

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Pareceu-nos oportuno preparar um estudo sistematizado sobre as implicações fiscais que rondam o instituto do usufruto, instrumento que oferece muitas alternativas, mas é pouco usado entre nós.

A exposição terá uma introdução histórica e civilista, para depois passarmos ao tratamento tributário que as situações fáticas podem desencadear.

Plínio J. Marafon

Junho/19

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

S U M Á R I O

I.	ORIGENS HISTÓRICAS	3
II.	NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	4
III.	VISÃO CIVILISTA	4
IV.	QUESTÕES TRIBUTÁRIAS ENVOLVENDO O USUFRUTO	7
IV.	1 – Preliminar Importante	7
IV.	2 – Tributos Sobre A Renda Ou O Lucro Líquido	8
IV.	2.1 – IRPF	8
IV.	2.2 – IRPJ e CSLL	40
V.	IPTU E ITR – RESPONSABILIDADE	49
VI.	ITCMD	50
VII.	ITBI	51

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

I. ORIGENS HISTÓRICAS

As *Institutas* romanas assim definiam o usufruto: “*Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*”.

Jose Carlos Moreira Alves ensina que o usufruto surgiu por obra da jurisprudência romana, no século II a.C., para proteger a mulher viúva de algum patrimônio, quando não se tornasse sua herdeira¹.

E acrescenta outras características muito interessantes:

- a) No direito romano clássico o usufruto se distinguia do direito de propriedade, e era considerado como direito de coisa alheia;
- b) Podiam ser usufrutuários as pessoas físicas e jurídicas: para as primeiras, existia até sua morte, daí ser considerado *vitalício*, enquanto para as últimas, quando não houvesse termo pré-estabelecido, durava cem anos;
- c) Já admitiam o usufruto sobre coisas fungíveis, que podiam ser consumidas, mediante caução do usufrutuário, que deveria devolver coisa equivalente, quando da extinção do usufruto;
- d) Não era transmissível, mas seu uso podia ser cedido, gratuita ou onerosamente. Porém o cedente continuava sendo considerado usufrutuário aos olhos do proprietário: se morresse, extinguir-se-ia o usufruto, em prejuízo do cessionário;
- e) À época de Justiniano o usufruto podia ser constituído na *traditio*, no testamento, na adjudicação, dentre outros².

¹ Direito Romano, vol. I, pg, 410.

² Ob. Cit. pg. 411 a 415.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

II. NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O usufruto é mencionado expressamente no art. 231, § 2º da CF, ao outorgá-lo aos índios de forma exclusiva na exploração das riquezas de suas terras.

III. VISÃO CIVILISTA

A visão civilista das variáveis que envolvem o usufruto é importante porque daí derivam consequências fiscais.

Por exemplo, se a lei exige que o registro do usufruto é obrigatório para determinado bem, o fisco poderá exigir a mesma formalidade para aceitar os efeitos fiscais de quem deverá tributar a renda oriunda desse bem.

Maria Helena Diniz, em sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro, ensina que o usufruto não é restrição ao direito de propriedade, mas sim posse direta que é deferida a outrem para que este desfrute do bem alheio na totalidade de suas relações, retirando-lhe os frutos e utilidades que ele produz. O proprietário do bem perde, enquanto durar o usufruto, o *jus utendi* e o *jus fruendi*, que são poderes inerentes ao domínio, porém não perde a substância, o conteúdo de seu direito de propriedade.

O usufruto pode recair sobre bens moveis ou imóveis, um patrimônio inteiro ou parte deste, abrangendo-lhe os frutos e utilidades no todo ou em parte (CCv, art. 1.390). Significa que o usufruto pode ser de parte de ações ou quotas societárias, ou de fração ideal de imóvel, ou ainda de quota-parte de rendimentos, como se dá por exemplo, num usufruto de 50% dos dividendos de todas as ações, ou de cem por cento dos dividendos de metade das ações.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Pode, ainda, incidir sobre títulos de crédito e intangíveis, como marcas e patentes. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis (CCv art. 1.391).

O CARF decidiu que:

USUFRUTO EM ESCRITURA PÚBLICA — PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - A escritura pública com cessão onerosa de usufruto tem a presunção de fé pública, só podendo ser elidida mediante apresentação de provas incontestáveis ou da retificação da mesma (Ac. nº 2801-00.250).

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ALUGUÉIS - USUFRUTO - Os rendimentos de aluguéis devem ser oferecidos à tributação pelo proprietário do imóvel e seu locador, quando o suposto usufruto não tenha restado comprovado, nem mesmo mediante averbação no Cartório de Registro de Imóveis (Ac. nº 104-23.253).

O usufruto sobre ações deve ser registrado nos livros da companhia (LSA's, arts. 40 e 100). Essa mesma lei regula como deverão ser os votos dos usufrutuários, os aumentos de capital com reservas e os direitos de preferência³.

Nas demais sociedades, o usufruto será regulado no contrato social ou em documento apartado.

O STJ decidiu 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”* (4ª Turma – REsp n.º 1.169.202/SP, Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2011).

³ LSA's, arts. 114, 169 e 171.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Mas podem incluir, também, os direitos políticos de votar e ser votado, concentrando no usufrutuário todos os direitos inerentes à participação societária.

É possível que o usufruto recaia sobre coisas fungíveis ou consumíveis, caso em que o usufrutuário tem o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver, ou não as havendo mais, o equivalente em gênero, qualidade ou quantidade, ou o seu valor quando da restituição⁴.

São exemplos objetos consumíveis de valor e ações de companhias abertas, dentre outros.

Quando o usufruto abrange terra nua e recursos minerais ou florestais, devem o dono e o usufrutuário estabelecer a sua extensão (CCv art. 1392, § 2º).

O Estatuto da Terra prevê o usufruto sobre bens rurais, regulado conforme o Código Civil.

Os frutos civis, como dividendos e juros sobre capital próprio (JSCP), vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e ao usufrutuário os vencidos na data em que cessa o usufruto (C. Cv, art. 1.398).

O usufrutuário pode usufruir o prédio em pessoa, ou mediante arrendamento, mas não pode mudar a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.

O usufruto não pode ser alienado, porque é personalíssimo⁵, mas seu exercício pode ser cedido a título gratuito (comodato) ou oneroso (locação ou arrendamento).

Essas previsões têm importantes implicações fiscais para definição do sujeito passivo da tributação da renda produzida pelo usufruto.

⁴ CCv art. 1.392.

⁵ Exceção feita quando devolvido ao proprietário, que pode ou não pagar por isso.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação àquela que falecer, salvo se disposição expressa estipular que esse quinhão caberá ao sobrevivente (CCv., art. 1.411).

