



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

Processo n° 16327.720576/2011-13
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1103-001.123 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria IRPJ, CSLL, PIS e Cofins
Recorrente DAYCOVAL HOLDING FINANCEIRA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

Ementa:

NATUREZA JURÍDICA DO USUFRUTO SOBRE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS.

O usufruto representa uma restrição à posse direta da propriedade, uma vez que o direito real sobre o objeto do usufruto é conferido a outrem, que passa a retirar os frutos e utilidades que a coisa alheia produz, sem alterar sua substância. O usufruto sobre ações é especificamente regulado pelos artigos 40, 100, I, 'f', 114, 169, §2º, 171, §5º e 205 da Lei nº 6.404/76 (Lei das SA).

ABRANGÊNCIA DO USUFRUTO SOBRE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS.

Sob a ótica do artigo 205 da Lei nº 6.404/76, os resultados provenientes das participações societárias incluem dividendos e juros sobre capital próprio ("JCP"), de modo que, sendo instituído usufruto, os valores correspondentes ao JCP se destinarão ao usufrutuário, também titular da ação.

NECESSIDADE DE O OPERADOR DO DIREITO TRIBUTÁRIO UTILIZAR-SE DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PRIVADO.

Na ausência de legislação que atribua ao usufruto efeitos tributários específicos, prevalecem os efeitos típicos do instituto do direito civil. Dessa forma, ao aplicador da administração tributária é vedada a deturpação do conceito ou mesmo dos efeitos do instituto contido no direito privado para que, empregando-lhe diferentes alcances e limites, redundem na intenção de tributar determinado sujeito.

IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS SOBRE O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL OU ABUSO DE FORMAS.

Está presente o propósito negocial quando a contribuinte demonstra que o usufruto foi constituído em momento preparatório da abertura do capital da empresa para, sob o ponto de vista político, concentrar os votos em uma única pessoa jurídica para evitar votos dissidentes nas Assembleias e, sob o ponto de vista econômico, desconcentrar os benefícios financeiros visando a manter a liberdade que as pessoas físicas possuíam de receber e administrar os recursos financeiros oriundos das ações. No presente caso, há um encadeamento lógico que demonstra a correlação entre todos os atos praticados pela contribuinte com as respectivas finalidades pretendidas, sejam eles considerados de forma isolada ou em conjunto. A aplicação da teoria do abuso de formas ao direito tributário, em razão da ausência de positivação, viola a segurança jurídica e a estrita legalidade.

USUFRUTUÁRIOS SÃO EFETIVOS TITULARES DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITAS PELA AUTUADA, NUA-PROPRIETÁRIA DAS AÇÕES.

Em virtude da reserva de usufruto dos direitos econômicos, a titularidade dos rendimentos provenientes dos JCP foi corretamente interpretada pela autuada como sendo dos seus sócios, usufrutuários das ações do Banco Daycoval, razão pela qual não há que se falar no reconhecimento de receitas dos JCP pela autuada e, por óbvio, na sua omissão.

CSLL, PIS e COFINS. LANÇAMENTOS COM BASE NO MESMO FATO E MATÉRIA TRIBUTÁVEL.

O decidido em relação ao IRPJ estende-se aos lançamentos de CSLL, PIS e COFINS, pois foram formalizados com base nos mesmos elementos de prova e se referem à mesma matéria tributável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado negar provimento ao recurso de ofício, por unanimidade, e dar provimento ao recurso voluntário, por maioria, vencidos os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro e André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

(assinado digitalmente)

BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shiguelo Takata e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

LANÇAMENTO

O processo decorre de autos de infração lavrados em 24/05/2011 para a exigência de débitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS decorrentes da omissão de receitas financeiras correspondentes a juros sobre o capital próprio (“JCP”) pagos pelo Banco Daycoval S.A, sociedade controlada pela Daycoval Holding Financeira S.A, ora atuada.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (“TVF”), de fls. 135-144, a fiscalização apurou as situações abaixo descritas.

A atuada foi constituída em 01/03/2007, com capital social de R\$10.000,00, tendo como objeto social a participação direta no capital de instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Em 19/03/2007 foi realizada Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”), conforme ata de fls. 16-19, em que se decidiu pelo aumento de capital da atuada para R\$254.998.794,74, mediante a emissão de 105.194.700 novas ações, a preço unitário de R\$2,4242. As ações foram subscritas e integralizadas pelos acionistas Ibrahim Dayan, Sasson Dayan e Rony Dayan, mediante conferência à sociedade da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval.

A fiscalização apurou que o aumento de capital foi integralizado com ações do Banco Daycoval, com reserva de usufruto real, gratuito, exclusivamente sobre os direitos econômicos das ações, nos termos dos artigos 1390 e ss., do Código Civil e artigos 40, 100, I, ‘f’, 114, 169, §2º e 171, §5º da Lei nº 6.404/76. Dessa forma, foi firmado, na mesma data, “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto e Outras Avenças” em favor dos citados acionistas.

Verificou-se que, em 20/03/2007, houve nova AGE (fls. 34-39) na qual se aprovou novo aumento do capital da atuada, agora para o valor de R\$354.631.818,87, mediante a emissão de 37.233.480 novas ações, a preço unitário de R\$2,6759. As ações foram subscritas e integralizadas pelos acionistas Morris Dayan, Carlos Moche Dayan e Salim Dayan, novamente mediante conferência à sociedade da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval.

O referido aumento de capital, por meio da integralização de ações do Banco Daycoval, garantiu aos novos sócios, nos moldes do primeiro aumento de capital, a reserva do usufruto real e gratuito, exclusivamente sobre os direitos econômicos das ações, à luz da legislação citada acima. Assim, foi firmado também com cada um destes acionistas, “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto e Outras Avenças”.

Intimada a se manifestar nos presentes autos sobre os motivos da criação da *holding*, a atuada informou às fls. 7-52, 54-76 e 78-96 que a constituição da sociedade se deu no âmbito do processo de abertura de capital do Banco Daycoval, realizado por meio de Anúncio de Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Preferenciais (“IPO”), cuja publicação se deu em 28/06/2007, com o objetivo de centralizar na atuada a governança

corporativa da investida e, assim, centralizar o bloco de controladores em uma única pessoa jurídica, com o objetivo de uniformizar as decisões acordadas em Assembleias.

