é tempestivo. Passo, pois, a analisar o conteúdo.

Conforme se pode aferir, a partir do exame das ementas (trechos transcritos) e dos votos que prevaleceram (fls.199/203 e fls.218/234), as três decisões dizem respeito à mesma questão: tributação do valor total recebido (e *quantum*) relativo a constituição de usufruto sobre ações, onde se analisou a caracterização como receita operacional e/ou a aplicabilidade do Parecer Normativo COSIT n.º 4/95. Nos dois acórdãos paradigmas, entendeu-se devida a tributação sobre o valor integral; já no acórdão atacado o entendimento foi diverso.

Está, portanto, comprovada a divergência de interpretação da legislação tributária. Logo, conclui-se pela admissibilidade do recurso especial.

Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade, bem como os requisitos formais, e tendo sido comprovadas as divergências de interpretação da legislação tributária, nos termos acima examinados, com base no inciso III do artigo 18 do Anexo II do RICARF, decido **DAR SEGUIMENTO** ao recurso especial da interposto.

Aduz a PGFN que a partir do paradigma n.º 105-16.141 *resta claro que a argumentação do contribuinte nos presentes autos de que se trata de constituição de usufruto (por ser proprietário das ações) e não cessão de usufruto é prontamente rechaçada. E, do mesmo modo, o acórdão paradigma 101-96.357 afasta a alegação do contribuinte de que se trata de constituição de usufruto a implicar a não tributação como aluguéis recebidos, e alberga o entendimento do fisco de que deve ser tal operação tributada, por integrar a receita operacional da empresa.* Conclui a demonstração da divergência asseverando que:

A divergência, destarte, entre acórdão recorrido e paradigmas, afigura-se clara, visto que o primeiro (acórdão recorrido), entendeu que o proprietário das ações não poderia ceder seu usufruto mas apenas constitui-lo, não implicando a constituição de usufruto a tributação dos valores recebidos à semelhança de aluguéis. Não se faria, portanto, necessária a inclusão do pagamento recebido em sua receita operacional bem corno se afastaria a aplicação do Parecer Normativo COSIT 4/95. Por outro lado, assim corno concluiu a fiscalização, os acórdãos paradigmas consideraram que tanto a constituição quanto a cessão de usufruto de ações, obrigam ao reconhecimento como receita operacional dos valores recebidos em pagamento pela operação comercial. A aplicação do Parecer Normativo COSIT 4/95 foi também, ao contrário do acórdão recorrido, entendida como acertada.

Afirma que os valores recebidos a título de usufruto oneroso de ações são tributáveis integralmente *por serem inquestionavelmente fruto de uma relação jurídica diversa de um rendimento (tal como é a distribuição de lucros e dividendos).* Registra que:

No caso dos autos, o contrato as fls. 30 esclarece que houve constituição de usufruto de ações pelo período determinado de 1 ano por um valor fixo (R\$ 6.080.000,00), pago antecipadamente no ato do contrato. Durante esse interregno, o usufrutuário perceberia os lucros e dividendos bem como os juros sobre o capital próprio.

Desse modo, se verifica que, conforme muito bem assinalado nos acórdãos paradigmas acima colacionados, o Recorrente optou por receber antecipadamente os frutos futuros e incertos, aniquilando a insegurança sobre o recebimento de tais receitas.

O valor recebido a esse título configura, pois, receita operacional tributável, à semelhança dos aluguéis recebidos (Parecer Normativo COSIT n.º 4/95).

Tal linha de raciocínio, como visto, encontra-se colmatada pela jurisprudência administrativa (representada pelos acórdãos paradigmas acima declinados e adiante anexados), motivo pelo qual a reforma do julgado é medida que se impõe.

Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido, restabelecendo-se a decisão de 1ª instância.

Cientificada em 04/12/2015 (e-fls. 569), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 17/12/2015 (e-fls. 571/576) nas quais expõe que apurou o ganho/perda de capital em face do contrato de Usufruto Oneroso celebrado mediante *confronto entre o valor do preço recebido pela concessão do direito em contrapartida dos valores dos juros e dos dividendos que deixou de perceber durante a vigência do contrato, tributando essa diferença*. Contudo, a autoridade fiscal interpretou que o preço pago pela aquisição temporária dos frutos das ações corresponderia a aluguel, confundido usufruto e locação, que são institutos totalmente distintos.

Discorre sobre as características da constituição de usufruto, classifica como seu custo os rendimentos que deixou de receber, registra a existência de risco dependente do montante dos frutos que as ações venham a produzir, invoca o art. 284 da Lei n.º 6.404/76 e discorda do Parecer Normativo n.º 04/95, que parte da premissa de que houve cessão de usufruto, hipótese impossível por parte do nu-proprietário da ação. Afirmar tratar-se *de um típico investimento, devidamente contabilizado pela Recorrida pelo método da equivalência patrimonial – MEP, mas que foi tratado pela Fiscalização como sendo cessão de exercício de direito de usufruto*.

Defende que há custo na constituição do usufruto, e que ele deve ser levando em consideração na apuração do ganho de capital ao final do contrato, e assim entende que a tributação de mera expectativa de acréscimo patrimonial ofende o art. 43 do CTN.

Subsidiariamente aduz que, caso se admita que os valores recebidos seriam tributáveis como se fossem receitas de aluguel, a exigência deveria ser recalculada segundo o regime de competência, limitando-se a exigência ao valor pertinente ao ano-calendário 1999.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

O recurso especial da PGFN deve ser conhecido com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784, de 1999, mas apenas em relação às exigências de IRPJ e CSLL. Isto porque no acórdão recorrido decidiu-se que:

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em ACOLHER a preliminar de decadência e, no mérito, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado, vencido o conselheiro Antônio Carlos Guidoni Filho que dava provimento parcial para manter a exigência do IRPJ e da CSLL relativa aos meses de novembro e dezembro de 1999.