Dentre as causas de extinção do usufruto, elencadas no art. 1.410 do CCv., destacam-se a morte do usufrutuário e a extinção da pessoa jurídica.

Motivos outros não previstos acima ou sua constituição não podem ser alegados pelo proprietário para a extinção do usufruto, porque este é vitalício.

IV. QUESTÕES TRIBUTÁRIAS ENVOLVENDO O USUFRUTO

IV.1 – Preliminar Importante

Antes de adentrarmos nos temas tributários específicos importa chamar à atenção para o art. 110 do CTN:

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.

O usufruto é um típico instituto de direito privado, donde sua definição, conteúdo e alcance não podem ser alterados pelas leis instituidoras de tributos.

Exemplo: o usufruto não transfere a propriedade do bem, apenas limita seu uso e fruto ao proprietário, donde não se poder equipará-lo a alienação, cessão de direitos, ou outras figuras semelhantes.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

IV.2 – Tributos Sobre A Renda Ou O Lucro Líquido

O usufrutuário pode ser uma pessoa física ou jurídica. Daí advêm implicações fiscais muito diferenciadas, em função dos regimes tributários específicos de cada um desses contribuintes.

IV.2.1 – IRPF

O usufrutuário deve tributar o rendimento do usufruto conforme as previsões legais existentes:

- a) Dividendos são isentos de IRPF;
- b) JSCP são tributados exclusivamente na fonte;
- c) Aluguéis e royalties são tributados na tabela progressiva, e
- d) Rendimentos rurais dependem se o usufrutuário é o explorador rural, parceiro ou arrendante/arrendatário.

O Parecer Normativo CST nº 16/72 cuidou de tributação de unidade rural onde havia usufruto com copropriedade: o fisco opinou que o doador que se reservou o usufruto deve apurar o rendimento global do estabelecimento, porém cada um dos contribuintes tributará sua fração ideal dos rendimentos.

Outro Parecer Normativo CST nº 4/95 analisou questões específicas relativas à alienação e cessão do usufruto, concluindo:

- a) A alienação só pode se dar do usufrutuário para o proprietário, conforme CCv;

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

- b) Quando se tratar de usufruto decorrente de doação como adiantamento de legítima, o doador deverá fazer constar do instrumento de doação o valor correspondente ao usufruto e mantê-lo em sua declaração de bens e direitos. Na sua ausência poderá ser considerado como custo de aquisição o valor atribuído para efeito de pagamento de imposto de transmissão, relativo ao usufruto. Não havendo esse valor costuma-se declarar um valor simbólico, como R\$ 0,01 ou R\$ 1,00;
- c) Ocorrendo a transmissão do usufruto e da nua-propriedade concomitantemente, cada alienante apurará em separado seu ganho de capital: se o usufrutuário não tiver destacado um custo para o usufruto, conforme acima, esse custo será igual a zero;
- d) A cessão de direito de usufruto não equivale à transmissão de direito, mas permissão do uso desse direito: sua remuneração será aluguel ou arrendamento, tributada na alíquota progressiva do IRPF⁶;
- e) A cessão de uso gratuito de usufruto de imóvel será tributada a dez por cento do valor venal do imóvel ou do valor venal do IPTU, exceto quando ocupado para uso do cônjuge ou parente de primeiro grau do usufrutuário.

Várias digressões sobre eventos onde houve usufruto podem derivar dessas posições fiscais:

- a) A DRJ concluiu que:

ACÓRDÃO Nº 1329263 de 14 de maio de 2010. IRPF – Omissão de receitas - Constatado que o contribuinte é proprietário(a) de imóvel com reserva de usufruto para terceira pessoa, **os rendimentos produzidos pelo referido bem pertencem ao usufrutuário, sujeito**

⁶ Mais adiante retornaremos a esse tema quando analisarmos cessão de uso de usufruto de ativos que rendem lucros.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

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.

- b) Embora, em tese, seja possível haver concomitante usufruto e parceria rural, na falta dessa contratação o CARF decidiu que o usufrutuário deve tributar a renda rural:

ACÓRDÃO nº 2202-001.928. ATIVIDADE RURAL. PARCERIA AGRÍCOLA. INEXISTÊNCIA. Inexiste o contrato de parceria agrícola quando o suposto parceiro agrícola é possuidor do direito real de usufruto vitalício do imóvel rural.

- c) Não difere a visão do CARF sobre os aluguéis:

ACÓRDÃO nº 104-22.602. USUFRUTO - VALORES RECEBIDOS PELA CESSÃO ONEROSA - ALUGUÉIS - Têm a natureza jurídica de aluguéis os valores que o usufrutuário recebe como pagamento pela cessão onerosa de usufruto.

- d) A renúncia do usufruto foi considerada não tributável pelo CARF:

Acórdão nº 2301-005.109. IRPF. GANHO DE CAPITAL. MEAÇÃO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. A meação não representa ganho de capital em relação a um dos cônjuges, especialmente quando não resta comprovado que este tenha auferido qualquer ganho. No caso concreto renúncia do usufruto das ações da empresa, a qual possui um capital social de R\$ 36.000.000,00, e a liberalidade de um dos cônjuges em doar determinados bens móveis e imóveis, não gera ganho de capital.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

- e) Dentro dessa tônica, o CARF decidiu que não tem a natureza de pensão alimentícia judicial prevista na legislação do imposto de renda a prestação paga em razão de cessão do direito de usufruto⁷;

Num planejamento onde foi prevista uma *mistura* de usufruto com doação, assim o CARF tratou a questão:

No caso de bens doados com reserva de usufruto vitalício dos bens pelos doadores, o contribuinte do imposto incidente sobre os aluguéis dos bens é o doador. No caso de cláusula prevendo também a doação de parte dos aluguéis, os rendimentos recebidos pelos donatários caracterizam-se como “doação” e não como rendimentos de aluguéis⁸.

- f) Na cessão do direito de usufruto há divergências no CARF sobre o custo e o ganho de capital:

No acórdão nº 2402-005.365 o CARF afirmou que na alienação de usufruto instituído em favor de terceiro, o custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital será estabelecido nos termos do inciso V do art. 129 do RIR/99⁹, quando ausente preço atribuído na escritura ou na declaração de ajuste para o direito real sobre coisa alheia (esse valor é o corrente, na data da aquisição).

Ocorre que não há valor corrente de usufruto, não é um direito que possa ser negociado livre e comutativamente para proporcionar uma avaliação adequada, daí fica-se sem saber como estimar esse valor de custo.