Quanto à motivação para a manutenção, por meio do usufruto real, dos direitos econômicos aos acionistas pessoas físicas (o que autorizou a preservação do direito dos acionistas de receberem os JCP diretamente do Banco Daycoval), esclareceu a autuada que caso houvesse sido estabelecida a *“transferência da propriedade plena sobre as ações para a Holding, a pessoa física perderia a liberdade de receber e administrar livremente os recursos financeiros oriundos das ações do Banco Daycoval, porquanto ficaria dependendo da deliberação dos demais acionistas da Holding pela distribuição dos valores”*.

Diante da motivação apresentada pela autuada, bem como da análise da documentação apresentada pelo contribuinte em resposta à intimação fiscal, a autoridade fiscal apurou que, em virtude do usufruto regulado pelos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, a autuada deixou de reconhecer como receita financeira própria R\$39.065.392,18 referente aos JCP pagos pelo Banco Daycoval diretamente aos sócios da autuada, ensejando a lavratura dos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Segundo o TVF, as *holdings* puras, como a autuada, têm como fonte de receitas o resultado de equivalência patrimonial e recebimento de lucros, dividendos e JCP de empresas nas quais detêm participação societária, que serão oferecidas à tributação de acordo com a legislação aplicável à sua natureza. Os JCP, considerados como receita financeira pela IN nº 11/96 e objeto desta controvérsia, deveriam ter sofrido a incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Assim, uma vez assegurado aos acionistas a reserva de usufruto sobre os direitos econômicos das ações do Banco Daycoval (inclusive dividendos, JCP, bonificações e rendimentos), restou à autuada apenas o direito de exercer a totalidade dos direitos de voto a elas inerentes, sem que auferisse receitas e, conseqüentemente, as oferecesse à tributação.

Alega a autoridade fiscal que a autuada *“abriu mão de benefícios econômicos das ações do Banco sem nenhuma contrapartida”*, e que, não fossem os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, os valores pagos pelo Banco Daycoval a título de JCP integrariam sua receita operacional e estariam sujeitos à tributação de IRPJ (15%), CSLL (9%), PIS (1,65%) e COFINS (7,6%).

Ainda sobre os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, afirma que, em sua decorrência, o Banco Daycoval continuou se beneficiando da dedutibilidade para fins fiscais dos valores pagos a título de remuneração do capital próprio, mas ao abrir mão exclusivamente dos direitos econômicos das ações gravadas com usufruto, a autuada deixa de reconhecer receitas sujeitas à tributação, o que é reiterado pelo fato de o usufruto ser gratuito.

Entende, assim, que os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto não possuem finalidade extrafiscal, meramente de redução tributária, e que *“não tem a finalidade a que normalmente se destina”* (fls. 141).

O fisco rechaça a alegação da autuada de que a transferência integral das ações causaria a perda da liberdade das pessoas físicas de receberem e administrarem livremente os recursos financeiros oriundos das ações da investida, pois: a) o controle do Banco pertence à autuada, que detém 100% do capital votante; b) o controle da autuada pertence às pessoas físicas que integralizaram seu capital social com ações do Banco Daycoval; e c) todas as deliberações da

autuada com relação à sua controlada (Banco) são decididas pelos seus próprios controladores, que são as pessoas físicas que alegam que perderiam sua liberdade de administrar os recursos oriundos do Banco na hipótese de não ter havido usufruto financeiro das ações.

Ao lavrar os autos de infração baseados na omissão de receitas, concluiu o TVF:

“Podemos inferir que há abuso de formas jurídicas, pois ficam evidenciados os seus efeitos no planejamento tributário. O Banco Daycoval paga juros sobre capital próprio, reduzindo seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL. A Daycoval Holding não recebe esses juros, pois abriu mão deles através do ato “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto e Outras Avenças”, que tem evidente efeito tributário, pois deixa de ficar sujeita aos tributos e alíquotas elencadas acima. Os Usufrutários, acionistas da Daycoval Holding, ao receber os juros diretamente do Banco Daycoval estão sujeitos a tributação exclusiva de 15% sobre os valores recebidos.

Conclusão. A Daycoval Holding Financeira S/A através do “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto e Outras Avenças” deixou de reconhecer como Receita Financeira R\$ 39.065.392,18 referentes a juros sobre o capital próprio pagos pelo Banco Daycoval S/A.”

IMPUGNAÇÃO

Em 22/06/2011 a recorrida apresentou tempestiva impugnação (fls. 196-234) alegando, em síntese, que:

(i) **Cancelamento dos autos de infração por erro de fato.** A autoridade fiscal incorreu em erro de interpretação dos fatos, que a levou equivocadamente a desconsiderar os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto por suposto abuso de formas. Assim, esclarece a autuada:

- Foram formalizados 6 (seis) Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto – um com cada acionista – e não 2 (dois), como indicado no TVF;
- São as AGE que cedem a nua-propriedade à autuada, resguardando o usufruto dos direitos econômicos aos sócios, e não os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto: a estes cabe apenas fixar regras sobre os direitos das partes decorrentes do referido ato de cessão; e
- O usufruto real das ações do Banco Daycoval nunca pertenceu à autuada, mas tão somente sua nua-propriedade, razão pela qual não poderia “abrir mão” do seu direito econômico das referidas ações se ele nunca lhe pertenceu.

Conclui que houve erro de fato no lançamento, uma vez que as AGE (verdadeiras instituidoras da reserva de usufruto) remanescem intactas no contexto fático e foram tidas como válidas pela autoridade fiscal no TVF, que desqualificou tão somente os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto.

(ii) **Violação ao princípio da legalidade: abuso de formas.** Não existe em nosso ordenamento jurídico dispositivo legal que caracterize o abuso de formas ou as consequências de sua ocorrência, e, portanto, o autuante agiu à margem da legalidade ao desconsiderar os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto fundado nessa figura jurídica.

(iii) **Licitude e substância dos atos praticados.** Fundado no princípio da legalidade e do livre exercício da atividade econômica, todos os atos praticados pela atuada são lícitos, reais e públicos, como atestado pelo próprio autuante em seu TVF, bem como dotados de finalidade e motivação para a reorganização empresarial.

(iv) **Violação ao princípio da legalidade: omissão de receitas.** Ao basear a omissão de receitas unicamente no abuso de forma, o autuante novamente incorreu em violação ao primado da legalidade, pois inexistente no ordenamento jurídico normativo que preveja a ocorrência de omissão de receitas por desqualificação de ato jurídico lícito. Os dispositivos trazidos pelos autos de infração que sustentam a suposta omissão de receitas não se coadunam com os fatos apurados pelo AFRF no lançamento fiscal.