A Contribuinte argüía a decadência dos valores exigidos, porque cientificada do lançamento apenas em 21/12/2004, ao passo que o contrato questionado teria sido assinado em 29/10/99 (e-fl. 121). No acórdão recorrido, a decadência foi declarada, apenas, em relação às exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS, porque integralmente localizadas no fato gerador de outubro/99, nos termos do seu voto do condutor (e-fl. 187):

1. Decadência

O fato gerador do PIS e da COFINS incidente sobre a receita decorrente do negócio de usufruto oneroso ocorreu em 29/10/1999, data da assinatura do contrato.

Logo a decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento deu-se cinco anos após, ou seja, em 29 outubro de 2004.

Como o lançamento ocorreu apenas em 21.12.2004, com a notificação do auto de infração ao sujeito passivo, decaído estava o direito de o Fisco lançar as contribuições em testilha.

Implicitamente, portanto, foi rejeitada a pretensão da Contribuinte de ver declarada a decadência de toda a exigência, mediante contagem do prazo decadencial a partir da assinatura do contrato de usufruto. As exigências de IRPJ e CSLL possivelmente foram mantidas em razão de o fato gerador autuado ter ocorrido em 31/12/1999.

De toda a sorte, não só a Contribuinte deixou de reiterar sua pretensão no âmbito das exigências de IRPJ e CSLL em sede de embargos de declaração ou de recurso especial adesivo, como também a PGFN não deduziu dissídio jurisprudencial acerca da decadência declarada em face das exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS. Assim, em relação a estas parcelas há fundamento inatacado que impede o conhecimento total do recurso especial no qual a PGFN pretende o restabelecimento integral da exigência.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores:

Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Assim, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, apenas quanto às exigências de IRPJ e CSLL.

Recurso especial da PGFN - Mérito

Esta Conselheira já se manifestou acerca da matéria, acompanhando o entendimento que prevaleceu no Acórdão nº 9101-004.210¹, mantendo a decisão proferida em

¹ Participaram do julgamento os Conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Livia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luis Fabiano Alves Penteado e Livia De Carli Germano.

um dos paradigmas aqui admitidos para caracterização do dissídio jurisprudencial (Acórdão n.º 101-96.357). Transcreve-se, na sequência, o voto então proferido pela ex-Conselheira Viviane Vida Wagner, aqui adotado como razões de decidir:

No mérito, o contribuinte se insurge quanto à decisão recorrida que considerou que 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, conforme ementa abaixo:

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.

APROPRIAÇÃO DE RECEITAS — REGIME DE COMPETÊNCIA — CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO ONEROSO — a receita decorrente da sessão onerosa de parcela do Ativo Permanente, pela constituição de usufruto, é tributável de acordo com o regime de competência, na proporção dos dias transcorridos no curso do ano-calendário.

Como relatado, a acusação fiscal considerou que o contribuinte teria omitido receita operacional ao ter contabilizado as receitas de cessão de usufruto de ações contra a conta representativa do investimento, como se fossem lucros distribuídos.

Por seu turno, alega o recorrente que não cedeu o usufruto, ou seja, o exercício do usufruto que seria equiparável à cessão do exercício de usufruto, tal qual a locação, mas, como proprietário das ações, constituiu o direito real de usufruto em favor dos usufrutuários que só pode ser levado a efeito pelo proprietário no caso, o recorrente.

De acordo com o recorrente, não ocorreu cessão do usufruto por parte dele, pois só quem pode ceder o usufruto é o usufrutuário, e, no seu caso, ele detinha a propriedade plena e sobre essa constituiu o usufruto. Portanto, a controvérsia de fundo, como resumido no acórdão recorrido, pertine ao tratamento tributário a ser dado ao valor recebido pelo proprietário, pela constituição onerosa do usufruto.

O voto condutor concluiu que não havia como prosperar os argumentos do contribuinte no sentido de que o tratamento deveria ser o de equivalência patrimonial, quando o proprietário, embora possa fazer a cessão do usufruto, continua participando do risco. Ao contrário, registrou:

Diante do que foi acima exposto, é de se concluir que no caso ora em questão deve ser mantida a exigência, eis que o produto da cessão do usufruto de cotas/ações não se confunde com o rendimento produzido por estas, pois derivam de relações jurídicas distintas, tendo em vista que procedeu a permuta de um eventual resultado futuro, pelo recebimento em espécie, transferido temporariamente a titularidade das ações que possuía, por um valor determinado e com prazo pré-estabelecido, e com isso, o risco pelo recebimento de dividendos e juros sobre o capital passou a ser do usufrutuário, não mais da recorrente, devendo, portanto, ser integralmente tributado o valor recebido pelo Recorrente.

Em seguida, concluiu que, como a fiscalização não procedeu ao rateio, lançando o valor integral da receita decorrente do contrato na data de sua constituição, deveria o lançamento ser retificado no sentido de proceder à correta distribuição dos valores nos anos-calendário em que houve o lançamento, como se vê:

Entretanto, a despeito de me manifestar pela tributação da receita acima auferida, entendo que a apropriação da mesma deve ser oferecida à tributação de acordo com o regime de competência, ou seja, com a observância do regime "pro rata", levando-se em conta a fluência do prazo contratual do usufruto, eis que para o reconhecimento da renda, a legislação fiscal e os entendimentos administrativos e judiciais, bem como a legislação comercial, indicam a necessidade de observância do regime de competência, segundo o qual as receitas devem ser reconhecidas na contabilidade no momento em que auferido o direito a seu recebimento, mesmo que ainda não tenha ocorrido sua realização pecuniária ou mesmo que já tenha ocorrido.