⁷ Ac. nº 102-43120

⁸ 2201-001.0201

⁹ RIR/18, art. 140, V.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

No acórdão nº 2201-003.029 o CARF foi impreciso, dizendo que o ganho de capital incidente sobre a alienação do direito ao usufruto deve ser calculado tendo por base o custo de aquisição do direito ao usufruto.

Assim também no acórdão nº 2201-002.662:

IRPF. ALIENAÇÃO OU CESSÃO DE DIREITOS DE USUFRUTO. O ganho de capital apurado na cessão de direitos, por alienação, do usufruto está sujeito à tributação na pessoa física do usufrutuário. Ocorrendo a transmissão do usufruto e da nua-propriedade concomitantemente, isto é, em uma mesma operação, tendo como adquirente um terceiro, o usufrutuário e o nu-proprietário estão sujeitos à apuração do ganho de capital A data de aquisição do imóvel não se confunde com a data em que ocorreu a doação da nua-propriedade.

Mas houve interpretação que preferiu zerar o custo, quando não previsto na instituição do usufruto:

Quando do cálculo do imposto devido sobre o ganho de capital obtido com alienação de usufruto deve-se adotar custo zero, nos casos em que não seja estipulado valor para o usufruto na escritura pública¹⁰.

Há previsões legais para o custo de bens das pessoas físicas na apuração de ganho de capital, embora não específicas para o usufruto.

Do art. 140 do RIR/18, mencionado num julgado do CARF acima citado, pode-se extrair algumas situações tipificadas: o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão; o valor da avaliação no inventário ou arrolamento; o valor de transmissão

¹⁰ Ac. nº 2.102-001.464

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

utilizado, na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante; o seu valor corrente, na data da aquisição, e igual a zero, quando não possa ser determinado nos termos dos incisos anteriores.

O mesmo se dá com o art. 141, sobre as participações societárias, prevendo custo zero quando não cotadas em bolsa.

Embora usualmente não haja esse cuidado, recomenda-se que na constituição do usufruto seja desdobrado o custo do proprietário, para que parte deste seja baixado e transferido ao usufrutuário, de forma que este possa declará-lo e aproveitá-lo em caso de alienação de volta ao proprietário, dado que na cessão de usufruto esse custo não é abatível.

Na falta dessa providência vai ser complicado apurar o valor corrente de um usufruto, passível de ser atribuído como custo.

No acórdão nº 2301-005.934, em caso de doação de ações de pais > filhos, com usufruto e posterior transferência destas para um FIP, o CARF negou provimento ao recurso dos contribuintes por erro quanto ao sujeito passivo, concluindo que:

Ao alienar o bem que era protegido com cláusula de usufruto, havendo, portanto, a transmissão do usufruto e da nua-propriedade concomitantemente, tendo como adquirente terceiro, tanto o usufrutuário, como o nu-proprietário estão sujeitos à apuração do ganho de capital.

Por esta razão, foi devido o lançamento contra a pessoa física dos nu-proprietários, rejeitando-se, portanto, a preliminar.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Esse acórdão cita o de nº 104-16.957 como reforço de argumentação da tributação simultânea de nu-proprietária e usufrutuário, sem que fique claro qual a proporção do ganho tributável de cada um.

Nos imóveis há legislações estaduais que atribuem um terço do valor venal ou de custo do proprietário para o usufruto e esse critério pode ser estendido ao IRPF.

Outro planejamento fiscal que se deve destacar foi assim tratado pelo CARF:

IRPJ – ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – FORMAS DE PAGAMENTO – USUFRUTO – APROPRIAÇÃO DO CUSTO CONTÁBIL DO INVESTIMENTO – sendo prevista no contrato de compra e venda de participação societária que a forma de pagamento corresponde a uma parcela à vista e outra decorrente dos lucros gerados nos próximos dez anos a título de usufruto, deve ser mantido o lançamento que procedeu a glosa da perda de capital em decorrência da apropriação imediata e integral do custo contábil do investimento ¹¹.

Embora se refira a pessoa jurídica, importa destacar que o tribunal entendeu que o alienante não poderia baixar imediatamente o custo do ativo cedido porque parte do preço seria recebido sob forma de usufruto sobre lucros futuros da empresa vendida.

O contribuinte queria baixar imediatamente o custo do investimento contra o sinal pago pelo comprador e tratar os lucros futuros isentos de IR.

A apropriação correta neste caso seria imputar os lucros futuros contra o custo contábil e só apurar e tributar o ganho de capital ao final do recebimento destes, como se fosse uma venda a prazo.

¹¹ Ac. nº 101-95.257

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

Apenas se trata de tipificar os rendimentos do usufruto como parte do preço e não lucros, porquanto o vendedor não é mais sócio quando esses forem pagos (uma espécie de *earn out*).

É amplamente divulgado e até objeto de temas em palestras e aulas sobre planejamento sucessório-tributário um *case* que foi objeto de profundo exame pelo CARF. A abordagem foi positiva, porque firmou sólida jurisprudência para o futuro.

Começamos pela estrutura básica do modelo, que é a doação de participações societárias com reserva de usufruto.

Embora seja comum entre parentes, nada impede que envolva partes não relacionadas, já que os romanos admitiam o usufruto para os legados, que eram justamente heranças dadas a não herdeiros.

A doadora ou donatária com reserva de usufruto pode ser pessoa jurídica, como também já admitiam os romanos, criadores do instituto.

A jurisprudência acima citada demonstra que as autoridades fiscais devem se preocupar apenas que a formalidade da constituição do usufruto seja observada e o usufrutuário tribute a renda, e não o proprietário, não lhes competindo questionar a causa do evento.

A transcrição das frases mais significativas da ementa e do voto vencedor do acórdão do CARF explicam a origem da operação, que é usual no mercado, e a adequada solução administrativa que lhe foi dada:

Ac. nº 1103-001123, 1401-002.081, 1402-002.445 e 2401-004.568

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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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 comercial 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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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, NUAPROPRIETÁRIA 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 da Empresa, razão pela qual não há que se falar no reconhecimento de receitas dos JCP pela autuada e, por óbvio, na sua omissão.

Voto vencedor:

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 que 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.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

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 1201000.386, proferido pela 1ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, desta 1ª Seção de Julgamento do CARF, entendeu que os frutos gerados pelas ações consistem em dividendos e JCP.

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).

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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 dividendos. 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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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.

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 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.

Quanto à constituição do usufruto, afirma que a transferência, para a *holding*, exclusivamente da nua-propriedade das ações da Companhia,

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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 autuação tenha reputado válida a motivação para a constituição da autuada, a justificativa para a instituição do usufruto foi rechaçada sob o entendimento de que o controle da Companhia pertence à autuada e o controle do autuado pertence aos acionistas que integralizaram seu capital social com ações da Empresa. Assim, as deliberações com relação à sua controlada operacional são decididas pelos mesmos acionistas que alegam a possível perda de sua liberdade de administrar os recursos provenientes da controlada.