(v) **Interesse do contribuinte em economia tributária.** Nenhum contribuinte está obrigado a se esforçar para uma maior arrecadação, mas sim a respeitar a legislação vigente e adimplir aquilo que a Lei impuser como recolhimento tributário. A despeito disso, afirma que não há que se falar em redução da carga tributária pois, tendo em vista que a atuada nunca deteve o direito econômico das ações do Banco, o erário nunca recebeu da sociedade valores de IRPJ, CSLL, PIS ou COFINS relativamente aos JCP pagos pelo Banco Daycoval. Assim, inexistente economia tributária, uma vez que carga nunca foi maior do que aquela praticada em 2007.

(vi) **Erro no lançamento de IRPJ e CSLL.** Subsidiariamente, a atuada afirma que, caso se entenda correta a imposição tributária, deve ser reconhecido o erro na apuração da base de cálculo de tais tributos, pois o autuante deixou de recompor o lucro real da contribuinte de forma correta. Isso porque, sendo desconsiderado o usufruto, é forçoso concluir que os JCP foram pagos pelo Banco Daycoval à recorrente, a qual pagou JCP às pessoas físicas. Dessa forma, além de reconhecer a receita de JCP recebida do Banco Daycoval, o auditor fiscal deveria também ter reconhecido a despesa relativa ao JCP pago aos acionistas pessoas físicas e compensado o IRRF retido pelo Banco.

(vii) **Não incidência do PIS e da COFINS.** Os JCP possuem a natureza jurídica de dividendos por tratarem-se de remuneração do capital, razão pela qual estão fora do campo material de incidência de PIS e COFINS, nos termos das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03; e

(viii) **Não aplicação da Selic sobre a multa.** Ao final, arguiu a impossibilidade de aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício exigida nos autos de infração, por ausência de previsão legal para tal.

ACÓRDÃO DA DRJ

Em 15 de março de 2012 foi proferido o acórdão de fls. 375-402, por meio do qual os membros da 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – São Paulo (“DRJ”) decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação da atuada, apenas para exonerar parcela do valor lançado a título de IRPJ. Deste ato foi interposto recurso de ofício nos termos art. 34, I do Decreto nº 70.235/72 (fls. 377).

De acordo com o referido acórdão, a *“questão principal que se coloca no presente processo está na desconsideração, para fins fiscais, dos efeitos advindos dos instrumentos particulares de reserva de usufruto e outras avenças firmados entre o impugnante e os seus acionistas. O autuante, em suma, afirma que o impugnante abusou das formas jurídicas e com isto escapou da incidência dos tributos que decorreriam do recebimento dos juros sobre o capital próprio pagos pelo Banco Daycoval”*.

Antes ainda de analisar a argumentação trazida na impugnação, a DRJ/SP fixou a premissa de que os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto têm efeitos restritos às partes contratantes (por não terem sido registrados em cartório) e, portanto, não são capazes de gerar efeitos tributários ou ainda de serem opostos à Fazenda Pública, nos termos do artigo 123 do Código Tributário Nacional.

Assim, se a legislação estabelece que o contribuinte de fato dos rendimentos advindos dos JCP pagos são os titulares, sócios ou acionistas (artigo 9º da Lei nº 9.249/95), não cabe aos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto alterar a sujeição passiva dos tributos incidentes sobre os JCP, como pretenderam os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto.

Feita essa consideração – que no entendimento da DRJ basta para a desconsideração dos efeitos tributários advindos dos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto –, passa a analisar as alegações da autuada:

– **Quanto aos erros de fato:** o acórdão afasta as alegações da autuada e consigna que tratam-se de meros erros de análise gramatical. Especificamente no que tange à alegação de que são as AGE que cedem a nua-propriedade à autuada, e não os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, entende que *“independentemente dos usufrutos terem sido criados pelas AGEs, ou pelos instrumentos particulares firmados, está nítido no Termo de Verificação Fiscal, que o que se pretendeu foi afastar os efeitos, para fins fiscais, do próprio usufruto”* e que *“ao se desconsiderar os instrumentos particulares de usufruto e outras avenças firmados entre o impugnante e os seus acionistas, está a se anular os efeitos do próprio usufruto, uma vez que não há como subsistir tal instituto sem a definição de quais frutos teriam sido cedidos a cada usufrutuário”*.

– **Quanto à violação ao princípio da legalidade no que trata da figura do abuso de formas:** afasta a alegação da autuada sob o fundamento de que o abuso de formas fere o princípio da capacidade contributiva, não havendo que se admitir que uma violação ao princípio da legalidade possa anular uma diretriz maior consubstanciada no princípio da capacidade contributiva.

– **Quanto à licitude e substância dos atos praticados:** entendeu a DRJ que, por não ser possível identificar propósito negocial na constituição do usufruto, o ato foi praticado com abuso de formas jurídicas e com o objetivo preponderante de se pagar menos tributos, o que, por si só, derruba a legalidade formal dos atos praticados.

– **Quanto à suposta violação ao princípio da legalidade no que trata da omissão de receitas:** o acórdão afasta a alegação da autuada por entender que *“quando não contabilizada a receita que assim deveria ter sido feita, por conta das disposições legais, cabe ao fisco, atendendo ao disposto no artigo 288 do RIR/99, efetuar de ofício esta adição, como de fato foi feito”*.

- **Quanto ao interesse do contribuinte em economia tributária:** seria descabida a argumentação da autuada de que não há que se falar em redução da carga tributária no presente caso. É inoponível ao Fisco a conduta fiscalmente favorável praticada com afronta ao princípio da capacidade contributiva
- **Quanto ao erro na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL:**
 - No que tange à alegação de que o lucro real da autuada foi recomposto de forma equivocada (pois, segundo a contribuinte, ainda que se entenda pela desconsideração do usufruto, devem ser consideradas não apenas as receitas financeiras recebidas do Banco Daycoval, mas também as despesas correspondentes ao pagamento de JCP pela contribuinte às pessoas físicas), a DRJ entendeu que tal argumento gira em torno de situações hipotéticas, uma vez que o único fato concreto e passível de autuação consiste no pagamento realizado pelo Banco Daycoval a título de JCP, não cabendo à autoridade fiscal presumir, de ofício, que a contribuinte efetuará o pagamento de JCP às pessoas físicas.
 - No que trata do não abatimento do IRRF retido pelo Banco Daycoval em decorrência do pagamento de JCP, a impugnação foi julgada procedente, recalculando-se o montante para que seja deduzido do IRPJ apurado pela autuada no período, o valor de IRRF retido.
- **Quanto à não incidência do PIS e da COFINS:** determina o acórdão que os JCP possuem a natureza de receita financeira, conforme atribuído pela legislação, e
- **Quanto à não aplicação da Selic sobre a multa:** entende que não há litígio quanto à essa questão, pois não houve lançamento de juros de mora sobre multa de ofício. Consigna que, ainda que houvesse a incidência de juros, tal exigência é amparada pela legislação de vigência.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com parte da decisão de primeiro grau, a autuada interpôs, em 10/08/2012, o recurso voluntário de fls. 417-502, no qual reiterou todos os termos alegados em impugnação e rechaçados pelo acórdão, e acrescentou, ainda, que:

- Não pode o julgador de primeira instância simplesmente corrigir erro que abala todo o lançamento, nos termos do artigo 142 do CTN, reiterando seu pedido de cancelamento integral do auto de infração;
- Houve inovação no fundamento do lançamento de ofício, passível de decretação de nulidade por invasão de competência e cerceamento de defesa. Alega que, não obstante a autuação basear-se na desconsideração dos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto por suposto abuso de forma, a DRJ fundamentou o lançamento sob a ótica de que os “Instrumentos” não são registrados e não podem ser opostos ao fisco para alterar a sujeição passiva da obrigação tributária. Ressalta que as AGE são documentos públicos e que não buscam alterar a responsabilidade pelo pagamento de tributo;
- O princípio da capacidade contributiva não é capaz, por si só, de autorizar o abuso de forma como maneira de exigir tributos. Para tanto, é necessário que se edite lei ordinária capaz de regulá-lo. Na mesma oportunidade, rechaça a hierarquização dos princípios e alega que,

ainda que isso fosse possível, o princípio da legalidade seria a “*viga mestra de todo o ordenamento jurídico*”;

– A fiscalização e a DRJ não podem desconsiderar as razões não fiscais da criação da autuada e recusar os efeitos fiscais do usufruto: este ato jurídico é único e não pode ser decomposto meramente para tentar caracterizar o abuso de formas. Os atos devem ser vistos como uma unidade, não havendo que se falar em sua segregação.

– O auditor fiscal apurou incorretamente a base de cálculo, pois considerou que o valor total pago a título de JCP pelo Banco Daycoval (R\$39.065.392,23) no período colhido pelos autos de infração seria devido à autuada, quando, na verdade, parte desse valor (R\$4.356.810,13) corresponde a JCP devidos diretamente às pessoas físicas Salim Dayan, Carlos Moche Dayan e Morris Dayan, que eram acionistas tanto da autuada como do próprio Banco Daycoval. Isso porque, quando da constituição da autuada, as pessoas físicas cederam a nua-propriedade de 142.418.180 ações do Banco Daycoval e mantiveram 8.377.540 ações cada.

– O artigo 41 da Lei nº 8.981/95 admite a dedutibilidade do PIS e da COFINS pelo regime de competência, sendo mister sua dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Em Contrarrazões (fls. 605-628), a Fazenda Nacional reafirma os fundamentos do acórdão recorrido e requer seja negado provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. Também conheço do recurso de ofício, pois está presente a hipótese descrita pelo art. 34, I do Decreto nº 70.235/72 e pela Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, uma vez que a decisão da DRJ exonerou a recorrida do pagamento de crédito tributário em valor total superior a R\$1.000.000,00.

A numeração de fls. indicada neste voto é a do e-processo.

A controvérsia diz respeito à desconsideração, intentada pelo fisco, do usufruto reservado aos acionistas da autuada sobre os direitos econômicos das ações do Banco Daycoval, sociedade controlada pela ora autuada.

Em suma, o autuante afirma que, como consequência da celebração dos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, os acionistas/usufrutuários, por deterem os direitos econômicos das ações do Banco Daycoval, receberam diretamente dele os valores pagos a título de JCP. A autuada, por sua vez, teria renunciado a esses direitos e conservado tão somente a nua-propriedade das ações em relação aos seus direitos políticos, de modo que

deixou de auferir receitas e oferecê-las à tributação, o que caracterizaria a omissão de receitas ensejadora do lançamento de ofício.

Por esse motivo, a autoridade fiscal concluiu ter ocorrido abuso de formas em relação aos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, pois teria identificado a redução da carga tributária como único propósito da operação.

A autuada, por sua vez, justifica o propósito comercial de sua constituição e da concepção da reserva de usufruto, bem como alega a violação ao princípio da estrita legalidade no que tange ao abuso de formas e à omissão de receitas, e necessidade de cancelamento integral do auto por nulidades.

A argumentação foi desconsiderada pela DRJ, que entendeu pelo provimento parcial da impugnação apenas quanto à exoneração de parcela do valor lançado a título de IRPJ.

Antes de prosseguir neste julgamento, reputo essencial tecer algumas considerações sobre o instituto do usufruto.

O Código Civil vigente, à diferença do anterior, não contém um artigo específico para conceituar o usufruto. Regula, porém, em riqueza de detalhes, todas as suas características e efeitos entre os artigos 1.390 e 1.411. A natureza jurídica essencial desse instituto, entretanto, é a mesma entre os marcos legais e, por isso, podemos tomar como ponto de partida a conceituação clássica do instrumento trazida pelo artigo 713 do revogado Código Civil de 1916, qual seja, o “*direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade*”.

Vale dizer: o instituto do usufruto representa uma restrição à posse direta da propriedade, uma vez que o direito real sobre o objeto do usufruto é conferido a outrem, que passa a retirar os frutos e utilidades que a coisa alheia produz, sem alterar sua substância.

Assim, o usufrutuário, como detentor da posse direta e justa do bem, tem o direito de usar e gozar da coisa como melhor lhe convier, explorando-a economicamente na retirada de seus frutos e produtos. O nu-proprietário, por sua vez, conserva sua substância e seu conteúdo de domínio, que lhe confere a disponibilidade do bem nas formas permitidas por lei¹.

Ao delimitar a extensão desse instituto, o Código Civil vigente dispõe que “*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*” (artigo 1.390, do Código Civil). À luz da parte final desse dispositivo, tem-se claro que o legislador permite a restrição do usufruto do bem ao gozo de apenas algumas de suas utilidades.