Ao final, o provimento parcial do recurso voluntário deu-se no sentido de que deveria ser observado o regime de competência na apuração e que a alteração do lançamento, no caso, representa mero ajuste na base de cálculo, não se tratando de alteração do critério jurídico do lançamento.

Sem reparos, neste ponto, à decisão recorrida.

Como noticiado, um dos paradigmas apresentados pelo recorrente tratou de idêntica discussão, tendo sido reformada a decisão favorável ao contribuinte no julgamento do processo nº 16327.001653/2004-03, pela 1ª Turma da CSRF, em 2 de agosto de 2011, nos termos do acórdão nº 9101-01.140, de minha relatoria.

Considerando que o processo tratava dos mesmos fatos, uma vez que o contribuinte INTRAG PART ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA também fazia parte do mesmo conglomerado (ITAU), conforme relatado pela autoridade fiscal neste processo (fls.113 do vol.1), com a devida vênia, transcrevo e adoto as mesmas razões de decidir no presente caso:

Quanto ao mérito do litígio, a Fazenda Nacional questiona a anulação do lançamento por falta de apuração das receitas pelo regime de competência, receitas essas oriundas da contraprestação pela constituição de usufruto de cotas ou ações firmado pela recorrida. Sustenta a recorrente que parte do lançamento corresponde ao reconhecimento das receitas pelo regime de competência e deve ser mantido.

Em razão da anulação total do lançamento, a restauração parcial nesta instância especial, conforme solicitado pela recorrente, se for o caso, pressupõe a consistência da autuação.

Nos termos descritos pela fiscalização (fls. 40), foi verificado que a recorrida, *in verbis*:

contabilizou os valores recebidos de usufrutuários e correspondentes à cessão temporária de usufruto de cotas de capital, 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.

Enquanto a recorrida adotou a sistemática de registrar o preço do usufruto como redução do valor do investimento objeto desse usufruto, tratando-o como adiantamento dos dividendos, a fiscalização tomou por base o reconhecimento de receita autônoma para lavrar o auto de infração por redução indevida das bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, entendendo que houve cessão de ativo com contrapartida pecuniária.

A análise do caso atrai a incidência do art. 109 do CTN que determina que “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.” Para fins de tributação, interessa a natureza intrínseca do ato e não o conceito dado pelas partes contratantes.

O instituto do usufruto é reconhecido pelo Direito Tributário em sua concepção civilista de direito real em que o usufrutuário tem o direito de possuir e receber os frutos da coisa, enquanto o proprietário mantém a nua propriedade, consoante dispunha o art. 713 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, *verbis*:

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

No usufruto, ocorre a transferência temporária dos direitos de usar e fruir da coisa, enquanto o titular do domínio retém o poder de dispor da mesma. Impõe-se, assim, a coexistência de dois titulares do direito sobre o objeto do usufruto: o usufrutuário e o nu proprietário. Em outras palavras, na constituição do usufruto, o direito de propriedade é bipartido pela imposição do ônus temporário. Ambos os titulares passam a exercer direitos sobre cada uma das parcelas do domínio desmembrado.

No usufruto de ações, como é o caso dos autos, o usufrutuário goza do direito aos dividendos e bonificações. Como em qualquer outra hipótese de cláusula ou ônus que gravem a ação, o usufruto deve ser averbado, para ter eficácia perante terceiros, em se tratando de ação nominativa, no livro de Registro de Ações Nominativas ou, se escritural, nos livros da instituição financeira que registrará no extrato da conta de depósito do acionista. É o que determina o art. 40 da Lei nº 6.404/76, aplicável subsidiariamente às sociedades limitadas, à época dos fatos, por força do art. 18 do Decreto nº 3.078/19, no caso do usufruto de cotas.

Os contratos analisados demonstram a constituição onerosa de usufruto, através do qual o usufrutuário pagou o preço avençado pelo direito à percepção dos frutos equivalentes a dividendos e juros sobre capital próprio durante determinado período e a nu propriedade incumbiu-se de sua averbação.

A fiscalização, após afastar a ocorrência de ganho de capital, uma vez que inexistiu transmissão de direito caracterizando alienação, considerou a operação realizada pela recorrida equivalente a locação, conforme demonstram os seguintes trechos do Termo de verificação fiscal, às fls. 43:

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.

[...]

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, determinado usufrutuário.

A recorrida, por outro lado, sustenta que não se está diante de uma receita operacional equivalente a aluguel, mas sim de uma variação inerente ao direito adquirido anteriormente (investimento), tendo havido a transmissão do direito real de uso e gozo do bem.

Por certo que se deve distinguir o direito real de usufruto propriamente dito da cessão do exercício do usufruto por título gratuito ou oneroso. Ao ceder o exercício do usufruto, o usufrutuário cede a percepção dos frutos da coisa (direito pessoal), mantendo o direito real que é intransferível a terceiros.

Através do Parecer Normativo Cosit nº 4/95, citado na acusação, a Administração Tributária, visando orientar a tributação da pessoa física,

manifestou-se sobre o tema analisando os arts. 717 e 724 do Código Civil de 1916, e concluindo que podem ocorrer duas operações típicas no usufruto: (i) a alienação, que só pode ter como adquirente aquele que detém a nua propriedade; e (ii) a cessão de exercício do usufruto, que pode ser a título gratuito ou oneroso, e realizada com terceiros.

De acordo com o referido parecer, enquanto na alienação, o alienante (usufrutuário) deve tributar o ganho de capital apurado, na cessão do exercício do usufruto as importâncias recebidas pelo cedente são consideradas receitas de aluguel e tributadas como tal.

A fiscalização referiu-se ao PN Cosit nº 4/95 como um dos fundamentos da equiparação por analogia com receitas de aluguel, para fins de tributação, o que não tem o condão de afastar a realidade dos fatos corretamente descritos no termo de verificação fiscal.