Dessa forma, a autuante 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.

Como demonstrado pela autuada nos presentes autos, sua constituição se deu no âmbito da realização de oferta pública das ações 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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

assembleias da controlada, 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* (autuada) nas deliberações societárias da controlada.

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 extra tributária evidente, portanto, houve a intenção, pelas pessoas físicas, de *manutenção* do recebimento dos direitos econômicos, incluindo os JCP, pagos pela controlada.

Verifico que em todos os atos praticados pela autuada 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).

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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 comercial 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 autuada e da reserva de usufruto dos direitos econômicos aos acionistas, o JCP pago pela controlada 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” (conclusão do voto vencedor).

Em outro acórdão sobre o mesmo tema específico seguem-se novos argumentos favoráveis à estrutura desenhada e implementada:

Acórdão nº 2401-004.568. Com vistas a tal análise interpretativa, cabe relembrar inicialmente o que prescreve o art. 109 do Código Tributário Nacional (CTN), veiculado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, abaixo reproduzido:

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

Ao cuidar de instituto previsto no Código Civil, o significado e a extensão do usufruto são obtidos a partir do conjunto normativo do direito privado. Porém, é lícito ao legislador, e não ao intérprete, conferir efeitos tributários próprios, diversos daqueles normalmente

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

produzidos nas relações entre particulares, os quais estarão submetidos aos princípios de direito tributário.

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

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

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

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

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

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

(...) Voto das Ações Gravadas com Usufruto

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

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

(...) Direito de Preferência

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

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

(...) Pagamento de Dividendos

Artigo 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.

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

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

É que conforme realçado pelo voto-condutor do Acórdão nº 1103-001.123, proferido pela 3ª Turma da 1ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 21/10/2014¹², com base na doutrina de

¹² Acima reproduzido.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Modesto Carvalhosa, o nu-proprietário tem a titularidade primária da ação e o usufrutuário detém a sua titularidade secundária. Salta aos olhos ainda que o art. 205 da Lei das S/A, acima reproduzido, contém expressa previsão para pagamento de dividendos ao usufrutuário. Nada menciona a Lei, contudo, a respeito dos juros sobre capital próprio, até porque é um instituto criado mais recentemente.

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

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

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

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

Reproduzo o § 7º do seu art. 9º:

Artigo 9º (...), § 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

(...)

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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

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

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

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

Artigo 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...)
II outorga de isenção;
(...)

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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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

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

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

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

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

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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

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

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

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

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

Na Solução de Consulta nº 38/18 assim concluiu a COSIT num caso de usufrutuário que adquiriu a título oneroso o direito de usufruto sobre ações:

À vista do exposto, conclui-se que os lucros distribuídos aos usufrutuários das ações da empresa constituem rendimento não sujeito à tributação pelo imposto de renda, desde que tenham sido calculados com base em resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996.

Há que acrescentar que a Fazenda Pública arguiu outro argumento à sua tese desqualificadora do planejamento tributário: o art. 123 do CTN, que imuniza o fisco das convenções particulares.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Permitimo-nos transcrever a lição de Jose Maria de Arruda Andrade, quando analisou esses mesmos acórdãos do CARF¹³:

2.2. O uso indevido do art. 123 como apoio no combate a planejamentos tributários.

No Acórdão CARF n. 2401-004.569, em seu voto vencido, argumenta a conselheira relatora, a ecoar o termo de verificação fiscal com o beneplácito da decisão recorrida, que os instrumentos particulares não são oponíveis ao Fisco conforme expressão do art. 123 do Código Tributário Nacional, segundo o qual tais convenções não são hábeis a modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Em seu entendimento, “[...] o fato de ter o contribuinte atendido às disposições da Lei 6.404/76, para instituir o usufruto, não lhe confere o direito de opor tal determinação à Fazenda Pública” e, assim, “[...] o disposto no art. 100 de referida lei não transforma o usufrutuário em acionista”. O argumento foi suscitado no Acórdão CARF n. 1402-002.445, tendo entendido a autoridade lançadora que, “[...] se o beneficiário dos JCP é o acionista, no caso das sociedades por ações, caberia ao acionista reconhecer essa receita e tributá-la”. Assim, não seria possível, sob os auspícios do mencionado art. 123, “[...] a transferência da receita para terceiro (usufrutuário) por meio de convenção particular, porquanto restaria modificado o sujeito passivo da obrigação tributária fixada em lei”. A partir do Acórdão CARF n. 1401-002.081, denota-se idêntico vetor argumentativo a sustentar a acusação fiscal: “[...] instrumentos particulares de reserva de usufruto e outras avenças, firmados entre a fiscalizada e os seus acionistas não podem ser opostos ao Fisco para

¹³ “O Apelo a argumentos extrajurídicos e ao art. 123 do CTN no combate ao planejamento tributário no âmbito do CARF: análise de casos envolvendo JSCP e reserva de usufruto”, in Revista RDT Atual nº 39/2018.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

alterar a sujeição passiva da obrigação tributária, nos termos do art. 123 do CTN”. Passa-se a analisar se tal apoio [B] é pertinente para se chegar à conclusão de desconsideração do negócio jurídico selado entre os particulares [C] no campo jurídico-tributário.

O preceito instituído pelo art. 123, como se lê a partir de trecho do Relatório apresentado por Rubens Gomes de Sousa e aprovado pela Comissão Especial nomeada por Oswaldo Aranha para elaborar o Projeto de Código Tributário Nacional, “consagra o princípio pacífico de que as convenções particulares não afetam a sujeição tributária passiva” 54. Assim, tais instrumentos de fato não são hábeis a obrigar a autoridade fazendária a cobrar a exação de pessoa não definida em lei como sujeito passivo da obrigação. Dito de outro modo, veda-se que o devedor do tributo transfira sua obrigação a terceiro e, com isso, obrigue o Fisco a cobrar o quanto devido do cessionário. Contudo, em sentido diverso àquele dado pelas autuações combatidas nos acórdãos em estudo, há de se obviar, em primeiro lugar, a ideia de que possa haver aplicação do preceptivo normativo em referência sem que exista, antes, o próprio fato gerador da obrigação. A aplicabilidade de tal dispositivo se restringe àquelas hipóteses em que se encontra firmado o vínculo jurídico tributário, e tem por objetivo preceituar que as normas definidoras de sujeição passiva são cogentes e imperativas, não podendo ser afastadas pela livre manifestação da vontade. Sua aplicação jamais poderá, em segundo lugar, abstrair a titularidade dos bens ou frutos para a composição da materialidade tributária, atendo-se unicamente aos requisitos e predicados estatuídos pelo art. 121 da norma codificada.