Importante destacar ainda que os direitos e deveres, tanto do usufrutuário como do nu-proprietário, estão expressamente previstos nos artigos 1.394 e 1.409 do Código Civil. Nessa toada, destaque-se como direito do usufrutuário a posse, uso, administração e percepção dos frutos da coisa alheia (artigo 1.394), bem como seu dever de arcar com as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída (artigo 1.403).

Especificamente quanto à possibilidade de constituição de usufruto sobre as participações no capital social de sociedades por ações, a Lei nº 6.404/76 (“LSA”) traz regras pontuais

quanto à sua disciplina. Os artigos 40, 100, I, 'f', 114, 169, §2º, 171, §5º e 205, preveem e regulam o instituto do usufruto de participações societárias em ações.

Vê-se, portanto, que é justamente no aproveitamento dos rendimentos pelo usufrutuário, ou seja, nos direitos econômicos sobre a coisa, que se encontra a essência do usufruto. Como dito, este instituto consiste justamente no direito de aproveitar temporariamente os frutos e utilidades que a coisa alheia produz, de modo que não poderia ser diferente quando for instituído sobre ações.

Nesse sentido está o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir que “os direitos do usufrutuário, consistentes no “usar” e fruir” das ações, relacionam-se principalmente à possibilidade de receber os dividendos/participar dos lucros sociais” (STJ – 4ª Turma – REsp n.º 1.169.202/SP, Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2011).

No que trata da delimitação do objeto dos direitos econômicos das ações, é importante destacar o teor do artigo 205 da LSA, segundo o qual o dividendo das ações nominativas – que nada mais é do que parte do extrato econômico de uma ação – será pago àquele que, na data do ato de declaração, estiver inscrito como seu proprietário ou usufrutuário.

Em análise do dispositivo citado, o Acórdão nº 1201-000.386, proferido pela 1ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, desta 1ª Seção de Julgamento do CARF e relatado pelo Conselheiro Regis Magalhães Soares de Queiroz, entendeu que os frutos gerados pelas ações consistem em dividendos e JCP. Vejamos:

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. (grifo não original).

Assim, ao tratar do custo da constituição do usufruto, o referido acórdão consignou que, “no usufruto de ações, os frutos que o usufrutuário gozará são exatamente os dividendos e o juro(s) sob(re) 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 (...)”.

Apesar de os dividendos e os JCP possuírem natureza jurídica e tratamentos tributários distintos, ambos dizem respeito a formas de a sociedade remunerar o acionista pelo capital por ele investido, razão pela qual suas respectivas finalidades econômicas (e societárias) são coincidentes. Esse é o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), conforme declaração de voto vencedor da Presidente Maria Helena Santana, no Processo Administrativo CVM RJ 2008/6446:

“(…) Uma última palavra, contudo, deve ser dedicada à aplicação desta minha conclusão à hipótese dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP) e outras assemelhadas. Entendo que os JCP devem ser equiparados, para fins da vedação legal, a dividendos.

Isto porque, o JCP, embora possua natureza diversa, é utilizado com a mesma finalidade do dividendo, tanto que o montante pago a título

de JCP pode ser deduzido do cômputo do dividendo mínimo obrigatório. Nada mais natural, portanto, que também visto sob esse mesmo prisma, seja o JCP incluído na restrição legal de que ações em tesouraria recebam dividendos.

Isso se justifica até mesmo por uma questão temporal, pois obviamente os autores da Lei das S.A. não poderiam antever que seria criada essa figura híbrida que é o JCP, que por um lado não é dividendo, mas, por outro, pode integrar o montante pago a título de dividendo mínimo obrigatório.

Assim como os JCP, o que se denomina bonificações em dinheiro também são inegavelmente dividendo. Em verdade, noto que o mercado utiliza essa expressão "bonificação em dinheiro", mas que, do ponto de vista jurídico, ela nada mais é do que um dividendo e não propriamente uma bonificação. Explico: embora a lei não utilize a palavra "bonificação", ela regularmente exprime a hipótese de a companhia capitalizar reservas e emitir ações correspondentes. E não é possível que, numa mesma operação, a companhia capitalize reservas e pague dinheiro a seus acionistas - ou bem os recursos são capitalizados, ou bem são distribuídos."

Concluo, ainda sob a ótica do artigo 205 da LSA, que não apenas os resultados provenientes das participações societárias incluem dividendos e JCP, mas também que, indubitavelmente, tais valores se destinarão ao usufrutuário.

É que o usufrutuário passa a figurar, ao lado do nu-proprietário, como acionista da sociedade: ambos são titulares da ação. Em outras palavras, conforme a doutrina de Modesto Carvalhosa², o nu-proprietário terá a titularidade primária da ação e o usufrutuário deterá a sua titularidade secundária, isto é, ambos terão direitos de acionista.

Especificamente no que trata dos JCP, descabe afirmar – como feito pela DRJ – que o artigo 9º da Lei nº 9.249/95, ao dispor sobre o pagamento “a titular, sócios ou *acionistas*” estaria restringindo tal remuneração de capital próprio ao *proprietário* da ação. Essa interpretação violaria os artigos 114 e 205 da LSA, que, ao disporem sobre exercício do direito de voto e pagamento de dividendos, atribuem tais prerrogativas ao *proprietário* e ao *usufrutuário*.

Combinando essa conclusão com o teor do também já mencionado artigo 1.403 do Código Civil, que estabelece ao usufrutuário o dever de arcar com as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída, é certo que será ele o sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes aos tributos federais.

Esse é o entendimento manifestado por órgão da própria Receita Federal do Brasil, em outra oportunidade, como se vê a seguir:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL
3º TURMA
ACÓRDÃO Nº 13-29263 de 14 de Maio de 2010
ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

EMENTA: OMISSÃO DE RENDIMENTOS. USUFRUTO. Uma vez constatado que o(a) contribuinte é proprietário(a) de imóvel com reserva de usufruto para terceira pessoa, os rendimentos produzidos pelo referido bem pertencem ao usufrutuário, sujeito passivo da obrigação tributária, que é quem detém a capacidade de usar as utilidades e os frutos do imóvel, ainda que não seja o proprietário. Exercício: 01/01/2004 a 31/12/2004 (grifo não original)

Delimitados os conceitos, passo à análise do caso concreto.