Assim, se é certo que o parecer não analisa exatamente a hipótese do presente caso, disso se apercebeu a fiscalização, que o citou apenas subsidiariamente, referindo-se, em verdade, à cessão do direito de usar e fruir da coisa.

A impropriedade técnica incorrida pela fiscalização ao se referir a “cessão de usufruto” não prejudicou a defesa, já que a divergência entre fisco e contribuinte limita-se à natureza do valor recebido pela recorrida, na condição de proprietária das ações/cotas, pelo prazo contratual, em função da operação realizada, e sua consequente contabilização.

Em todos os contratos analisados, a proprietária (recorrida) constitui usufruto sobre determinadas cotas/ações, por determinado período, com termo final, cujo preço foi pago pelo usufrutuário na assinatura do mesmo, com exceção do quarto contrato, em que parte do pagamento foi diferido para outro momento.

Nota-se que o Parecer Normativo Cosit nº 4/95, analisa a questão sob o ponto de vista do usufrutuário, a partir do usufruto já constituído, tratado no art. 717 do Código Civil de 1916, *verbis*:

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.

Assim, o usufruto poderia ser transferido, por alienação, pelo usufrutuário, apenas ao proprietário, para consolidação da propriedade plena, mas seu exercício poderia ser cedido a terceiro a título gratuito ou oneroso. Todavia, no novo Código Civil de 2002, a regra constante do dispositivo em questão foi alterada para excluir a hipótese de alienação:

Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

A novel redação dada ao dispositivo pelo Código Civil de 2002 veio esclarecer, a *contrario sensu*, que sem a transmissão da propriedade de forma integral não há alienação. O usufrutuário, que é quem detém o usufruto, pode cedê-lo, mas não aliená-lo, por não deter a propriedade integral. O que antes se denominada “alienação” pelo usufrutuário correspondia meramente à extinção do usufruto, pelo devolução dos poderes de usar e fruir ao nu proprietário.

Analisando sob o ponto de vista do proprietário, na constituição de usufruto ocorre a transmissão do direito real de usar e fruir do bem por determinado período, ficando o bem dado em usufruto gravado com um ônus real, enquanto o direito de dispor permanece como o nu proprietário. Não há transmissão da propriedade, mas de uma parcela do domínio.

Na forma da lei, a alienação do bem é pressuposto da ocorrência do ganho de capital, como se depreende do seguinte dispositivo do RIR/99:

Art.225. Os ganhos de capital, demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo artigo anterior, serão acrescidos à base de cálculo de que trata esta Subseção, para efeito de incidência do imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).

§1º O disposto neste artigo não se aplica aos rendimentos tributados pertinentes às aplicações financeiras de renda fixa e renda variável, bem como aos lucros, dividendos ou resultado positivo decorrente da avaliação de investimento pela equivalência patrimonial (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, §1º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).

§2º O ganho de capital, nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável, corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, §2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º). (destaquei)

Como na constituição do usufruto o poder de disposição permanece com o nu proprietário, não se tem valor de alienação. No presente caso, a recorrida tratou o recebimento do preço do usufruto como adiantamento dos dividendos em conta redutora do investimento e apurou o resultado em momento posterior, após a distribuição dos dividendos ao usufrutuário, considerando o montante dos dividendos distribuídos como custo dessa operação.

Caso se tratasse de efetiva de alienação de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido, a apuração de ganho ou perda de capital deveria seguir a regra do art. 426 do RIR/99, computando-se como custo os valores reconhecidos na forma da lei, *in verbis*:

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I – valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II – ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III – provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (destaquei)

Todos os custos permitidos pela legislação para fins de apuração de ganho de capital deveriam estar reconhecidos na contabilidade da investidora, o que não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido, entendo que procedeu corretamente a fiscalização ao afastar a hipótese de apuração de ganho de capital na constituição do usufruto, pois de alienação não se trata e não se apura lucro ou prejuízo em razão de custos estimados.

Na constituição do usufruto, foi estipulado um preço fixo pela transmissão da expectativa de direito de receber os dividendos a serem eventualmente disponibilizados pela investida. A álea do contrato, para o usufrutuário, consistia no risco de inexistirem dividendos a serem distribuídos ou existirem em valor menor do que aquele pago pelo usufruto. Por outro lado, a nu proprietária (recorrida), ao receber o preço fixo pelo usufruto, superou o risco de receber dividendos eventualmente distribuídos em montante menor do que aquele preço.

O investimento objeto do usufruto era avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme determinado no art. 248 da Lei nº 6.404/76.

De acordo com o Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC 18, o método de equivalência patrimonial “é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e posteriormente ajustado pelo reconhecimento da parte do investidor nas alterações dos ativos líquidos da investida.”

Contabilmente, o valor da participação societária registrada pela investidora (proprietária das ações) deve acompanhar as variações do valor do patrimônio líquido da investida, como esclarecem os autores do Manual de Contabilidade Societária (FIECAFI, 2010, p.174-175):

“O valor do investimento é determinado mediante a aplicação, sobre o valor de cada mutação do Patrimônio Líquido da investida, da percentagem de participação em seu capital.[...] Qualquer mutação ocorrida nesse patrimônio líquido corresponderá a um ajuste no saldo contábil do investimento, na contabilidade do investidor, mas somente as mutações provenientes de lucro ou prejuízo apurado pela coligada (ou controlada) é que serão reconhecidas no resultado do período do investidor.”