Assim, não havendo lei que desloque o proprietário para dentro das lindes do campo de incidência das contribuições, inviável se cogitar de

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

convenção particular que altere os contornos de definição normativa inexistente. Em outras palavras, a partir da literal leitura do art. 123 em referência, as convenções particulares não têm o condão de modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação e, logo, impedem o redirecionamento da cobrança para pessoa não definida em lei como contribuinte ou responsável tributário. Nos casos em análise, repita-se, a contribuinte adquiriu apenas a nua-propriedade das ações das instituições financeiras, não tendo a ela sido transferidos os direitos frugíferos. O novel titular das ações é fiel detentor dos direitos patrimoniais e políticos, mas não econômicos, não cabendo, portanto, às empresas holding em referência, a percepção de juros sobre capital próprio. Está-se, pois, diante da impossibilidade de a autoridade fiscal a elas atribuir fato praticado por terceiro, i.e., o usufrutuário, uma vez que a definição legal de sujeito passivo abraça apenas a pessoa física que remanesceu com o direito à percepção dos frutos.

Inexiste, assim, convenção particular, pública ou privada, que modifique o responsável pelo pagamento de tributo, pois o sujeito passivo, nos casos analisados pela corte administrativa, é o próprio contribuinte. As empresas holding, na verdade, sequer poderiam ser acusadas de renúncia aos frutos que originariam tais receitas, pois tais direitos jamais compuseram seu universo patrimonial. O art. 123, assim, reporta-se ao inciso II do art. 121: apenas será sujeito passivo sem se revestir da condição de contribuinte (ter relação pessoal e direta com o fato gerador), aquele que tiver obrigação expressa decorrente de lei. Não se verifica, nos casos sob exame, a condição de contribuinte de JCP decorrente da propriedade da ação que o produziu, mas sim daquele que o percebeu. E tampouco há lei que redirecione a responsabilidade ao proprietário. Este o sentido do

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Acórdão CARF n. 1402-002.445, no qual, ao questionar a respeito da incidência de IRPJ e de CSL sobre JCP não recebidos, o redator designado do voto vencedor questiona: “[...] a Recorrente estaria sendo tributada por não ter recebido uma renda que, no entender do Fisco, deveria ter recebido?”.

Do Acórdão CARF n. 2401-004.568 extrai-se o seguinte trecho: “[...] é da essência o usufruto o aproveitamento dos rendimentos do bem pelo usufrutuário”. Assim, “[...] com base na disciplina normativa afeta ao direito civil e societário, os valores a título de lucros/dividendos e juros sobre o capital próprio, pagos ou creditados como resultado de participações societárias, são rendimentos que pertencem ao usufrutuário”, sendo descabida a aplicação do art. 123 do Código Tributário Nacional, mas sim do art. 110, segundo o qual não cabe à lei tributária (e muito menos ao auto de infração) alterar definição, conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.

Este, não obstante, parece ser o posicionamento da própria Administração, conforme as razões externadas pelo Parecer Normativo CST n. 16, de 16 de março de 1972, que, ao tratar da exploração agrícola feita por usufrutuário com o ônus de entregar parte dos rendimentos da atividade a outras pessoas físicas, instituídas coparticipantes desses frutos por instrumento de doação, esclareceu ser “[...] inoperante, para a Fazenda Pública, qualquer cláusula que atribua, a pessoa diferente daquela a quem a lei elegeu como sujeito passivo, os encargos decorrentes da legislação fiscal”, reconhecendo, assim, os efeitos da transferência da titularidade com a reserva de usufruto. Nos termos do Parecer Normativo de 1972, o tributo incidente sobre a parcela de rendimentos atribuída ao doador, na

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

condição de usufrutuário, é por ele devida, e não pelos donatários. Está a correta interpretação do art. 123 do diploma normativo: diante da inexistência de norma legal que defina como contribuinte ou responsável de obrigação tributária decorrente dos JCP o nu-proprietário das ações, não é possível ao contribuinte, por meio de convenção particular, modificar e reordenar a sujeição passiva, que remanesce com o doador usufrutuário. A bem da verdade, é dizer que, diante da ausência de legislação que atribua ao usufruto efeitos tributários específicos, devem prevalecer os efeitos típicos do instituto do direito civil, sendo de todo defeso ao aplicador deturpar o conceito ou os efeitos do instituto privado para que, empregando-lhe diferentes alcances e limites, redundem em incidência sobre aquele que antes não se sujeitava à tributação”.

Os fundamentos jurídicos dos votos administrativos vencedores são incontestes.

Porém, cabe-nos acrescentar alguns argumentos que não foram explorados e que são específicos desse tipo de instituto ora sob exame.

Com frequência as autoridades fiscais reforçam suas autuações e julgamentos com a cobrança da existência de válidos propósitos negociais, caso contrário haveria um suposto abuso de formas.

Deixando-se de lado a importante controvérsia sobre a eficácia da norma antielisiva na esfera federal, porquanto ainda não legislada (diferentemente do que fizeram Estados como RJ, que já a implementaram em sua lei estadual), há aqui um elemento formador de convicção que não pode ser desprezado.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Doações e instituições de usufruto, por exemplo, combinadas ou isoladas, têm em comum a *proteção patrimonial* e a *gratuidade*, embora possam ter restrições ou limitações (impenhorabilidade, reversibilidade, prazo de validade, etc.).

Quando um bem ou direito sofre a restrição do usufruto para o proprietário torna-se praticamente blindado, perde o valor de mercado, é quase impossível de ser leiloado, porque não tem apelo comercial.

Na medida que a blindagem patrimonial é uma válida razão econômica, porquanto protege o proprietário de credores, inclusive do fisco, está suprida a exigência legalmente duvidosa que vez ou outra surge nas autuações fiscais.

A visão jurisprudencial das execuções cíveis e fiscais contra bens com usufruto demonstra o sucesso dessa proteção. Na penhora sobre o usufruto se o proprietário for o devedor, o STJ decidiu que a propriedade pode ser penhorada, com a ressalva de que se resguarda o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou adjudicação pelo credor, até que haja sua extinção (Resp nº 925.687).

Se o usufrutuário for o devedor decidiu que os frutos podem ser penhorados (Resp nº 242.031).

Ou seja, não se pode penhorar os frutos se o proprietário é o devedor, pois pertencem ao usufrutuário.