Primeiramente, ressalto a importância de se analisar integradamente os conceitos de direito privado e seus reflexos no universo tributário, como bem determina o artigo 109 do Código Tributário Nacional³.

Tal dispositivo impõe a necessidade de o operador do direito tributário utilizar-se dos princípios gerais de direito privado na pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, para então atribuir a eles seus efeitos tributários.

Conclui-se, portanto, que, na ausência de legislação que atribua ao usufruto efeitos tributários específicos, prevalecem os efeitos típicos do instituto do direito civil. Dessa forma, ao aplicador da administração tributária é vedada a deturpação do conceito ou mesmo dos efeitos do instituto do usufruto contido no direito privado para que, empregando-lhe diferentes alcances e limites, redundem na intenção de tributar determinado sujeito.

Ora, não é negado ao direito tributário a prerrogativa de atribuir diferentes efeitos para institutos diversos do direito privado, mas ressalte-se que tal prerrogativa pertence exclusivamente ao legislador, e não ao seu intérprete⁴.

Pois bem. Como relatado, o presente caso trata de lançamento de ofício de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS consubstanciado na desconsideração, para fins fiscais, dos efeitos emanados pelos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto firmados entre a autuada e os seus acionistas, pois teria incorrido em abuso de formas jurídicas. Assim, escapou da incidência dos tributos que decorreriam do recebimento dos JCP pago pelo Banco Daycoval, configurando omissão de receitas.

De plano, cumpre ressaltar que o autuante consignou em seu TVF que todos os atos societários praticados são perfeitamente lícitos do ponto de vista formal, sendo que apenas os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto possuem finalidade diversa daquela a que normalmente se destinam, servindo ao único propósito de redução da carga tributária.

Em momento algum o autuante questionou no lançamento a possibilidade e validade de os acionistas serem titulares das receitas provenientes dos JCP em razão da constituição de usufruto dos direitos econômicos das ações do Banco. A autoridade autuante consignou apenas a existência de motivação exclusivamente tributária na atribuição do usufruto dos direitos econômicos aos acionistas, o que teria caracterizado o abuso das formas jurídicas capaz de

³ Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

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

⁴ Amaral, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

desconsiderar os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto e acarretar o reconhecimento da omissão de receitas oriundas de JCP.

Da mesma forma, a fiscalização foi silente quanto ao cumprimento, pela autuada, do artigo 40 da LSA, que dispõe sobre a obrigatoriedade de averbar o usufruto de ação no livro correspondente. A relevância do cumprimento dessa norma não se encontra apenas na eficácia do usufruto perante a companhia e terceiros (parágrafo único)⁵, mas também na publicidade que dá ao ato. Isso porque, nos termos do artigo 100, §1º da LSA:

“Art. 100. A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais: (...)

§ 1º A qualquer pessoa, desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários, serão dadas certidões dos assentamentos constantes dos livros mencionados nos incisos I a III, e por elas a companhia poderá cobrar o custo do serviço, cabendo, do indeferimento do pedido por parte da companhia, recurso à Comissão de Valores Mobiliários.

Da combinação dos dispositivos acima, concluo que a formalização da averbação do usufruto ativa o efeito *erga omnes* sobre os direitos reais, dando publicidade ao usufruto firmado entre as partes, uma vez que a sociedade custodiante está obrigada a fornecer a qualquer pessoa (desde que destinado à defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal) os livros de registro de ações e respectivas averbações.

Diante da ausência de imputação do autuante, presumo tal procedimento como premissa provada. É que não cabe ao órgão julgador, seja de primeira ou segunda instância, modificar a motivação do lançamento de ofício. Se foi atribuído como motivação, ao longo da fiscalização, que a autuada deixou à margem da tributação receitas oriundas de JCP devido aos Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto, não cabe a este Conselho (ou à DRJ) expandir os critérios que suportaram o lançamento.

A atividade administrativa de apurar e constituir o crédito tributário é de competência exclusiva da autoridade administrativa, por exigência do artigo 142 do CTN, e vincula a administração tributária em todas as instâncias. Nesse sentido é o entendimento reiterado deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO EM SEUS FUNDAMENTOS PELA DRJ POR FALTA DE COMPETÊNCIA.

Não é dado inovar nos fundamentos do lançamento, para pretender acrescer outras razões que possam dar-lhe fundamento, que não constem originariamente de forma explícita do mesmo, em razão da falta de competência das instâncias judicantes para tanto.

MÉDICAS. EXIGÊNCIA DE PROVA DO DESEMBOLSO OU DO EFETIVO PAGAMENTO SEM APONTAMENTO DE VÍCIOS NOS COMPROVANTES APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE.

⁵ Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “se não for efetuada a competente averbação, consideram-se as ações livres e desembaraçadas” (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas – 1º volume, artigos 1º a 74. 7ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 473).

INOVAÇÃO IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO IDÔNEA QUANTO A PARTE DAS DESPESAS DEDUZIDAS.

Não tendo a autoridade fiscal apontado quaisquer vícios nos comprovantes apresentados pelo Contribuinte, limitando-se a exigir, concomitantemente à exigência de apresentação dos recibos, prova do pagamento das despesas, deve se manter o valor deduzido, pois deve a autoridade lançadora justificar a exigência do efetivo desembolso.

Incabível a inovação nos autos quando da decisão da DRJ para agregar fundamentos faltantes no auto de infração de forma a justificar a inidoneidade dos comprovantes de pagamento.

Vinculação do ato de lançamento. *Mantida a glosa, porém, quanto a dedução que não foi comprovada por qualquer documento idôneo.*

(Acórdão nº 2802-002.505, Processo nº 10680.009568/200801, 2ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, Rel. Conselheira Luisa Hortência Viana Mendonça, Sessão de 18/09/2013 – grifos não originais).

Não obstante o TVF desconsiderar somente os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto que regulam o usufruto entre a autuada e seus acionistas, e não as AGE que o constituíram, analisei a validade desse direito real com base em todas as provas realizadas, mantendo a unidade dos atos societários que o formaram.