Da mesma forma, na distribuição de dividendos, a contabilidade da investidora deve reconhecer a realização parcial do investimento, conforme se extrai do mesmo manual (p. 176-177):

10.4.2 Dividendos distribuídos Pelo MEP, os lucros são reconhecidos no momento de sua geração pela investida. Dessa forma, quando se efetivar a distribuição de tais lucros como dividendos, estes devem ser registrados em caixa ou bancos e deduzidos da conta de Investimentos. O fato é que os dividendos recebidos em dinheiro representam uma realização parcial do investimento, ou dizendo melhor, dos lucros anteriormente reconhecidos no investimento pelo MEP. Na investida, representam uma redução do patrimônio líquido que deve ser acompanhada por uma redução proporcional do investimento, como as demais variações. O lançamento contábil, portanto, é:

BANCOS	débito
a INVESTIMENTOS EM COLIGADAS	crédito

No caso de a coligada distribuir dividendos sobre o resultado de exercício a ser encerrado, o procedimento na controladora será o de registrar somente a parcela já formalmente deliberada (não enquanto proposta apenas) pela investida. Veja-se que o procedimento estará coerente com a investida, uma vez que esta irá contabilizar esses dividendos como conta redutora do Patrimônio Líquido na parcela formalmente aprovada também. Em resumo, os dividendos devem ser reconhecidos (reduzindo-se o saldo contábil do investimento) quando estiver estabelecido o direito do investidor de recebe-los.” (destaquei)

Nota-se que a avaliação pelo equivalência patrimonial obedece ao princípio da competência na medida em que se trata de investimento de caráter permanente, cujas modulações ocorrem ao longo do tempo e devem refletir a realidade dos fatos. Em decorrência da sistemática do MEP, ordinariamente, a percepção de lucros e dividendos pela investida deixaria de ser tributada na investidora em razão de já ter sido tributada como receita na investida.

Nesse sentido, a legislação do Imposto de Renda, ao conceder o benefício da isenção aos rendimentos de participações societárias, restringe-se aos lucros e dividendos da investida, como de depreende dos dispositivos seguintes do RIR/99:

Art. 379. *Ressalvado o disposto no art. 380 e no §1º do art. 388, os lucros e dividendos recebidos de outra pessoa jurídica integrarão o lucro operacional (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, arts. 11 e 19, inciso II).*

§1º Os rendimentos de que trata este artigo serão excluídos do lucro líquido, para efeito de determinar o lucro real, quando estiverem sujeitos à tributação nas firmas ou sociedades que os distribuíram (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 43, §2º, alínea "c", e Lei nº 3.470, de 1958, art. 70).

(...)

Art.388. *O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).*

§1º 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22, parágrafo único).

[...]

Em resumo, ao apurar lucros, a empresa investida tem seu patrimônio líquido aumentado e, posteriormente, na distribuição de dividendos, o patrimônio se reduz na mesma proporção. Esse acompanhamento da variação patrimonial da investida através da avaliação pelo método da equivalência patrimonial deve ocorrer enquanto a investidora detém a propriedade plena das ações ou cotas de capital.

No caso sob análise, todavia, durante a vigência do usufruto, o pagamento dos dividendos foi feito diretamente à usufrutuária, em conformidade com o disposto na Lei nº 6.404/76, *litteris*:

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.

[...]

§ 3º O dividendo deverá ser pago, salvo deliberação em contrário da assembleia-geral, no prazo de 60 (sessenta) dias da data em que for declarado e, em qualquer caso, dentro do exercício social. (destaquei)

A partir do momento em que deixa de ter o direito de receber os dividendos, pela constituição do usufruto, o valor do seu investimento deixa de variar conforme a variação patrimonial da investida em decorrência da distribuição de dividendos (cujas cotas/ações constituem o objeto do usufruto), porquanto a investidora (nu proprietária), não terá direito ao recebimento desses frutos.

Na prática contábil, enquanto durar o usufruto, a participação societária detida pela investidora não sofrerá reflexo da constituição do mesmo. Nesse sentido, trago à colação o seguinte trecho da declaração de voto da ilustre ex-conselheira Sandra Faroni proferida no Acórdão nº 101-95960, *in verbis*:

Admitindo que as controladas, sobre cujas ações foi constituído o usufruto, tenham lucro e distribuam dividendos, as conseqüências serão as seguintes:

No balanço de 31/12/99 o valor do investimento (de cada uma das participações) deverá ser ajustado pela equivalência patrimonial, e o ajuste positivo em decorrência dos lucros da controlada constituirá receita de participação societária, não afetando o lucro real (será

excluído). Na distribuição dos dividendos a Recorrente nada contabilizará, porque quem receberá os dividendos será o usufrutuário (o Banco nau). A receita de equivalência antes contabilizada pela Recorrente (e que não foi tributada), será neutralizada pela distribuição, que reduzirá o patrimônio líquido da investida pelo valor distribuído. Assim, com abstração de resultados supervenientes, na nova avaliação do investimento pela equivalência patrimonial, o valor do investimento será reduzido em função da distribuição dos dividendos, e o valor do ajuste constituirá despesa de participação societária, que também não influenciará o lucro real (será adicionado).

Quanto ao valor recebido pela instituição do usufruto, não há dúvida de que representa uma receita do proprietário. Tratar-se, de fato, de importância recebida pela cessão, por prazo determinado (um ano), da faculdade de fruir (receber os dividendos) das ações. O proprietário de bem sobre o qual instituiu usufruto em favor de terceiro está, inquestionavelmente, cedendo a esse terceiro seu direito de fruir do bem pelo prazo de duração do usufruto. A receita recebida pela constituição do usufruto representa, sem dúvida, receita decorrente de cessão de direito (direito de fruir). Não se trata, repita-se, de cessão do exercício do usufruto , que, como se sabe, só pode ser feito pelo usufrutuário, e não pelo proprietário (art.1.393 do CC.).

Ressalte-se que o contrato de constituição de usufruto não prevê qualquer contraprestação por parte da proprietária das ações em função da distribuição ou não de dividendos, ou seja, não há qualquer vinculação com os resultados futuros da investida. Como já referido, aqui reside a álea do negócio.