Em outras situações, assim decidiu o STJ:

A renúncia ao usufruto não importa fraude à execução, porquanto, a despeito de os frutos serem penhoráveis, o usufruto é direito impenhorável e inalienável, salvo para o nu-proprietário" (Resp nº 1.098.620, AgRg no REsp 1214732, AgRg no Ag 1237665)

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

Embargos à execução - Lei n. 8.009/90 - penhora incidente sobre o direito real de usufruto de bem imóvel - imóvel utilizado como residência pelos executados e usufrutuários – impenhorabilidade (AgRg no Ag 1013834)

AgRg no Ag 851994. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. BEM DE FAMÍLIA E IMÓVEL GRAVADO. COM RESERVA DE USUFRUTO. IMPENHORABILIDADE.

1. Ponderou a Corte estadual que o imóvel em apreço é impenhorável, não por estar na condição de bem de família e, conseqüentemente amparado pela Lei n. 8.009/90, mas por estar o bem gravado pela reserva de usufruto, sendo defesa a sua alienabilidade.

2. No caso, o devedor/executado é o usufrutuário e reside com seus pais no imóvel no qual se pretende impor a constrição judicial.

3. Agravo regimental não-provido.

Portanto, ao se instituir usufruto sobre imóveis, ações, quotas, marcas, patentes, etc., se está transferindo a titularidade dos frutos a terceiros, mas também e principalmente, se está bloqueando o acesso de credores para satisfação de seu crédito através desse bem, quando o proprietário é o devedor, sem que se possa alegar fraude à execução.

Se a renúncia ao usufruto não importa fraude à execução, como decidiu o STJ, a sua instituição após iniciada a cobrança também não pode ser considerada fraude, pelos mesmos motivos.

Vejam-se as justificativas dessa tese:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. RENÚNCIA DE USUFRUTO.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

1. Pretende a recorrente o reconhecimento da fraude à execução da renúncia do usufruto efetuada pelo sócio-gerente em benefício dos nu-proprietários de imóvel dado em usufruto antes da ocorrência do fato gerador.
2. Para a constatação da fraude, mostra-se necessária a discussão acerca da possibilidade de incidir penhora sobre o usufruto, como pretende a exequente.
3. O usufruto é um bem fora do comércio, excetuando a possibilidade de sua alienação unicamente para o nu-proprietário. Desse modo, não existe motivo para se pretender o reconhecimento de que a renúncia do usufruto efetuada pelo executado poderia constituir fraude à execução, em virtude da impossibilidade de penhorar-se esse direito real. Precedente: REsp 242.031/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 29.3.2004¹⁴.

As frases “o usufruto é bem fora do comercio” e “impossibilidade de penhorar-se esse direito” proporcionam a validade jurídica da conclusão de que a constituição de usufruto de um bem penhorado não pode ser considerada fraude à execução, não o sendo também a renúncia a esse direito, livrando-se o usufrutuário do risco de perda dos frutos, devolvendo-os ao proprietário.

Por outro lado, em sendo gratuito, do ponto de vista econômico, em certas situações envolvendo direitos de família, privam o interprete do direito de investigar as válidas razões econômicas, por uma questão meramente de coerência: quando alguém doa ou auto restringe o uso e fruto de um bem ou direito sem contraprestação econômica não carece de justificar suas razões, na medida em que não está tendo benefícios com essas condutas, está apenas prevenindo sua sucessão ou se protegendo de credores.

¹⁴ REsp 1095644

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

E os beneficiários das doações e usufrutos passam a ser detentores dos direitos de explorar os bens e tributam os rendimentos como seus legítimos titulares.

Quem doa a pessoas ligadas não precisa justificar porque doa, tampouco quem constitui usufruto, porque perde direitos.

E quem recebe, por ser beneficiário-contribuinte também não carece de explicação, porque justamente irá tributar ou não essa renda conforme a lei de regência faria em relação ao titular originário.

Se houver um descompasso entre a tributação de um e de outro dever-se-á alterar a legislação com essa finalidade, mas nunca alegar falta de propósito negocial num ato jurídico gratuito praticado entre familiares e sucessores.

A própria legislação demonstra a correção desse entendimento: doações recebidas são tributadas pela CF exclusivamente pelo ITCMD, havendo decisão do STJ contrária à tributação pelo IRPJ em virtude dessa limitação constitucional¹⁵.

E o usufruto não pode ser diferente, eis que não há previsão legal de tributar seu valor econômico, dada a dificuldade de fixá-lo.

Compare-se com a previsão legal de a pessoa física tributar a renda arbitrada pela lei no comodato de imóvel dado a não-parentes, em 10% do valor venal deste.

Não há lei semelhante para o proprietário que institui usufruto e perde a receita que o bem lhe poderia proporcionar.

¹⁵ Resp nº 869.804

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Tampouco o usufruto desencadeia situação de distribuição disfarçada de lucros no IRPJ, pois suas hipóteses de incidência só contemplam alienação, aquisição, renúncia de direitos e pagamentos de despesas.

Desse conjunto legislativo infere-se que doação e usufruto são aceitos como meios de transferir a titularidade da renda futura sem direito a questionamentos fiscais, dada a ausência de contraprestação econômica envolvida e o intuito *congênito* ao instituto de proteção patrimonial, o que retira a necessidade de justificativa de propósito comercial.

Essa interpretação dá amparo, por exemplo, a estrutura onde a pessoa física tributada pela alíquota progressiva de IRPF outorga o usufruto do bem a uma pessoa jurídica tributada pelo lucro presumido, como capital social.

Esse bem automaticamente será impróprio para garantias fiduciárias e de ser executado, por deixar de ter liquidez.

Quando falece o usufrutuário o rendimento do bem deve passar imediatamente a ser tributado pelo proprietário: consultada sobre a fruição de SIMPLES por sócio detentor de mais de 10% do capital de empresa cujas quotas têm usufruto de voto e rendimentos, assim respondeu a COSIT:

não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, incluído o Simples Nacional, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe, mesmo na condição de nu-proprietário de quotas sociais, com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela referida Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3º da mesma Lei Complementar¹⁶

¹⁶ SC nº 196/18 e Solução de Consulta SRFB nº 478/09

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Quanto à cessão de uso gratuito de usufruto de imóvel ser tributada a dez por cento do valor venal do imóvel ou do valor venal do IPTU, exceto quando ocupado para uso do cônjuge ou parente de primeiro grau do usufrutuário, entendemos ser contrário ao CTN, que exige acréscimo patrimonial realizado¹⁷.

IV.2.2 – IRPJ e CSLL

Além dos aspectos tributários já abordados acima, que acabam por tangenciar a tributação direta do lucro das pessoas jurídicas, importa examinar uma questão interessante, que desencadeou uma jurisprudência uníssona do CARF, e que implica em aprofundar a natureza jurídica de um rendimento decorrente do usufruto.