Ao examinar a adequação do usufruto tratado nestes autos às determinações e autorizações legais expostas nas linhas acima, levando em consideração a suposta existência de abuso de formas, verifiquei que:

- (i) em seu conceito, atendeu às premissas fixadas pela legislação cível, pois os acionistas mantiveram para si o direito real de fruir, temporariamente, das utilidades e frutos – ou seja, dos direitos econômicos – que a coisa alheia produz, sem alterar sua substância, salvaguardando ao nu-proprietário o direito de propriedade;
- (ii) tem por objeto o usufruto de ações do Banco Daycoval, o que é perfeitamente válido à luz da LSA;
- (iii) restringiu o objeto do usufruto ao gozo apenas dos direitos econômicos das ações, o que é expressamente permitido pelo artigo 1.390 do Código Civil;
- (iv) o usufruto constituído tem caráter vitalício, o que atende à condição de temporariedade exigida pelo artigo 1.410, inciso I, do Código Civil. Segundo esse dispositivo, o objeto do usufruto (no caso, os direitos econômicos das ações do Banco Daycoval) deve se destinar à posse direta do nu-proprietário quando do falecimento do usufrutuário;
- (v) ao usufrutuário coube a sujeição passiva tributária decorrente dos rendimentos da coisa usufruída, atendendo às diretrizes fixadas pelo artigo 1.403 do Código Civil, pela LSA, pela Lei nº 9.249/96, pela jurisprudência administrativa e pelo entendimento da própria RFB;

- (vi) o usufruto recaiu sobre toda a extensão dos direitos econômicos das ações do Banco Daycoval, incluindo os valores pagos a título de JCP, o que é permitido por este Conselho e pela CVM; e
- (vii) todos os atos societários foram praticados de maneira lícita.

Diante da patente licitude da operação realizada e da validade formal do usufruto constituído, cumpre analisar o argumento utilizado pela fiscalização para desconsiderá-lo por abuso de formas: a inexistência de propósito negocial em sua formação.

A autoridade fiscal entendeu que os Instrumentos Particulares de Reserva de Usufruto deveriam ser desconsiderados por terem como único propósito a redução da carga tributária, resultando em abuso das formas jurídicas. Afirma que, por meio deles, os acionistas receberam valores oriundos de JCP diretamente do Banco Daycoval, sujeitos à tributação exclusiva na fonte à alíquota de 15% sobre os valores recebidos, enquanto sem eles os valores recebidos a título de JCP integrariam a receita operacional da atuada, o que resultaria, grosso modo, na necessidade de recolhimento de IRPJ (15%), CSLL (9%), PIS (1,65%) e COFINS (7,6%).

Instada a explicitar os motivos para a constituição da *holding* e do usufruto dos direitos econômicos das ações, a atuada contextualizou-os no processo de abertura do capital social do Banco Daycoval. Assim, antes que fosse realizada a IPO, cuja publicação se deu em 28/06/2007, a atuada foi constituída pelos acionistas do Banco Daycoval em decorrência da “*decisão estratégica com relação à governança corporativa*” (fls. 54).

Tratou-se da transferência do direito de voto de suas ações, por meio da integralização de sua nua-propriedade, para que o bloco de controladores do Banco (e conseqüentemente o poder decisório) fosse centralizado em uma única pessoa jurídica, para facilitar os procedimentos da IPO e manter o domínio político do Banco Daycoval, independentemente do ingresso de novos acionistas com a abertura de seu capital.

Quanto à constituição do usufruto, afirma que a transferência, para a *holding*, exclusivamente da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval, com o direito político de voto, foi motivada pela necessidade de manutenção da liberdade que as pessoas físicas possuíam de receber e administrar livremente os recursos financeiros oriundos das referidas ações. Justifica que, do contrário, dependeria da deliberação dos demais acionistas da *holding* para a distribuição dos valores.

Não obstante a atuação tenha reputado válida a motivação para a constituição da atuada (fls. 141), a justificativa para a instituição do usufruto foi rechaçada sob o entendimento de que o controle do Banco pertence à atuada e o controle da atuada pertence aos acionistas que integralizaram seu capital social com ações do Banco Daycoval. Assim, as deliberações com relação à sua controlada (Banco), são decididas pelos mesmos acionistas que alegam a possível perda de sua liberdade de administrar os recursos provenientes do Banco Daycoval.

Dessa forma, a atuante entendeu que a constituição do usufruto se deu com meros fins de redução da carga tributária, o que caracterizaria o abuso de forma dos Instrumentos que o instituíram, desconsiderando-os.

Não subsiste tal raciocínio.

Como demonstrado pela atuada nos presentes autos, sua constituição se deu no âmbito da realização de oferta pública das ações do Banco Daycoval na Bolsa de Valores de São Paulo. Sua criação não apenas centralizou o bloco de controle dos acionistas em uma única pessoa jurídica, resultando na uniformização das decisões tomadas em Assembleias, como também facilitou o processo de obtenção da documentação inerente à realização da abertura de capital e aprovação de todo o trâmite burocrático na CVM e Bovespa.

Ou seja, do ponto de vista político, a concentração dos votos em uma única pessoa jurídica, na prática, impossibilita que haja, em assembleias do Banco Daycoval, votos dissidentes dentro do próprio bloco de controle e, conseqüentemente, que quaisquer terceiros, que venham a receber ações dos antigos controladores diretos (e.g. credores ou herdeiros), possam exercer seus direitos de voto em sentido contrário dos demais acionistas da *holding* (atuada) nas deliberações societárias do Banco Daycoval.

Por outro lado, do ponto de vista econômico, a concentração dos benefícios financeiros em uma única pessoa jurídica (a *holding*) poderia ter efeito totalmente contrário e danoso, já que, em razão da necessidade de uma nova aprovação na *holding* para pagamento desses frutos, colocaria a administração das finanças de cada um dos controladores indiretos na mão daqueles mesmos terceiros ou dos próprios demais controladores indiretos, quando dissidentes. Além da motivação extratributária evidente, portanto, houve a intenção, pelas pessoas físicas, de *manutenção* do recebimento dos direitos econômicos, incluindo os JCP, pagos pelo Banco Daycoval.

Segundo as lições de Marco Aurélio Greco, para a verificação da intenção pretendida pelo contribuinte ao efetuar um planejamento tributário, não se pode considerar apenas uma foto (ato isolado) dentro de toda a operação: é preciso considerar todo o filme da operação (conjunto de atos). Assim, não se pode admitir a segregação dos motivos da atuada, ainda mais por se tratarem de atos societários praticados com finalidades convergentes.

Verifico que em todos os atos praticados pela atuada e por seus acionistas, sejam eles considerados de forma isolada ou em conjunto, há um encadeamento lógico que demonstra sua correlação com a finalidade pretendida.