Pela independência dos resultados futuros oriundos do investimento, a percepção do valor ajustado em função da constituição do usufruto não pode ser considerado antecipação de dividendos ou de juros sobre capital próprio, não tendo qualquer reflexo no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial. Ao contabilizar o valor recebido pela constituição do usufruto como redução do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, a recorrida indevidamente equiparou a relação jurídica entre nu proprietária e usufrutuário com a relação entre investidora e investida. Como demonstrado anteriormente, não se pode dar o mesmo tratamento contábil de reconhecimento pela equivalência patrimonial quando do recebimento do valor pela constituição do usufruto e da distribuição dos dividendos ou juros ao usufrutuário. Em razão disso, a relação jurídica entre investidora e investida é completamente distinta da relação entre nu proprietária e usufrutuária, ao contrário do que entende a recorrida.

Disso se conclui que a contabilização da operação de constituição de usufruto de cotas/ações por meio de conta retificadora do ativo investimento, sem transitar pela conta de resultado, não se coaduna com a melhor técnica contábil e não encontra suporte legal.

Logo, o preço ajustado na constituição do usufruto, pela cessão onerosa do direito de usar e fruir de parte dos seus investimentos, é receita integral da proprietária, referente ao período de vigência do contrato, devendo ser reconhecida em conta de resultado e tributada na forma da legislação de regência.

Assim decidiu o acórdão recorrido, que, todavia, entendeu pela nulidade total do auto de infração lavrado sem observância ao princípio da competência, o que, para a maioria dos julgadores do colegiado *a quo*, caracterizou erro insanável.

No recurso contra aquela decisão, ora examinado, o equívoco do lançamento apontado pela recorrente restringe-se à apuração da base de cálculo pela tributação de toda a receita, correspondente a 12 (ou 36) meses de contrato, integralmente ao final dos anos-calendário 1999 e 2000, pois a receita recebida

pela recorrida no momento da constituição do usufruto ou em contraprestação a esse correspondia ao direito de uso e fruição das ações/cotas pelo prazo de um ano ou de três anos, no caso do último contrato.

Em se tratando de operação de longo prazo, cujos efeitos se refletirão no curso do tempo – e aqui reside a semelhança com o contrato de locação –, recomenda o regime de competência, previsto no art.177 e referido no art. 187, §1º, ambos da Lei nº 6.404/76, que o reconhecimento da receita seja distribuído durante todo o prazo de vigência do contrato, sendo transferido mensalmente para a conta de receita operacional.

Seguindo a boa técnica contábil, em consonância com o disciplinado no art. 9º da Resolução CFC nº 750, de 29/12/93, o montante assim recebido deve ser reconhecido como receita em parcelas mensais, proporcionalmente *pro rata die* ao período de tempo transcorrido desde a assinatura do contrato até sua extinção, considerando a opção da recorrida pelo regime do lucro real anual.

O valor recebido a título de usufruto equivale a receita operacional, daí, não caber a aplicação do art. 146 do CTN.

Nesse sentido, quanto à alteração do lançamento na fase litigiosa, a jurisprudência do Carf mostra-se largamente favorável, por não se tratar de alteração do critério jurídico do lançamento, mas de mero ajuste na base de cálculo, sem modificação no enquadramento legal, nem na forma como a fiscalização interpretou os fatos.

Esse foi o entendimento recentemente manifestado pelo colegiado em caso semelhante, dado por votação com ampla maioria, no acórdão nº 9101-00.630, de 6 de julho de 2010, com a seguinte ementa:

USUFRUTO DE AÇÕES, RECEITA, REGIME DE COMPETÊNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Ajustado o valor da exigência nos termos definidos pela decisão do Colegiado, descabe falar em nulidade que implicaria em cancelar a parcela do tributo efetivamente devido.

Por todo o exposto, conheço parcialmente do recurso da Fazenda Nacional e, na parte conhecida, dou-lhe provimento para restabelecer o lançamento do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins quanto às receitas operacionais oriundas dos contratos de usufruto firmados em 1999 e 2000, na parte corretamente apropriada segundo o regime de competência, ou seja, proporcionalmente aos dias decorridos entra a data de celebração dos respectivos contratos (29/10/99, 08/11/99 e 27/11/00) e o último dia do ano-calendário objeto da autuação respectiva (31/12/99, para os contratos celebrados em 1999 e 31/12/2000, para o contrato celebrado em 2000). (grifou-se)

Veja-se que, assim como no acórdão ora recorrido, decidiu-se naquele caso que *a contabilização da operação de constituição de usufruto de cotas/ações por meio de conta retificadora do ativo investimento, sem transitar pela conta de resultado, não se coaduna com a melhor técnica contábil e não encontra suporte legal e que o preço ajustado na constituição do usufruto, pela cessão onerosa do direito de usar e fruir de parte dos seus investimentos, é receita integral da proprietária, referente ao período de vigência do contrato, devendo ser reconhecida em conta de resultado e tributada na forma da legislação de regência.* Ou seja, pelo regime de competência.

E, no mesmo sentido do presente recorrido, decidiu-se por considerar devida a parte do lançamento corretamente apropriada segundo o regime de competência.

Ainda no mesmo sentido do acórdão recorrido, cabe referir outro julgado da CSRF sobre os mesmos fatos, Acórdão nº 9101-002.999, de 08/08/2017, em que se manteve a tributação proporcional, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

INGRESSOS DE VALORES RECEBIDOS POR CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO ONEROSO.

Os ingressos oriundos da constituição de usufruto oneroso devem ser tributados ao longo do período de usufruto.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000, 2001

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO.

Descabe falar em alteração de critério jurídico quando a decisão recorrida mantém o enquadramento legal e a interpretação dos fatos adotados pela Fiscalização, mas exonera parcela do crédito tributário por entender que alguns valores deveriam ser reconhecidos em outros períodos de apuração.