Tratou-se de cessão temporária do exercício do usufruto de ações/quotas de empresas investidas, o qual foi equiparado a relação jurídica entre proprietário/cedente e usufrutuário, como sendo idêntica à relação jurídica entre investidora e investida, e neste sentido, a cedente apropriou os valores recebidos como sendo decorrentes de dividendos/lucros, deixando, portanto, de adicionar os referidos valores à base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

A autuada alegou 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 proprietária 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.

Ou melhor, de acordo com o Recorrente não ocorreu cessão do Usufruto, eis que só quem pode ceder o usufruto é o usufrutuário, e que no seu caso a empresa não tinha usufruto, o que ela tinha era a propriedade plena, e sobre essa constituiu usufruto.

¹⁷ Vide “A Tributação da Renda na Cessão Gratuita de Uso de Imóveis: Renda Imputada ou Clausula Especial Antiabuso?”, de Fabiana Carsoni, in RDT Atual, vol. 39. A favor dessa tese AP nº 14222, TRF-5 e AP 96.04.43201-0, TRF-4.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plinio J. Marafon

Portanto, a controvérsia cinge-se ao tratamento tributário a ser dado ao valor recebido pelo proprietário, pela constituição onerosa do usufruto.

Os acórdãos do CARF assim foram ementados:

101-96.357 + 101-95.958 + 103-22.934 +
103-22.935 . “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.

Do voto do relator destaca-se:

Como é cediço, o usufruto tem por objetivo a transferência temporária dos direitos de usar e fruir da coisa, a outrem que não o proprietário. Nas operações mercantis, o instituto de usufruto deve ser efetuado a título oneroso, como é o caso dos autos, no qual uma pessoa jurídica abre mão de um direito seu, que potencialmente pode lhe propiciar rendimentos, para favorecer um terceiro (usufrutuário) que efetua o pagamento para ter o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa (ações).

Portanto, a constituição do usufruto implica a transferência de alguns atributos do direito de propriedade. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (CC, art. 1.228). Ao

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

instituir o usufruto sobre o bem de sua propriedade, o titular transfere ao usufrutuário o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (CC, art. 1.394).

No caso ora em questão, a ... jamais deixou de ser proprietária dos investimentos sobre os quais constituiu usufruto em favor do...

Apenas transferiu por um determinado período de tempo o direito de desfrutar do bem, no caso, a participação societária, retirando suas utilidades e frutos, sem, contudo, alterar-lhe a substância

Logo, não há como prosperar seus argumentos no sentido de que o tratamento deve ser aquele atribuído a equivalência patrimonial, situação na qual o proprietário, embora possa fazer a cessão do usufruto, continua participando do risco.

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

No balanço de 31/12/... 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. A receita antes contabilizada (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

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

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 constituição do usufruto, não há dúvida de que representa uma receita do proprietário. Trata-se, de fato, de importância recebida pela cessão, por prazo determinado (um ano), da faculdade de fruir (receber os dividendos) das ações.

O proprietário do bem que sobre ele constitui 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, é 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 C.C.).

De acordo com os contratos não há dúvida de que foram onerosos, pois a recorrente recebeu o valor pela cessão temporária do usufruto no início do contrato, sendo que foram considerados alienados os dividendos imputados às ações gravadas até a data de extinção do usufruto, tanto os juros sobre o capital próprio como os dividendos durante o período do contrato seriam da usufrutuária.

Nessas condições, a recorrente procedeu a permuta de um eventual resultado, quer seja positivo ou negativo, pelo recebimento em espécie, transferido temporariamente a titularidade das ações que possuía, por um valor determinado, com prazo estabelecido. O risco pelo recebimento de dividendos e juros sobre o capital passou a ser

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

do usufrutuário, não mais da recorrente, sendo que aquele pagou preço certo por um direito que era da recorrente.

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” (conclusão do voto).

A CSRF confirmou o entendimento da Câmara “baixa”:

Ac. nº 9101-01.140. 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.

Em outra vertente, o usufruto foi utilizado para mascarar o preço da alienação de participações societárias.

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

De acordo com o contrato de compra e venda, a transação ocorreu em duas parcelas, sendo a primeira delas, determinada, representada pelo pagamento em dinheiro pela nua-propriedade, e a segunda, fracionada no tempo e determinável, representada por lucros futuros apurados, com a retenção por dez anos do direito de posse, uso, administração e percepção dos frutos das quotas alienadas, como pagamento pela aquisição da propriedade plena.

Diante dessas operações, a autoridade fiscal considerou incabível a pretensão de atribuir como preço apenas a importância recebida pela nua propriedade, tendo em vista que os valores recebidos por conta do usufruto foram fundamentais para que as partes fizessem o negócio.

Assim decidiu o CARF:

Acórdão nº 101-96074. APROPRIAÇÃO DE RECEITAS – REGIME DE COMPETÊNCIA – CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO ONEROSO – a receita decorrente da cessão 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.

Voto vencedor do acórdão:

Uma demonstração clara de que o usufruto está intrinsecamente relacionado com a venda, funcionando como uma forma de pagamento pela entrega das quotas, está no fato de que o próprio sujeito passivo reconheceu em sua impugnação que a operação não teria sido realizada se não constasse a cláusula de usufruto. Está bem caracterizado que a possibilidade de o sujeito passivo vir a auferir

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

dividendos nos dez exercícios posteriores ao da venda é que o fizeram efetuar o negócio.

O cerne da questão é identificar a natureza dos valores recebidos pela recorrente em contrapartida à constituição de usufruto de ações em favor das usufrutuárias. Afirma o Fisco tratar-se de receita decorrente da cessão do uso e gozo de parcela do ativo permanente a terceiro, enquanto a recorrente afirma tratar-se de uma variação patrimonial inerente a um direito adquirido anteriormente, ou seja, frutos de um investimento anteriormente realizado.

Para a solução da lide, quanto a este ponto, se faz necessário verificar o objeto do contrato firmado. Da análise dos instrumentos juntados por cópia aos autos, verifica-se que o objeto dos mesmos é a constituição de usufruto de ações (...) pelo preço de R\$ (...), que foram pagos no ato pelo usufrutuário à recorrente.

Maria Helena Diniz, em sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro, ensina que o usufruto não é restrição ao direito de propriedade, mas sim posse direta que é deferida a outrem para que este desfrute do bem alheio na totalidade de suas relações, retirando-lhe os frutos e utilidades que ele produz. O proprietário do bem perde, enquanto durar o usufruto, o *jus utendi* e o *jus fruendi*, que são poderes inerentes ao domínio, porém não perde a substância, o conteúdo de seu direito de propriedade.