Ademais, apesar de suficientemente demonstrado o propósito negocial do usufruto sob análise, entendo que o contribuinte possui o direito de organizar-se como melhor lhe convier, observados os princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência, bem como devidamente protegida a ordem econômica. Sua liberdade encontra limites tão somente nos imperativos legais (tal qual o caso do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional).

Nesse sentido, não há nenhuma norma em nosso ordenamento jurídico que obrigue o contribuinte a valer-se do método mais oneroso tributariamente, quando pode, dentro do contexto de seu propósito negocial e das margens da licitude, manter a tributação auferida no mesmo montante que consistia em situação anterior.

É justamente esse o caso dos autos. Antes da constituição da atuada e da reserva de usufruto dos direitos econômicos aos acionistas, o JCP pago pelo Banco aos seus acionistas sujeitava-se apenas à incidência de IRRF à alíquota de 15%, sendo idêntica à situação que se verificou no momento da autuação.

A autuada jamais foi detentora dos direitos econômicos das ações do Banco Daycoval, de modo que nunca ofereceu à tributação de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS os valores relativos ao JCP pago pelo Banco.

Por fim, apesar de entender suficientes os fundamentos desta decisão conduzindo ao cancelamento da autuação fiscal, reputo importante registrar que a aplicação da figura do abuso de formas jurídicas não merece subsistir também em razão da ausência de previsão legal em nosso ordenamento jurídico que a autorize.

O abuso de formas é comumente identificado pela administração tributária quando o contribuinte utiliza-se de uma forma jurídica típica para dar-lhe efeitos atípicos, evitando, dessa forma, a incidência de uma carga tributária maior.

Esse instituto é definido por Marco Aurélio Greco⁶ como “a utilização abusiva pelo contribuinte das formas jurídicas lícitas para obter a redução do imposto”, sendo, no entendimento desse renomado autor, passível de questionamento pelo Fisco e de neutralização dos seus efeitos.

De forma contraposta à figura de fraude à lei, que à luz do artigo 149, VII do CTN enseja a revisão do lançamento, no abuso de formas jurídicas todos os atos praticados, quando separadamente analisados, são formalmente válidos, sendo ilícitos apenas em seus resultados, por ferir interesses de terceiros.

Essa figura foi extraída do direito positivo alemão, segundo o qual não pode a lei tributária ser evitada por meio de abuso de possibilidades de formas do direito. Importante ressaltar, contudo, não haver previsão normativa em nosso ordenamento jurídico que tenha incorporado tal preceito, o que o torna um instituto construído exclusivamente pela doutrina e a jurisprudência.

Destaco que em diversas oportunidades o Congresso Nacional vetou a inserção, em nosso ordenamento jurídico, de dispositivo legal antielisivo que autorize a desconsideração, pela autoridade tributária, dos atos ou negócios jurídicos praticados licitamente, porém dotados de abuso de formas ou de direito.

Nessa esteira, parte da doutrina defende que a aplicação da teoria do abuso de formas na seara tributária, por ser excessivamente subjetiva, encontra óbice na segurança jurídica⁷ - pois impede o contribuinte de agir preventivamente, deixando-o à mercê da atuação discricionária da autoridade fiscal – e no princípio da estrita legalidade, pois, como dizia Geraldo Ataliba⁸, “toda ação pública tem por base e limite a lei.”

São nesse sentido os ensinamentos de Alberto Xavier⁹ e Alfredo Augusto Becker¹⁰ sobre a teoria do abuso, respectivamente:

⁶ Planejamento tributário. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 273.

⁷ “A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.” (Acórdão nº 1101-000.835, Processo nº 16682.720233/2010-11, 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, Rel. Conselheira Edeli Pereira Bessa, Sessão de 04/12/2012)

⁸ República e Constituição, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 180.

⁹ Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, São Paulo, 2002, p. 107.

¹⁰ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 143.

(...) ela conduz a um grau de subjetivismo na aplicação da lei tributária incompatível com a segurança jurídica, nas suas vertentes de proteção da confiança na lei fiscal e de previsibilidade da ação estatal, pois comete a órgãos do Poder Executivo, que têm a primeira palavra na aplicação das normas tributárias aos casos concretos, a perquirição dos motivos da conduta negocial dos particulares, bem como a definição autoritária dos parâmetros da “adequação”, da “normalidade” e da “razoabilidade” dos modelos negociais por ele adotados.

(...); e

Como a seguir se demonstrará, a teoria do abuso do direito é concebível, apenas no plano moral; a tentativa de sua implantação no plano jurídico é que constitui o verdadeiro abuso do direito.

Sem dúvida, a “moralização do direito” pela criação de novas regras jurídicas justas em substituição das injustas, é obra meritória e indispensável para o aperfeiçoamento do homem e da sociedade. Entretanto, esta ação moralizadora cabe exclusivamente ao Poder Legislativo (criador das regras jurídicas) e não ao Poder Executivo e nem ao Poder Judiciário (...)

Ressalto que este Conselho se pronunciou neste sentido em outras oportunidades:

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. AFASTAMENTO DA NÃO INCIDÊNCIA PELA AUTORIDADE FISCAL. LANÇAMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Não há base no sistema jurídico brasileiro para a autoridade fiscal afastar a não incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão legal para autoridade fiscal utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTANCIA DOS ATOS.

O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito negocial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as conseqüências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.

(Acórdão nº 2202-002.187, Processo nº 10680.726772/2011-88, 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, Rel. Conselheiro Newton Cardoso, Sessão de 20/02/2013).

Concluo, portanto, não haver em nosso ordenamento jurídico previsão legal que autorize a aplicação da figura do abuso das formas jurídicas.

Assim sendo, em decorrência lógica da licitude do usufruto e do afastamento da figura do abuso de formas, por exigência do primado da legalidade, improcede a autuação fiscal.

Como demonstrado, em virtude da reserva de usufruto dos direitos econômicos, a titularidade dos rendimentos provenientes dos JCP foi corretamente interpretada pela atuada como sendo dos seus sócios, usufrutuários das ações do Banco Daycoval, razão pela qual não há que se falar no reconhecimento de receitas dos JCP pela atuada e, por óbvio, na sua omissão.

Registro, por fim, que, tendo sido considerada neste voto integralmente improcedente a autuação fiscal, restou prejudicada a análise do recurso de ofício.

Conclusão

Pelo exposto, dou integral provimento ao recurso voluntário e nego provimento ao recurso de ofício.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2014

(assinado digitalmente)

Breno Ferreira Martins Vasconcelos - Relator