Assim, considerando-se ser procedimento comum e atividade típica inerente ao julgamento a exclusão da base de cálculo de um valor nela incluído equivocadamente, mantendo-se apenas o devido, não há razão para alterar o acórdão recorrido.

Em razão de todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso do contribuinte. *(destaques do original)*

Na mesma linha foi o entendimento firmado no Acórdão nº 9101-003.003², sob voto condutor da Presidente Conselheira Adriana Gomes Rêgo, que analisou divergência jurisprudencial tendo como paradigma o acórdão recorrido.

Imprópria, assim, a pretensão da Contribuinte de tributar o valor recebido apenas ao final da vigência do contrato e mediante apuração de ganho ou perda de capital, pois de alienação não se trata. De outro lado, tem razão a Contribuinte quando alerta, em contrarrazões, para a tributação da integralidade da receita do ano-calendário 1999.

Na forma do precedente acima transcrito, as exigências de IRPJ e CSLL somente podem ser mantidas relativamente à apropriação proporcional da receita aos dias do contrato no ano-calendário 1999. À semelhança do cálculo descrito no paradigma nº 101-96.357, para as incidências de IRPJ e CSLL no ano-calendário 1999 somente seria possível apropriar receita equivalente aos 63 dias transcorridos entre 29/10/1999 e 31/12/1999, do prazo total de vigência do usufruto, estipulado até 29/10/2000, conforme instrumento à e-fl. 38. E este cálculo para determinação da parcela da base de cálculo pertinente ao ano-calendário 1999 poderia ser promovida em julgamento, sem prejuízo à validade do lançamento, como também fundamentado ao norte.

Não é possível, assim, restabelecer integralmente as exigências de IRPJ e CSLL, como pleiteia a PGFN.

Esclareça-se, em razão dos debates entabulados na sessão de julgamento, que o restabelecimento parcial da exigência se dá por esta Conselheira compreender que a divergência jurisprudencial abrange este aspecto. Embora a PGFN pretenda a manutenção integral do lançamento, um dos paradigmas admitidos mantém apenas parcialmente a exigência. Assim, a matéria devolvida a este Colegiado permite esta cognição ampla, e a orientação decisória deste voto tem em conta pedido formulado pelo sujeito passivo em contrarrazões, não caracterizando ação oficiosa, nem mesmo decorrente de eventual assimilação deste ponto da decisão como

² Participaram do julgamento os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto, Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Gerson Macedo Guerra e Lívia de Carli Germano, e divergiram na matéria os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Gerson Macedo Guerra e Lívia de Carli Germano.

sendo matéria de ordem pública, até porque esta Conselheira discorda da apreciação, nesta instância especial, de aspectos não contemplados em dissídio jurisprudencial regularmente demonstrado e admitido pela Presidência de Câmara.

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, no mérito, e não sem antes render homenagens ao fundamentado voto da i. Relatora, divergi de seu entendimento para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

A matéria não é nova nesta 1ª Turma da CSRF, tendo sido analisada no acórdão 9101-004.210, julgado por maioria em junho de 2019, bem como nos acórdãos 9101-003.003 e 9101-002.999, estes julgados por voto de qualidade na sessão de 8 de agosto de 2017.

Participei de todos esses julgamentos, tendo acompanhado as posições vencidas ali proferidas, as quais sustentam, em brevíssima síntese, que a constituição de usufruto, por ser uma operação em que o proprietário do ativo cede, originalmente, um direito sobre tal bem, recebendo em troca um preço, está sujeita a apuração de ganho de capital, o qual é apurado pela diferença entre o preço recebido do usufrutuário e o valor dos frutos que tais ações gerarem.

Neste sentido, peço vênia para transcrever o voto (vencido) do então Relator do acórdão 9101-002.999, Conselheiro Gerson Macedo Guerra, eis que adoto os seus fundamentos como razões de decidir também no presente caso (grifos do original):

(...)

Com relação ao mérito, importante inicialmente se atentar que alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, dação em pagamento, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins são operações sujeitas à apuração de ganho de capital.

Nesse contexto, a outorga temporária de usufrutos de ações trata-se de cessão onerosa de direitos. Ou seja, o contribuinte abre mão de um direito futuro em troca de recursos presentes. Logo, operação sujeita à apuração de ganho de capital.

Entendo que o reconhecimento da receita relativa à instituição do usufruto deveria sim levar em consideração o regime de competência. Entendo também que, por tal regime,

exige-se que as receitas sejam confrontadas com os custos e despesas correlatas, conforme determina a Resolução CFC nº 750/93, atualmente vigente:

Art. 9º O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

Sobre os custos e despesas a serem considerados no negócio jurídico de outorga temporária de usufruto, bem se manifestou o relator do Acórdão nº 1201-000.386, nos seguintes termos:

No usufruto de ações, os frutos que o usufrutuário gozará são exatamente os dividendos e o juro sob capital próprio (JCP) que a empresa investida pagará aos sócios ou, no caso, ao usufrutuário.

Nesse sentido, veja-se o art. 205 da Lei 6.404/76:

“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

(...)

§ 3º O dividendo deverá ser pago, salvo deliberação em contrário da assembléia geral, no prazo de 60 (sessenta) dias da data em que for declarado e, em qualquer caso, dentre do exercício social”.

Para o nu proprietário, o custo da constituição do usufruto será o valor dos dividendos e do JCP que forem declarados pela companhia investida durante a vigência do contrato de usufruto, que ele deixará de fruir em virtude da constituição do usufruto. E o seu ganho será o preço pago pelo usufrutuário, in casu, o valor fixo de R\$6.080.000,00. Se a empresa investiga pagar mais frutos do que o preço do usufruto, o nu proprietário apurará uma perda. Caso contrário, apurará ganho de capital. (g.n)

Nesse contexto, entendo que merece reforma o Acórdão a quo, ao mencionar que os custos e despesas deveriam ser controlados extracontabilmente, apenas para avaliação econômica do negócio jurídico realizado. Em meu entendimento os dividendos e JCP pagos no período do usufruto deveriam ser considerados para a apuração das bases de cálculo dos tributos.