No caso sob análise, o usufrutuário pagou os preços avençados pelo direito a percepção dos frutos a serem auferidos a partir das datas de celebração dos mesmos e pelo contratado (demonstrativo acima). Não

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

há qualquer cláusula contratual de devolução do dinheiro, caso não haja fruto a receber.

Em outras palavras, os negócios firmados foi a cessão onerosa do direito de uso e gozo de ações da recorrente (parcela de seu ativo permanente - investimento) a terceiros, para que estes se convertessem na titularidade dos frutos, porventura gerados por aquelas, no curso do período contratual.

Não há discussão nos autos acerca dos negócios jurídicos firmados entre a recorrente e os usufrutuários ou se aqueles encontram autorização legal no artigo 40 da lei nº 6.404/1976 (Lei das S A), não havendo necessidade de o autuante demonstrar que tais negócios não se conformam com tal dispositivo legal. Reafirme-se, *in casu subjecto*, houve a constituição de usufrutos onerosos.

A argumentação da recorrente acerca da aplicação do Método de Equivalência - Patrimonial no caso não encontra respaldo na legislação tributária. Aqui não está a tratar-se dos investimentos representados pelas ações dadas em usufruto, mas sim dos valores recebidos pela cessão do direito de uso e fruição decorrentes daquelas, no curso do prazo contratual.

A contrapartida pecuniária à cessão de parcela do Ativo da recorrente, por um lapso temporal definido, caracteriza-se como receita auferida pela recorrente.

No presente caso não há que se falar em ganho de capital, na forma elaborada pela recorrente, tendo em vista que no usufruto não há alienação de bem ou direito, apenas cessão de uso e gozo de parcela patrimonial” (conclusão do voto).

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

Em outra operação com usufruto oneroso assim decidiu o CARF:

Acórdão nº1201-000.386. “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 comercial diversa”.

O CARF também admitiu a dedução de JSCP pagos a usufrutuários, em consonância com as regras do Direito Civil:

Acórdão nº 1402-003.581. USUFRUTO. LUCROS/DIVIDENDOS. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEDUTIBILIDADE DOS VALORES PAGOS
No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio, o legislador tributário deixou de atribuir ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o intérprete aos efeitos típicos decorrentes do direito privado. São, portanto, dedutíveis os valores pagos a usufrutuários de ações a título de Juros sobre Capital Próprio (JCP)

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

V. IPTU E ITR – RESPONSABILIDADE

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que somente o usufrutuário responde pelo IPTU do imóvel dado em usufruto:

REsp 691714. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. USUFRUTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO USUFRUTUÁRIO. PRECEDENTE DESTE SODALÍCIO. Segundo lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, "o direito de usufruto compreende o usar e fruir, ainda que não exerça, e a pretensão a que outrem, inclusive o dono, se o há, do bem, ou do patrimônio, se abstenha de intromissão tal que fira o uso e a fruição exclusivos. É direito, erga omnes, de exclusividade do usar e do fruir¹. O renomado jurista perlustra, ainda, acerca do dever do usufrutuário de suportar certos encargos, que "os encargos públicos ordinários são os impostos e taxas, que supõem uso e fruto da propriedade, como o imposto territorial e o predial.

Na mesma linha de raciocínio, este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, assentou que, "em tese, o sujeito passivo do IPTU é o proprietário e não o possuidor, a qualquer título (...) Ocorre que, em certas circunstâncias, a posse tem configuração jurídica de título próprio, de investidura do seu titular como se proprietário fosse. É o caso do usufrutuário que, como todos sabemos, tem a obrigação de proteger a coisa como se detivesse o domínio" (REsp 203.098/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Destarte, nas hipóteses de usufruto de imóvel, não há falar em solidariedade passiva do proprietário e do usufrutuário no tocante ao imposto sobre a propriedade predial e territorial

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

urbana quando apenas o usufrutuário é quem detém o direito de usar e fruir exclusivamente do bem”¹⁸.

No mesmo sentido o CARF decidiu sobre o ITR:

Ac. nº 01-30542. ITR CONTRIBUINTE. Contribuinte do imposto incidente sobre o imóvel rural, objeto de doação com direito de usufruto, é o usufrutuário, como possuidor do imóvel.

VI. ITCMD

A CF atribui aos Estados e DF competência para instituir imposto sobre “transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos”.

O usufruto não opera a transferência do direito à propriedade do bem, só institui ou extingue o direito de usar e fruir do bem, conservando o proprietário seu direito originário, com limites.

Hugo de Brito Machado é taxativo ao afirmar que “na constituição do usufruto o que se dá a instituição do direito de usar, gozar e fruir, e na extinção o que se dá é o fim desse direito. Assim, nos estados cujas leis disciplinadoras do imposto em questão não se referem ao usufruto, as autoridades administrativas não podem cobrar esse imposto, seja na constituição, seja na extinção do usufruto como hipótese de incidência do imposto em referência, o que se tem são leis contrárias à CF, que por isto mesmo padecem de validade jurídica”.¹⁹

O TJSP tem sistematicamente recusado o ITCMD na extinção de usufruto, seja voluntária ou *mortis causa*. A tese ainda não logrou subir ao STJ/STF por se tratar de interpretação de lei local²⁰.

¹⁸ No mesmo sentido o AgRg no Resp Nº 698.041.

¹⁹ O Usufruto e a Questão tributária que suscita, Dialética nº 237, pg 48 a 52.

²⁰ Dentre outros AC n.os 0001486-60.2014.8.26.0218; 9183197-87.2009.8.26.0000; 1031554-44.2018.8.26.0053, 1053656-31.2016.8.26.0053, 1000051-09.2015.8.26.0506 e 1046814-64.2018.8.26.0053

IMPLICAÇÕES FISCAIS DO USUFRUTO

Plínio J. Marafon

O STJ decidiu que não há ITCMD na concessão de direito real de uso, porque seria necessário que esse imposto pudesse incidir expressamente sobre o contrato de instituição desse direito.²¹

A Lei nº 10.705/00, do ITCMD/SP, prevê a incidência de um terço do imposto na instituição de usufruto por ato não oneroso e isenta do mesmo imposto a extinção do usufruto quando instituído pelo nu-proprietário.

VII. ITBI

A discussão sobre esse imposto é semelhante à do ITCMD, mas há leis municipais que amenizam a incidência em um terço do valor do bem na constituição do usufruto, mas o *recuperam* na consolidação da propriedade plena, quando da sua extinção.²²

²¹ Agravo Interno no Resp nº 1576169

²² Lei Municipal de SP nº 11.154/91.