Penso também que merece reparo o Acórdão a quo quando da conclusão de que identificada a falha na formação da base de cálculo dos tributos, novo cálculo deveria ser efetuado, para se retificar o valor inicialmente cobrado no auto de infração.

A meu ver, na lavratura do auto de infração a autoridade lançadora incorreu em vício material, errando na identificação da base de cálculo do imposto, infringindo o artigo 142, do CTN, que assim dispõe:

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.

Constatado o vício material, em minha concepção deve-se cancelar o lançamento e não determinar a retificação do vício, como feito no julgamento a quo.

Nesse contexto, voto por dar provimento ao Recurso do Contribuinte.

A propósito, compreendo como inadequada a comparação da situação dos autos com a figura do aluguel. Muito embora, pelos efeitos econômicos, ambas as operações possam ser resumidas no pagamento de uma remuneração para desfrutar de um bem alheio, juridicamente trata-se de negócios diversos, a começar pelo fato de ser o usufruto um *direito real*, de maneira que, enquanto na locação o direito é pessoal, exercendo-se o direito do locatário perante o locador, com base em contrato, no usufruto o direito do usufrutuário se exerce *erga omnes*, por força de lei.

Assim, com razão o sujeito passivo quando sustenta:

9. Ora, conforme já amplamente ventilado nestes autos, o contrato de Ususfruto Oneroso celebrado entre as partes, assegurou ao Usufrutuário, em troca do pagamento de um preço, o direito à percepção dos lucros (dividendos e JCP), durante o período de sua vigência, em conformidade com artigos 40² e 205³ da Lei nº 6.404/76.

10. Desta feita, na apuração do ganho ou perda de capital decorrente de tal contrato, a Recorrente faz o confronto entre o valor do preço recebido pela concessão do direito em contrapartida dos valores dos juros e dos dividendos que deixou de perceber durante a vigência do contrato, tributando essa diferença.

¹ Art. 1393: Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

² Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados (...)

³ 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

11. No entanto, a Fiscalização descaracteriza a operação realizada, entendendo que o preço pago pela Usufrutuária, por conta da aquisição temporária dos frutos provenientes das ações gravadas pelo Usufruto, constituiria receita semelhante às de um aluguel, dando ao contrato de constituição de usufruto o tratamento fiscal de *cessão de usufruto*, com aplicação (que abaixo se verá estar distorcida) do Parecer Normativo COSIT nº 04/95.

12. Com efeito, usufruto e locação são institutos totalmente distintos, não podendo ser confundidos, desta forma, os valores percebidos pela Recorrida jamais poderiam ser considerado como tal.

13. Ao **constituir Usufruto** de ações de sua propriedade (Insista-se: “constituir” e não “ceder” ou “transferir”, pois, como já dito, era impossível à Recorrida ceder algo que ainda não existia, pois nunca fora constituído.), a Recorrida, efetivamente, alienou parte de seu investimento (a chamada “propriedade-fruto”), atribuindo a percepção dos frutos desse investimento, durante determinado período de tempo, ao Usufrutuário, que por ele pagou a quantia pactuada.

(...)

17. Saliente-se que no momento da celebração do contrato, não era possível aferir o valor do ganho ou da perda na operação, assim, não havia valor líquido e certo, que só se tornou sabido ao término da vigência do Usufruto, o que retrata a situação típica de um investimento que, como tal, deve receber o tratamento contábil e fiscal pertinente a ele, nos termos das disposições do artigo 248, da Lei nº 6.404/76⁴, não podendo, em hipótese alguma, ser comparado a receita de um aluguel, como pretende o Fisco.

18. Além do mais, o próprio Parecer Normativo nº 04/95 aduzido pela Recorrente como aplicável ao caso, dispõe que somente “(...) *as importâncias recebidas pela cessão do exercício do usufruto são consideradas aluguéis e tributadas como tal*(...)”. Ora, como já se viu, a cessão de usufruto é prerrogativa do Usufrutuário, não **existindo a possibilidade material da celebração de cessão de usufruto pelo nu-proprietário da ação**, o que, inclusive, restou consignado no trecho do voto de um dos acórdãos paradigmas trazidos pela Recorrente, nos seguintes termos:

“(...) Não se trata, repita-se, de cessão do exercício do usufruto, que, como se sabe, só pode ser feito pelo usufrutuário e não pelo proprietário (art. 1.393 do C.C.)”

19. E, se assim não bastasse, da análise da operação realizada, chegar-se-á a conclusão de que se trata de um típico investimento, devidamente contabilizado pela Recorrida pelo método de equivalência patrimonial - MEP, mas que foi tratado pela Fiscalização como sendo cessão de exercício de direito de usufruto, conforme fundamentado no Auto de Infração ora debatido.

20. Ademais, na constituição do Usufruto, ao se transmitir o direito real, a Recorrida arca evidentemente com um custo, que precisa ser levado em consideração na apuração de eventual ganho de capital, ao término do contrato.

⁴ Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

⁵ Acórdão nº 101-96.357

21. Nesse sentido, o Fisco, ao pretender tributar como renda a totalidade do preço recebido pela constituição do Usufruto, acaba por ferir o artigo 43 do CTN, na medida em que, não se estaria tributando o acréscimo patrimonial, mas sim uma mera expectativa.

22. Isso porque, como se verifica, o ingresso de riqueza nova que caracterizaria a existência do fato gerador da obrigação tributária, só poderia ser confirmado ao final da vigência do contrato e não na data em que este foi celebrado.

(...)

Por tais razões orientei meu voto para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano