



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720945/2018-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.176 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2022
Recorrente ITAU UNIBANCO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS CONSIDERADAS PELO FISCO DESNECESSÁRIAS. OPERAÇÕES REALIZADAS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO E PROVIDAS DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

Há de ser reverter a glosa de despesas, decorrentes de operações de Depósitos Interbancários, que se mostraram necessárias, no caso concreto.

A realização de operações legítimas visando à geração de lucros capazes de absorver os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, especialmente no caso de instituições financeiras, é propósito comercial legítimo, induzido por normas do CMN, BACEN e CVM, e não afasta a necessidade das despesas efetivamente incorridas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, vencidos os conselheiros Giovana Pereira de Paiva Leite (relatora), Carmen Ferreira Saraiva (Suplente) e Rafael Taranto Malheiros que davam provimento parcial ao recurso em menor extensão, tão somente para afastar a multa qualificada e reconhecer decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2012 e do PIS e da COFINS, cujos fatos geradores ocorreram em janeiro e fevereiro de 2013, e considerar o reflexo da decisão do processo 16327.720774/2018-45, e o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que negava provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite – Presidente e Relatora

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa, Jose Eduardo Dornelas Souza, Rafael Taranto Malheiros, Marcelo Jose Luz de Macedo, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso, Giovana Pereira de Paiva Leite (Presidente).

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário interposto contra acórdão DRJ n.12-109.056, o qual julgou procedente em parte a autuação constante destes autos, sem que implicasse recurso de ofício.

Da Autuação

O lançamento diz respeito a autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referente aos anos-calendários 2012 e 2013, decorrentes de glosa de despesas consideradas desnecessárias na apuração do lucro real, refletindo também na apuração das contribuições. Os lançamentos do IRPJ e da CSLL sofreram incidência da multa qualificada de 150%, enquanto que os de PIS e COFINS tiveram a incidência de 75% e 150%. Todos com acréscimos de juros moratórios, conforme resumo abaixo:

IRPJ

	Cód. Receita Defl	Valor
IMPOSTO	2917	376.267.286,93
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2018)		224.782.077,21
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		564.400.930,39
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		1.165.450.294,53

CSLL

	Cód. Receita Defl	Valor
CONTRIBUIÇÃO	2973	225.760.372,16
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2018)		134.868.246,32
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		338.640.558,24
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		699.270.176,72

COFINS

	Cód. Receita Defl	Valor
CONTRIBUIÇÃO	2960	38.484,92
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2018)		22.764,76
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		57.727,37
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		118.977,05

PIS

CONTRIBUIÇÃO	2986	6.253,79
JUROS DE MORA (Calculado até 12/2018)		3.699,26
MULTA PROPORCIONAL (Parcela de Redução)		8.548,75
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		18.501,80

Os fatos que embasaram a autuação encontram-se bem detalhados no Termo de Verificação Fiscal-TVF. Inicialmente a autoridade fiscal esclarece que os fatos relatados deram origem a lançamento em outro processo (n.º 16327.721149/2015-78), reproduz TVF daqueles autos, e informa que a continuidade daqueles fatos acarretou o presente lançamento. Transcrevem-se trechos do TVF:

As operações que originaram as despesas ora glosadas correspondem à continuidade das operações já analisadas no Processo Administrativo Fiscal n.º 16327.721.149/2015-78, julgado no CARF e que apresenta a seguinte ementa (parte):

Acórdão: 1401-002.345

Número do Processo: 16327.721149/2015-78

Data de Publicação: 18/06/2018

Contribuinte: ITAU UNIBANCO S.A.

Relator(a): LIVIA DE CARLI GERMANO

Ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS. AUMENTO DE CAPITAL SEGUIDO DO RETORNO DE TODO O AUMENTO EM INVESTIMENTO NA CONTROLADORA. FALTA DE INTERESSE NEGOCIAL.

Revela falta de interesse negocial a pessoa jurídica controladora aumentar o capital da sua subsidiária integral para, na seqüência, receber todos os recursos sob a forma de depósitos interfinanceiros de liquidez que devem ser remunerados e gerar despesas. Tal aumento de capital em subsidiária que mantinha saldos de prejuízo fiscal e base negativa de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido antes de sua incorporação revelam apenas interesse de cunho tributário.

DOS FATOS

No ano de 2010, o Itaú Unibanco transferiu, sob a forma de “Aumento de Capital”, recursos para sua subsidiária integral – Banco Unibanco S.A., que retornaram imediatamente sob a forma de aplicações em CDI’s - Certificados de Depósitos Interfinanceiros – criando para contribuinte fiscalizado a suposta obrigação ao **pagamento de juros** sobre valores que já pertenciam a ele mesmo, que passaram a ser apropriados como despesas e utilizadas indevidamente para redução de tributos.

Por suas características, a montagem das operações do designado “Aumento de Capital” e devolução recursos por meio de aplicações em CDI’s configuraram **fraude**, tendo o Itaú Unibanco S.A. como agente, ao tentar impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos pela criação e inserção de despesas artificiais na determinação (redução) de seus resultados e/ou lucros apurados periodicamente cada período (base de cálculo dos tributos).

*Lei 4.502/64**Art. 72. (...)*

A narração dos fatos que descrevem as operações ora abordadas são reproduzidas do Termo de Verificação Fiscal lavrado e constantes do PAF 16327.721149/2015-78, a seguir reproduzido (parte):

INFRAÇÃO 1 - GLOSA DE DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS

DOS FATOS

Em Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 16 de julho de 2010, o Itaú Unibanco aprovou a subscrição integral do aumento do capital social do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. (CNPJ nº 33.700.394/0001-40), doravante Unibanco, no valor de R\$ 20 bilhões, passando o capital social deste de R\$ 9.590.725.659,73 para R\$ 29.590.725.659,73. Houve a emissão particular de ações nominativas, ordinárias e preferenciais, porém, não houve alteração no percentual de participação, pois, o Unibanco era uma subsidiária integral do Itaú Unibanco desde o ano de 2009. A integralização do capital social ocorreu no próprio mês de julho de 2010, embora a Ata da AGE dispunha que a integralização seria de 50% no ato, em dinheiro, e o restante até 16 de agosto de 2010.

Na sequência, após a referida integralização, o Itaú Unibanco efetuou a captação de recursos financeiros por meio da emissão de depósitos interfinanceiros (DI) os quais foram depositados pelo Unibanco (operação intragrupo) com os recursos recebidos em decorrência do aumento do seu capital social, ou seja, o montante de R\$ 20 bilhões retornou ao Itaú Unibanco por meio dessas operações interfinanceiras. As captações, no caso do Itaú Unibanco, ou as aplicações, no caso do Unibanco, foram efetuadas nos dias 23 e 27 de julho, conforme o quadro, a seguir.

Descrição - Dados das operações com DI				
Valor principal	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.027.459.000,00	5.000.000.000,00
Data da operação	23/07/2010	27/07/2010	27/07/2010	23/07/2010
Vencimento	13/02/2012	13/02/2010	13/02/2010	13/02/2010
Taxa	100,18%	100,18%	100,18%	100,18%
Indexador	DI	DI	DI	DI
Ativo	DI001000SLX	DI001000T9U	DI001000T9W	DI001000SLW

No Itaú Unibanco, contabilmente, houve um acréscimo no ativo na conta de investimentos Unibanco-VP (conta COSIF 2.1.2.10.05-1, conta interna 2114.194.000.000-0) e também no passivo na conta de Depósitos Interfinanceiros (conta COSIF 4.1.3.10.00-3, conta interna 4125.011.409.000-9). No Unibanco, por sua vez, houve um acréscimo no patrimônio líquido na conta de Capital Social (conta COSIF 6.1.1.00.00-4) e também no ativo na conta de Aplicações em Depósitos Interfinanceiros (conta COSIF 1.2.2.10.10-1).

As operações com DI, acima mencionadas, foram encerradas no vencimento, em fevereiro de 2012 e, nesse período todo, essas operações ocasionaram despesas de depósitos interfinanceiros no Itaú Unibanco, contabilizadas na conta COSIF 8.1.1.20.00-2, e receitas de aplicações em depósitos interfinanceiros, no mesmo valor, no Unibanco, contabilizadas nas contas COSIF 7.1.4.10.10-1 e 7.1.4.20.00-4, cujos valores mensais relacionamos no quadro, a seguir:

Valores mensais das receitas (Unibanco) e despesas (Itaú Unibanco) em decorrência das operações com depósitos interfinanceiros.			
	2010	2011	2012
Janeiro	0,00	180.091.117,97	204.481.050,15
Fevereiro	0,00	178.171.687,39	82.527.144,57
Março	0,00	195.592.362,72	0,00
Abril	0,00	183.591.114,78	0,00
Maior	0,00	210.675.434,41	0,00
Junho	0,00	208.590.376,47	0,00
Julho	34.881.383,25	220.611.852,42	0,00
Agosto	175.426.124,41	232.701.721,74	0,00
Setembro	171.244.894,27	212.645.233,90	0,00
Outubro	170.218.287,00	201.176.616,09	0,00
Novembro	160.534.615,51	197.486.859,24	0,00
Dezembro	192.638.213,89	213.446.157,20	0,00
Totais	904.943.518,33	2.434.780.534,33	287.008.194,72

Observações: (i) os valores acima contemplam apenas os resultados das operações com DI objetos do presente TVF, pois, as contas patrimoniais e de resultados incluem valores de outras operações; (ii) a partir de fev/2012, os recursos foram reaplicados, porém, os seus efeitos contábeis e fiscais não serão tratados neste TVF

Depósitos Interfinanceiros - Características

Conforme a CETIP S.A. - Mercados Organizados (CETIP)¹, o Depósito Interfinanceiro (DI) é instrumento financeiro destinado à transferência de recursos entre instituições financeiras. É um título privado de Renda Fixa negociado exclusivamente entre instituições financeiras que auxilia no fechamento de caixa dos bancos, como instrumento de captação de recursos ou aplicações de recursos excedentes. O Depósito Interfinanceiro não pode ser vendido a outros investidores e não há incidência de impostos sobre a rentabilidade. Os títulos têm elevada liquidez e embutem um baixíssimo risco, normalmente associado à solidez dos bancos que participam do mercado.

1 Vide www.cetip.com.br/Home. (...)

Transcrevemos, a seguir, as características e contabilização dos depósitos interfinanceiros, segundo Jorge Katsumi Niyama²:

"10.2.4.1 CARACTERÍSTICAS

Os depósitos interfinanceiros foram criados em 1986 com o objetivo de equilibrar a distribuição dos recursos entre as instituições.

Pode acontecer de, em uma instituição financeira captadora de depósitos, serem realizadas, transitoriamente, mais retiradas (resgates) do que as esperadas, fazendo, com isso, que ela apresente dificuldades para "zerar" sua posição de tesouraria, já que os recursos dos depositantes encontram-se aplicados, normalmente em operações de crédito.

Em situação como essa, a instituição, em vez de recorrer ao auxílio do Banco Central do Brasil (linha de redesconto ou assistência financeira), pode recorrer a outras instituições, que tenham tido "sobras" de caixa, para a cobertura desse déficit.

Assim, os depósitos interfinanceiros, também, conhecidos como CDI (Certificado de Depósito Interfinanceiro), caracterizam-se como instrumentos de regulação de liquidez entre as próprias instituições financeiras integrantes do SFN.

Dessa forma, o título contábil 4.1.3.00.00-6 - Depósitos Interfinanceiros representa obrigações da instituição para com outras instituições "provedoras" ou "doadoras" de recursos. Para estas últimas, tais recursos são contabilizados como "Aplicações em Depósitos Interfinanceiros", título contábil 1.2.2.00.00-1."

Associação entre os Conglomerados Itaú e Unibanco³

O aumento de capital social do Unibanco em R\$ 20 bilhões, em julho de 2010, foi realizado em um contexto de reorganização societária entre os Conglomerados Itaú e Unibanco que, ao final, em 2014, resultou na incorporação do Unibanco pelo Itaú Unibanco. Portanto, é importante descrever um breve histórico dessa reorganização a qual podemos simplificar em três fases:

1a fase em 28/11/2008 - Associação entre os Conglomerados Itaú e Unibanco

2a fase em 28/02/2009 - Cisão parcial do Unibanco

3a fase em 31/07/2014 - Incorporação do Unibanco pelo Itaú Unibanco

² Livro Contabilidade de Instituições Financeiras, 3a Edição, Editora Atlas, 2005, de Jorge Katsumi Niyama e Amaro L. de Oliveira Gomes.

³ A documentação de toda a reorganização societária entre os Conglomerados Itaú e Unibanco se encontra no e-processo fiscal de nº 16327.720680/2013-61 de onde extraímos as informações necessárias para esse breve histórico.

1a fase em 28/11/2008 - Associação entre os Conglomerados Itaú e Unibanco

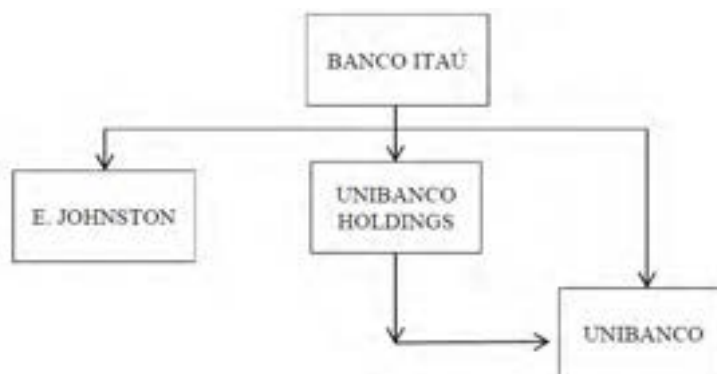
Essa reorganização, também denominada de Associação, foi aprovada pelos acionistas controladores em assembleias gerais, em 28 de novembro de 2008, e resultou na migração dos antigos acionistas da Unibanco Holdings S.A. e do Unibanco para o Banco Itaú Holding S.A., mediante diversas operações de incorporação de ações, entre as quais a do Unibanco pelo Banco Itaú (atual Itaú Unibanco). Transcrevemos, a seguir, a Nota 2 das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis de 2008, do Banco Itaú S.A.4 (atual Itaú Unibanco S.A.) que trata da referida Associação de forma resumida:

"I - Associação entre Itaú e Unibanco Em 03/11/2008, a Itaúsa - Investimentos Itaú S.A. (ITAÚSA) e o Unibanco Holdings S.A. (UNIBANCO HOLDINGS) assinaram contrato de associação visando à unificação das operações financeiras do Banco Itaú S.A. (ITAÚ) e do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. (UNIBANCO), de modo a formar o maior conglomerado financeiro privado do Hemisfério Sul. Esta operação foi homologada pelo BACEN em 18/02/2009. Esta associação contemplou reorganização societária, que resultou na migração dos atuais acionistas do UNIBANCO HOLDINGS e do UNIBANCO para uma companhia aberta - ITAÚ UNIBANCO, cujo controle é compartilhado entre a ITAÚSA e os controladores do UNIBANCO HOLDINGS, por meio da IUPAR - Itaú Unibanco Participações S.A., holding não financeira criada no âmbito desta reorganização. Adicionalmente, antes da realização das operações societárias previstas, a ITAÚSA transferiu suas ações da Itaúsa Europa Investimentos SGPS Ltda. (ITAÚSA EUROPA) e da Itaúsa Export S.A. (ITAÚSA EXPORT), sociedades que detêm a integralidade das ações do Banco Itaú Europa S.A. (ITAÚ EUROPA), para o ITAÚ pelo valor de R\$ 1.136.700 sendo R\$ 586.700 em espécie e R\$ 550.000 mediante entrega de 20.954.935 ações ordinárias escriturais, sem valor nominal, emitidas pelo ITAÚ. O ágio apurado nesta operação foi R\$ 77.457. Em Assembleia Geral Extraordinária de 28/11/2008, o ITAÚ incorporou a totalidade das ações das empresas E. Johnston Representação e Participações S.A. (E. JOHNSTON), UNIBANCO HOLDINGS e UNIBANCO, com emissão de 1.121.033.136 ações escriturais, sem valor nominal, sendo 506.796.006 ordinárias e 614.237.130 preferenciais, atribuídas aos acionistas das empresas mencionadas. Com o objetivo de restabelecer a

condição do ITAU de subsidiária integral, o capital do Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A., atual denominação do Banco Itaú Holding Financeira S.A. (ITAÚ HOLDING), foi elevado em R\$ 12.000.000, com emissão de 1.141.988.071 ações escriturais, sendo 527.750.941 ordinárias e 614.237.130 preferenciais.

.....”

A implementação dos eventos societários resultou na seguinte situação acionária do Unibanco:



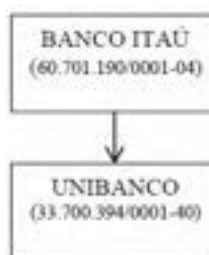
2ª fase em 28/02/2009 - Cisão parcial do Unibanco

Após o despacho do BACEN, publicado no Diário Oficial de 20/02/2009, que aprovou a reorganização societária relativa à 1ª fase, iniciou-se a 2ª que pode ser dividida em duas etapas:

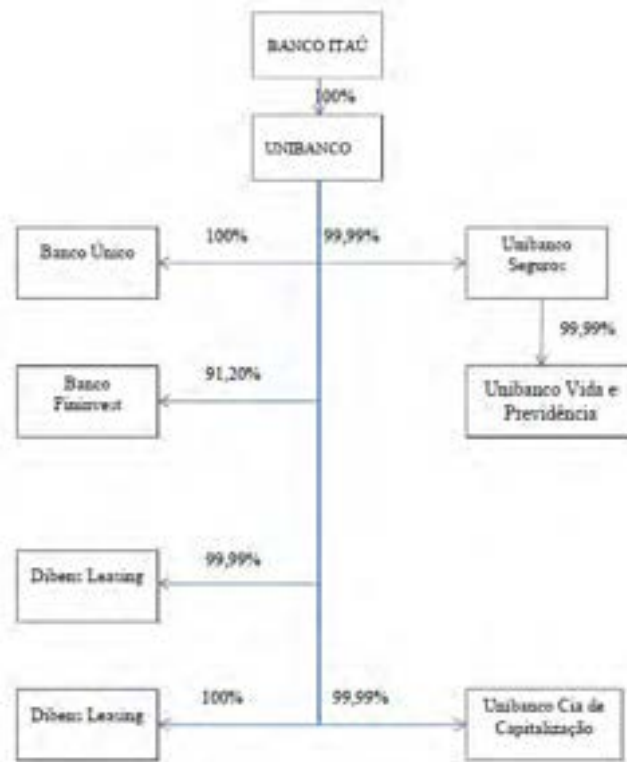
A 2ª etapa, em 28/02/2009, constituiu-se de duas operações destinadas a tornar o Unibanco uma subsidiária integral do Banco Itaú (atual Itaú Unibanco) por meio de:

- (a) cisão do Unibanco Holdings com versão da parcela cindida (participação no Unibanco) para a E. Johnston; e,
- (b) incorporação da E. Johnston pelo Banco Itaú.

Após essas duas operações, o Banco Itaú (atual Itaú Unibanco) tornou-se o único acionista do Unibanco:



A 2ª etapa, em 28/02/2009, consistiu na cisão parcial do Unibanco e subsequente junção das suas unidades de negócios com as respectivas congêneres do conglomerado Itaú. Antes da cisão, a maioria das unidades de negócios do Unibanco estavam constituídas em sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Unibanco, conforme o diagrama que segue:



Essa etapa abrangeu uma série complexa de operações societárias, todas realizadas no dia 28/02/2009, envolvendo os institutos da cisão, incorporação, incorporação de ações, alienação de participações, subscrição e integralização de capital, das quais relacionamos, a seguir, as operações pertinentes a fim de explicitar o destino dos diversos segmentos do Unibanco os quais foram reunidos, quando possível, com os respectivos congêneres do Itaú.

(...)

No quadro, a seguir, constam os valores contabilizados pelo Banco Itaú referentes aos ativos vertidos do Unibanco em razão da cisão parcial (valores em Reais).

(...)

Entretanto, a parcela do patrimônio líquido do Unibanco vertida para o Banco Itaú foi de R\$ 1.009.850.142 enquanto que a parcela remanescente, em 28/02/2009, foi de R\$ 9.271.392.926,86, conforme a seguinte estrutura patrimonial.

(...)

3ª fase em 31/07/2014 - Incorporação do Unibanco pelo Itaú Unibanco

Finalmente, em 31 de julho de 2014, o Unibanco foi incorporado pelo seu acionista único Itaú Unibanco, sendo este o seu desfecho.

ANÁLISE DOS FATOS E DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Na cisão parcial do Unibanco, em fevereiro de 2009, todas as suas unidades de negócios, representadas principalmente pelas participações societárias em controladas, foram vertidas e incorporadas, quando possível, para as respectivas congêneres do conglomerado Itaú, ocasionando uma drástica redução do seu ativo total que passou a ser representado basicamente pelas aplicações interfinanceiras de liquidez, no valor de R\$ 9,7 bilhões (cerca de 83% do ativo total). Em razão disso, houve uma redução do

capital social do Unibanco em R\$ 1.373.314.979,00 nos termos do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial do Unibanco.

Observe-se que após a versão de parcela do seu ativo, restou ainda ao Unibanco um patrimônio líquido respeitável no montante de R\$ 9,2 bilhões, cujo valor seria suficiente para fazer frente a qualquer evento negativo futuro, até porque, as demonstrações contábeis do Unibanco do ano de 2009, publicadas no Diário Oficial de SP, receberam um parecer sem ressalvas da auditoria externa. Assim, nessa questão não há uma justificativa razoável para um aporte de capital de R\$ 20 bilhões, em julho de 2010.

Outra possibilidade seria uma alteração nos rumos da reestruturação societária envolvendo, por exemplo, o retorno das operações de negócios no Unibanco. Porém, como já foi registrado anteriormente, isto não aconteceu e o Unibanco foi incorporado pelo Itaú Unibanco, em 2014, e como será relatado mais à frente, desde a formação da Associação havia o nítido interesse em extingui-lo, prevalecendo a marca Itaú.

De fato, o Unibanco foi extinto conforme todo o roteiro previsto na reorganização societária dos Conglomerados Itaú e Unibanco, iniciado formalmente no final de 2008, sendo que o ponto fora da curva de toda essa reestruturação ocorreu exatamente com o aumento do capital social do Unibanco, em julho de 2010, sem nenhum propósito aparente. Assim, é importante transcrever alguns trechos pertinentes da documentação que fez parte da reestruturação societária a fim de se comprovar que o objetivo, quanto ao Unibanco, era o seu encerramento total o qual se iniciou a partir da cisão parcial, em fevereiro de 2009, conforme relatado anteriormente.

Os motivos do tempo decorrido entre a cisão parcial do Unibanco, em 2009, e a sua extinção por meio do instituto da incorporação, em julho de 2014, foram explicitados no item (IV) da parte inicial do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., de 28 de fevereiro de 2009. Trata-se de um período transitório para fazer frente a gestão administrativa enquanto não encerradas as suas agências e enquanto não notificadas as partes envolvidas nos processos cíveis, trabalhistas e tributários em aberto, dentre outras razões.

Assim, transcrevemos, a seguir, toda a parte inicial do referido Protocolo, inclusive para melhor contextualização das justificativas da cisão parcial do Unibanco e dos aspectos quanto à unificação, integração e centralização das carteiras financeiras ativas e passivas, das estruturas operacionais e administrativas e demais ativos operacionais e negócios bancários no Itaú:

"UNIBANCO e ITAÚ referidos conjuntamente como Companhias" As partes acima nomeadas e qualificadas, considerando que:

(i) em 28 de novembro de 2008, o Conglomerado Itaú e o Conglomerado Unibanco se uniram em um mesmo e único conglomerado, de forma que o UNIBANCO passou a ter todas as suas ações detidas, direta ou indiretamente, pelo ITAÚ, o qual, por sua vez, possui todas as suas ações detidas pelo ITAÚ UNIBANCO BANCO MÚLTIPLO S.A.;

(ii) com a associação Itaú Unibanco, é coerente que os negócios dos dois conglomerados sejam integrados, tendo em vista o aproveitamento de sinergias, ganhos de escala e diversificação. O novo Conglomerado Itaú Unibanco tem o intuito de unificar suas estruturas operacionais administrativas, com a consequente otimização do número de empresas, de seus negócios, ativos e resultados;

(iii) como parte dessa integração, é conveniente centralizar as carteiras financeiras ativas e passivas, bem como os demais ativos operacionais e negócios bancários, do ITAÚ e UNIBANCO no ITAÚ, com os respectivos resultados, e também centralizar no ITAÚ as participações societárias nos demais segmentos

de negócios desenvolvidos atualmente pelas empresas controladas do UNIBANCO, dentre outras: Unibanco Seguros S.A., Unibanco Vida e Previdência S.A., Unibanco Companhia de Capitalização S.A., Dibens Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, Banco Único S.A., Unibanco Asset Management S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Unibanco Investshop - Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio S.A. e Banco Fininvest S.A. e suas subsidiárias;

(iv) o UNIBANCO deve continuar existindo para que possa (a) fazer frente a gestão administrativa de suas agências, enquanto não encerradas em todas as esferas necessárias, (b) dar continuidade à gestão administrativa dos processos cíveis, trabalhistas e tributários em aberto, enquanto não notificadas as partes envolvidas, (c) auxiliar no processo de integração, (d) manter e gerir determinados passivos operacionais e ativos financeiros que não serão objeto de cisão, dentre outras razões;

(v) por outro lado, a centralização do controle societário das participações nas empresas controladas e a centralização das carteiras financeiras, ativos operacionais e negócios com os respectivos resultados econômicos, no ITAÚ, é o primeiro passo para a integração das estruturas operacionais do UNIBANCO e ITAÚ. Para atingir esse objetivo é interesse do Conglomerado Itaú Unibanco que se cindam determinados ativos e passivos do UNIBANCO para incorporação da parcela cindida no ITAÚ, sendo a parcela cindida composta de substancialmente todos os ativos e passivos relacionados às atividades de varejo, atacado, tesouraria e demais ativos operacionais. A maioria desses ativos e passivos, integrantes dessa parcela patrimonial cindida, continuará a ser gerida pelo UNIBANCO e, assim como as novas operações e negócios do UNIBANCO, tais atividades serão realizadas por conta e ordem do ITAÚ."

Outro documento que julgamos pertinente é o "Instrumento Particular de Contrato de Associação e Outras Avenças" celebrado, em 03.11.2008, pelos controladores dos Conglomerados Itaú e Unibanco. Embora o principal objeto do contrato fosse estabelecer a divisão do controle da nova configuração societária a ser formada, de um lado, pelas famílias Setubal e Villela (controladoras do Conglomerado Itaú) e de outro pela família Moreira Salles (detentora do controle do Unibanco), o instrumento contratual também tratou, ainda que de forma preliminar e superficial, da integração do Banco Itaú e do Unibanco. Reproduzimos, a seguir, a "CLÁUSULA IV":

CLÁUSULA IV

"4. A integração do Itaú e do Unibanco será conduzida de modo a proporcionar os melhores benefícios em termos administrativos, operacionais, mercadológicos ou de outra natureza e a decisão, que a respeito for adotada pelos GRUPOS A e B ⁽⁵⁾, levará em conta exclusivamente esses fatores:

4.1. O Itaú Holding passará a operar sob a denominação de 'Itaú Unibanco Holding S. A.', conservando o Itaú a sua denominação.

4.2. Havendo ou não a preservação da pessoa jurídica do Unibanco, o seu nome comercial e suas marcas ou os nomes comerciais ou marcas de algumas de suas controladas deverão ser mantidos como estratégia mercadológica de segmentação de negócios ou de exploração de produtos ou de atividades diferenciadas, pelo tempo que for considerado útil ou necessário em benefício do empreendimento explorado pelo Itaú Holding, ficando a revisão ou o abandono dessa estratégia sujeita a concordância dos GRUPOS A e B." (g.n.)

No trecho transcrito, fica claro que a integração Itaú-Unibanco adotaria, como base, as estruturas operacionais do Itaú em detrimento das do Unibanco. Ainda que, num caso ou noutro, uma 'marca' do Unibanco fosse mantida por "estratégia mercadológica".

⁵ O Item 1.3 do "Instrumento Particular de Contrato de Associação e Outras Avenças" define GRUPOS A e B da seguinte forma:

"1.3. Para fins deste instrumento contratual as partes abaixo indicadas, quando referidas em conjunto, são designadas, como:

- a) GRUPO A, o grupo familiar integrado pelos controladores pessoas físicas da Itaúsa, subdividido em FAMÍLIA SETUBAL E FAMÍLIA VILLELA;
- b) GRUPO B, o grupo familiar integrado pelas pessoas referidas na alínea 'c' do subitem 1.1." (FERNANDO ROBERTO MOREIRA SALLES; WALTER MOREIRA SALLES JÚNIOR; PEDRO MOREIRA SALLES; JOÃO MOREIRA SALLES)

Os trechos transcritos acima são evidências que ressaltam a falta de interesse dos controladores, desde o início das tratativas, em manter o Unibanco como entidade operacional no novo conglomerado financeiro e corroboram no entendimento de que inexistiram qualquer propósito negocial no aporte de capital de R\$ 20 bilhões. E isso é fato: o Unibanco foi incorporado pelo Itaú Unibanco, em julho de 2014, e os recursos oriundos do referido aporte foram aplicados, até a sua extinção, somente em operações interfinanceiras de liquidez.

Destarte, convém comparar o passivo total do Unibanco em relação ao seu patrimônio líquido, de 2009 a 2013, cujos dados foram obtidos das demonstrações contábeis que receberam pareceres sem ressalvas da auditoria externa, a fim de verificarmos a discrepância entre as referidas contas patrimoniais, ou seja, as obrigações do Unibanco, para uma instituição cujo desfecho já estava determinado, estavam mais do que suficientemente garantidas pelo ativo. Tal fato demonstra a falta de necessidade de um aporte daquela envergadura:

Ano (31/12)	Patrimônio Líquido (R\$ mil)	Passivo total (R\$ mil)	Relação Passivo/PL (%)
2009	9.682.559	1.885.818	19,48%
2010	30.502.988	2.048.624	6,72%
2011	32.693.525	1.136.812	3,48%
2012	34.369.488	836.655	2,43%
2013	30.478.345	914.387	3,00%

Quanto aos efeitos das aplicações em depósitos interfinanceiros (incluídas nas contas de aplicações interfinanceiras de liquidez), de que trata o presente TVF, elas impactaram positivamente, por óbvio, nos resultados do Unibanco de 2010 a 2012, inclusive na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

Conforme relacionadas, mais acima, as receitas com DI foram de R\$ 904.943.518,33, R\$ 2.434.780.534,33 e R\$ 287.008.194,72, em 2010, 2011 e 2012, respectivamente. Com base nesses valores, demonstramos nos quadros, a seguir, os efeitos dessas receitas no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL do Unibanco de 2010 a 2012:

Descrição	Unibanco - DIPF AC 2010 (R\$)	resultado sem as receitas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Receitas com DI	904.943.518,33	0,00	904.943.518,33
Lucro líquido antes da CSLL	1.808.516.729,33	903.573.211,00	904.943.518,33
Lucro real antes da compensação de prejuízos	(89.341.363,65)	(994.284.881,98)	904.943.518,33
Compensação de prejuízos	0,00	0,00	0,00
Lucro real após compensação	(89.341.363,65)	(994.284.881,98)	904.943.518,33
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	(89.341.363,65)	(994.284.881,98)	904.943.518,33
Compensação de base negativa da CSLL	0,00	0,00	0,00
Base da CSL após compensação	(89.341.363,65)	(994.284.881,98)	904.943.518,33

Efeitos decorrentes das receitas com DI no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas em 2011 no UNIBANCO			
Descrição	Unibanco - DIPJ AC 2011 (R\$)	resultado sem as receitas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Receitas com DI	2.434.780.534,33	0,00	2.434.780.534,33
LL antes da CSLL	2.639.881.900,16	205.101.365,83	2.434.780.534,33
Lucro real antes da compensação de prejuízos	2.642.764.475,00	207.983.940,67	2.434.780.534,33
Compensação de prejuízos	792.829.342,50	62.395.182,18	730.434.160,32
Lucro real após compensação	1.849.935.132,50	145.588.758,40	1.704.346.374,10
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	2.642.764.475,05	207.983.940,67	2.434.780.534,38
Compensação de base negativa da CSLL	792.829.342,50	62.395.182,18	730.434.160,32

Efeitos decorrentes das receitas com DI no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas em 2012 no UNIBANCO			
Descrição	Unibanco - DIPJ AC 2012 (R\$)	resultado sem as receitas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Receitas com DI	287.008.194,72	0	287.008.194,72
LL antes da CSLL	2.816.817.337,81	2.529.809.143,09	287.008.194,72
Lucro real antes da compensação de prejuízos	2.827.342.851,52	2.540.334.656,80	287.008.194,72
Compensação de prejuízos	848.202.855,46	762.100.396,80	86.102.458,66
Lucro real após compensação	1.979.139.996,06	1.778.234.260,00	200.905.736,12
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	2.826.521.717,50	2.539.313.522,58	287.008.194,72
Compensação de base negativa da CSLL	847.896.515,19	761.794.056,60	86.102.458,50
Base da CSL após compensação	1.978.425.202,11	1.777.519.465,98	200.905.737,00

Dos quadros acima, podemos extrair que, em 2010, as receitas com DI, no valor de R\$ 904.943.518,33, reduziram o prejuízo contábil que seria de R\$ 994.284.881,98 para apenas R\$ 89.341.363,65. Reduziram inclusive o prejuízo fiscal que seria de R\$ 994.284.881,98 para apenas R\$ 89.341.363,65. Idem, também, para a base negativa da CSLL. Ou seja, todas as receitas com DI, em 2010, foram absorvidas pelo prejuízo contábil apurado em outras operações.

Em 2011, as receitas com DI incrementaram o lucro contábil em R\$ 2.434.780.534,33 e, também, o lucro real e a base de cálculo da CSLL. Porém, o lucro tributável foi amenizado em razão da existência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL, os quais resultaram em um aumento na compensação no mesmo valor para ambos de R\$ 730.434.160,32.

Em 2012, da mesma forma, as receitas com DI incrementaram o lucro contábil do Unibanco em R\$ 287.008.194,72 ⁽⁶⁾ e, também, o lucro real e a base de cálculo da CSLL. Porém, o lucro tributável também foi amenizado em razão da existência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL, os quais resultaram em um incremento na compensação no mesmo valor para ambos de R\$ 86.102.458,50.

É importante registrar que o saldo de prejuízos fiscais do Unibanco, em 31 de dezembro de 2009, era de R\$ 2.432.071.238,60, conforme o Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais (SAPLI); e o da base negativa da contribuição era de R\$ 1.820.612.901,71, conforme o Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL (SAPLI).

Esses saldos seriam muito maiores em 2010, caso o resultado do Unibanco não fosse incrementado pelas receitas com depósitos interfinanceiros, conforme demonstrado no quadro relativo ao ano-calendário de 2010, acima. E, em razão dessas operações, o Unibanco conseguiu zerar todo o saldo de base negativa da contribuição social no ano de 2013, enquanto que o de prejuízos fiscais restou um montante de apenas R\$ 76.255.217,64, conforme o SAPLI.

Nota-se, portanto, que o aporte de capital de R\$ 20 bilhões no Unibanco e o subsequente retorno desse valor para o único acionista e subscritor Itaú Unibanco por meio de aplicações em depósitos interfinanceiros emitidos por este último foi muito vantajoso fiscalmente para ambos.

De fato, no caso do Unibanco tais operações resultaram em receitas de depósitos interfinanceiros que incrementaram o seu lucro tributável e, conseqüentemente, pôde aproveitar ao máximo os saldos de seus prejuízos fiscais e bases negativas antes da sua extinção que, conforme relatado, já estava prevista.

No caso do Itaú Unibanco, os depósitos interfinanceiros representaram obrigações que foram contabilizadas no passivo e, dessa forma, foram registradas despesas com depósitos interfinanceiros, cujos valores são os mesmos das receitas do Unibanco. Referidas despesas, por óbvio, não seriam apropriadas se não fossem as tais operações de aporte de capital em uma subsidiária integral e o imediato retorno desse capital por meio de captações depositadas pelo Unibanco.

⁶ Esse valor se refere às receitas de apenas dois meses de 2012, pois, conforme comentado anteriormente, as operações com DI tratadas no presente TVF venceram em fevereiro e, a partir desse mês os recursos foram reaplicados, mas, os seus efeitos contábeis e fiscais não serão tratados neste TVF.

Assim, convém demonstrar também o impacto dessas despesas no Itaú Unibanco, a seguir:

Efeitos decorrentes das despesas com DI no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas em 2010 no ITAU UNIBANCO			
Descrição	Itaú Unibanco - DIPJ AC 2010 (R\$)	resultado sem as despesas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Despesas com DI	904.943.518,33	0,00	904.943.518,33
Lucro líquido antes da CSLL	2.121.479.866,62	3.026.423.384,95	904.943.518,33
Lucro real antes da compensação de prejuízos	132.055.886,26	1.036.999.404,59	904.943.518,33
Compensação de prejuízos	(39.616.765,88)	(311.099.821,38)	271.483.055,50
Lucro real após compensação	92.439.120,38	725.899.583,21	633.460.462,83
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	(200.099.766,67)	704.843.751,66	904.943.518,33
Compensação de base negativa da CSLL	0,00	(211.453.125,50)	211.453.125,50
Base da CSL após compensação	(200.099.766,67)	493.390.626,16	693.490.392,83

Efeitos decorrentes das despesas com DI no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas em 2011 no ITAU UNIBANCO			
Descrição	Itaú Unibanco - DIPJ AC 2011 (R\$)	resultado sem as despesas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Despesas com DI	(2.434.780.534,33)	0,00	(2.434.780.534,33)
Lucro líquido antes da CSLL	644.048.782,74	3.078.829.317,07	2.434.780.534,33
Lucro real (prejuízo fiscal) antes compensação	(2.972.542.378,22)	(537.761.843,89)	2.434.780.534,33
Compensação de prejuízos	0,00	0,00	0,00
Lucro real (prejuízo fiscal) após compensação	(2.972.542.378,22)	(537.761.843,89)	2.434.780.534,33
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	(3.700.099.288,97)	(1.265.318.754,64)	2.434.780.534,33
Compensação de base negativa da CSLL	0,00	0,00	0,00
Base da CSL após compensação	(3.700.099.288,97)	(1.265.318.754,64)	2.434.780.534,33

Efeitos decorrentes das despesas com DI no lucro líquido antes da CSLL, lucro real, base de cálculo da CSLL e compensações de prejuízos fiscais e bases negativas em 2012 no ITAU UNIBANCO			
Descrição	Itaú Unibanco -DIPJ AC 2012 (R\$)	resultado sem as despesas com DI (R\$)	Diferença (R\$)
Despesas com DI	(287.008.194,72)	0,00	(287.008.194,72)
Lucro líquido antes da CSLL	335.061.144,54	622.069.339,26	(287.008.194,72)
Lucro real antes da compensação de prejuízos	45.560.248,01	332.568.442,73	(287.008.194,72)
Compensação de prejuízos	(13.668.074,40)	(99.770.532,82)	86.102.458,42
Lucro real após compensação	31.892.173,61	232.797.909,91	200.905.736,30
Base de cálculo da CSLL antes da compensação de base negativa	(587.971.004,04)	(300.962.809,32)	(287.008.194,72)
Compensação de base negativa da CSLL	0,00	0,00	0,00
Base da CSL após compensação	(587.971.004,04)	(300.962.809,32)	(287.008.194,72)

Dos quadros acima, do Itaú Unibanco, extraímos que as despesas com DI reduziram, por óbvio, o lucro líquido antes da CSLL de 2010 a 2012, nos respectivos valores de R\$ 904.943.518,33, R\$ 2.434.780.534,33 e R\$ 287.008.194,72.

No aspecto fiscal do Itaú Unibanco, as despesas com DI reduziram, em 2010, o lucro real que seria de R\$ 1.036.999.404,59 para apenas R\$ 132.055.886,26, antes da compensação de prejuízos fiscais. No caso da CSLL, as despesas com DI reduziram a base de cálculo que seria de R\$ 704.843.751,66 para uma base negativa de R\$ 200.099.766,67.

Em 2011, as despesas com DI aumentaram o prejuízo fiscal que seria de R\$ 537.761.843,89 para R\$ 2.972.542.378,22; e, também, aumentaram a base negativa da CSLL que seria de R\$ 1.265.318.754,64 para R\$ 3.700.099.288,97.

Em 2012, no caso do Itaú Unibanco, as despesas com DI reduziram o lucro real antes da compensação de prejuízos de R\$ 332.568.442,73 para R\$ 45.560.248,01, e, aumentaram a base negativa da CSLL de R\$ 300.962.809,32 para R\$ 587.971.004,04.

Conforme se depreende dos quadros acima, o Itaú Unibanco também foi beneficiado, pois, o passivo representado pela captação de recursos por meio de depósitos interfinanceiros gerou despesas com DI que reduziram o seu lucro tributável.

Pelo exposto, o resultado do aporte de capital no Unibanco, subsidiária integral, e o subsequente retorno desse capital ao acionista Itaú Unibanco foi vantajoso para ambos apenas no aspecto tributário sem qualquer outro benefício seja no aspecto societário, empresarial ou negocial. Em suma, em razão dessas operações, o Itaú Unibanco reduziu o seu lucro tributável e o Unibanco, antes de ser extinto, conseguiu zerar todo o saldo de base negativa da contribuição social, no ano de 2013, enquanto que o de prejuízos fiscais restou um montante de apenas R\$ 76.255.217,64, conforme o SAPLI. O Itaú Unibanco registrou despesas com DI e o Unibanco as correspondentes receitas. Eram esses os objetivos de todo o planejamento sem que houvesse qualquer motivação extratributária.

O fato desse planejamento resultar em pagamento do imposto e contribuição no Unibanco, não justifica e não torna legítima a operação perante o Fisco, pois, ao balancear toda a situação do Unibanco que seria extinto e os saldos de créditos tributários que também seguiriam o mesmo caminho, era preferível executá-lo, mesmo aumentando a carga tributária, momentaneamente, e manter tais créditos, agora no Itaú Unibanco, para compensação futura.

O Itaú Unibanco contabilizou despesas que somaram R\$ 3.626.732.247,38, em três anos, as quais foram registradas em razão de um planejamento caracterizado pela ausência de motivação extratributária. A própria ata sumária da AGE que aprovou o aumento do capital de R\$ 20 bilhões no Unibanco não menciona os motivos desse aporte até porque não teria cabimento lógico constar um aporte dessa envergadura para fins de aplicação em depósitos interfinanceiros no próprio Itaú Unibanco, sendo exatamente isso o que aconteceu.

Convém repisar as informações da Cetip sobre DI: "o Depósito Interfinanceiro (DI) é instrumento financeiro destinado à transferência de recursos entre instituições financeiras. É um título privado de Renda Fixa negociado exclusivamente entre instituições financeiras que auxilia no fechamento de caixa dos bancos, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes." (g.n)

Ora, se o Itaú Unibanco realmente necessitasse de recursos para o fechamento de seu caixa, então, não haveria nenhuma razão para efetuar um aporte de R\$ 20 bilhões em uma outra empresa, ainda mais naquela cujo encerramento estava decidido e, ainda, pagar as respectivas despesas.

Da mesma forma, o Unibanco ao aplicar o montante de R\$ 20 bilhões em depósitos interfinanceiros e mantê-lo assim até pelo menos 2012, comprovou-se que o referido aporte foi alocado no rol dos recursos excedentes, não havendo, portanto, nenhuma necessidade dessa capitalização. Aliás, o Unibanco à época, em julho de 2010, já havia cerca de R\$ 10 bilhões aplicados em DI, ou seja, já havia um excesso de recursos que, conforme relatado anteriormente, era suficiente para fazer frente a todas as suas obrigações.

Embora não seja tão sofisticado quanto um planejamento que envolva uma série de operações estruturadas em sequência, o presente caso tem uma execução muito mais simples, pois foi baseada formalmente em uma única reunião de AGE deliberando o aumento de capital no Unibanco, porém, se enquadra também no entendimento firmado pela jurisprudência administrativa de que as transações para serem legítimas devem decorrer de atos efetivamente existentes, necessários e não apenas artificialmente e formalmente revelados em documentos ou na escrituração contábil ou fiscal.

De fato, a execução do planejamento do presente caso equivale ao Itaú Unibanco sacar dinheiro de um bolso e colocá-lo em outro, pois, não apenas pelo fato do Unibanco ser uma subsidiária integral como também este utilizou os recursos recebidos para aplicá-los em depósitos interfinanceiros do próprio Itaú Unibanco, ou seja, os recursos efetivamente retornaram de forma imediata à posse do seu subscritor. Quanto ao objetivo desse planejamento, isto já foi relatado anteriormente. Assim, tais operações não tem o condão de serem oponíveis ao Fisco.

Nesse sentido, transcrevemos a ementa da decisão do antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF) no Acórdão n.º 104-21675, Sessão de 22 de junho de 2006:

(...)

Por todo o exposto, restou comprovado que o aporte de capital de R\$ 20 bilhões no Unibanco e o retorno imediato desses recursos ao Itaú Unibanco por meio de depósitos interfinanceiros tinha o propósito inequívoco de gerar receitas no Unibanco a fim de exaurir por completo os estoques de prejuízos fiscais e bases negativas da contribuição social antes da extinção do Unibanco, cujo desfecho já tinha sido estabelecido, e, ao mesmo tempo, gerar despesas no Itaú Unibanco que reduziram indevidamente o seu lucro real e a sua base de cálculo da contribuição social, ou seja, as operações utilizadas não tinham nenhuma motivação extratributária.

Dessa forma, as despesas com depósitos interfinanceiros registradas no Itaú Unibanco carecem dos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade e não se enquadram, portanto, entre aquelas consideradas dedutíveis nos termos do art. 299 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, a seguir transcrito.

(...)

Vale registrar a definição de despesa necessária constante no Parecer Normativo n.º 32 de 1981, onde dispõe que o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos. Despesa normal, diz o Parecer, é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual costumeira ou ordinária. Despesa necessária é despesa adequada. É a realizada com fins de manutenção, desenvolvimento, investimento, sempre visando o progresso do empreendimento.

Portanto, não cabe no conceito de despesa necessária, aquela feita sem propósito empresarial. Assim, estamos procedendo à glosa das despesas com depósitos interfinanceiros registradas no Itaú Unibanco, nos seguintes valores anuais:

Itaú Unibanco - Despesas com DI (R\$)	
2010	904.943.518,33
2011	2.434.780.534,33
2012	287.008.194,72

RECOMPOSIÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

(...)

CONCLUSÃO

E por todo o exposto, procedemos ao lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, por meio de auto de infração que acompanha este TVF, em razão da glosa de despesas não necessárias na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido dos anos-calendário de 2010 a 2012, do Itaú Unibanco, denominada de despesas com depósitos interfinanceiros, nos valores de R\$ 904.943.518,33, R\$ 2.434.780.534,33 e R\$ 287.008.194,72, respectivamente, por não atenderem aos requisitos de necessidade, normalidade e usualidade para as atividades empresariais, consoante determina a legislação tributária.

Enquadramento Legal:

(...)

FIM DA REPRODUÇÃO DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL DO PAF 16327-721.149/2015-78

DA RENOVAÇÃO CDI's

Os autos de infração do processo 16327.721.149/2015-78 cuidam da glosa das despesas relacionadas aos juros remuneratórios dos Certificados de Depósito Interfinanceiro - CDI's – contratados em 2010, vencidos em fevereiro de 2012, os quais foram “renovados”, ou seja, os valores foram resgatados pelo Unibanco e imediatamente reaplicados em novos CDIS, com vencimento para 24/07/12/2013¹, que continuaram a gerar despesas ao Banco Itaú Unibanco, tratadas no presente Termo de Verificação Fiscal e respectivos autos de infração, de lançamento dos créditos tributários apurados (mesmo tratamento tributário aplicado no auto de infração anterior).

¹ CDI's com vencimento para 07/12/2013, resgatados antecipadamente em 24/08/2012.

Regularmente intimado, o contribuinte informou a esta fiscalização os valores das reaplicações dos CDI's, realizadas em fevereiro de 2012, e os valores das despesas apropriadas, relativas aos juros dos CDI's emitidos:

(...)

Data Fechamento Contábil	Captação 13/02/2012	Despesa com Captação	Resgate	Saldo	Código do Ativo	Data do Vencimento
29-fev-12	8.230.000.000,00	32.376.408,50		8.262.376.408,50	D100120068U	07/02/2013
31-mar-12		68.070.906,10		8.330.447.314,60	D100120068U	
30-abr-12		59.530.964,30		8.389.978.278,90	D100120068U	
30-mai-12		62.639.599,90		8.452.617.878,80	D100120068U	
30-jun-12		54.220.721,40		8.506.838.600,20	D100120068U	
31-jul-12		58.003.805,50		8.564.842.405,70	D100120068U	
24-ago-12		46.585.256,60	8.411.426.993,25	200.000.669,05	D100120068U	
31-ago-12		46.883.345,67	15.000.752,63	185.297.805,49	D100120068U	
20-set-12		682.773,25	15.000.282,84	170.980.295,90	D100120068U	
28-set-12		973.262,26	12.001.018,12	159.269.766,79	D100120068U	
19-out-12		624.705,40	11.500.209,00	148.394.263,19	D100120068U	
31-out-12		949.952,58		148.719.510,37	D100120068U	
30-nov-12		816.241,76		149.535.752,13	D100120068U	
21-dez-12		614.230,76	6.000.605,51	144.149.377,38	D100120068U	
27-dez-12		733.269,26	2.000.782,52	142.883.864,12	D100120068U	
28-dez-12		772.790,30	6.000.800,83	137.653.853,59	D100120068U	
31-dez-12		810.755,52		136.344.318,79	D100120068U	
18-jan-13		484.881,18	12.000.316,08	124.828.883,89	D100120068U	
31-jan-13		791.469,84		125.135.472,55	D100120068U	
07-fev-13		170.653,31	125.306.125,87	- 0,01	D100120068U	

Data Fechamento Contábil	Captação 13/02/2012	Despesa com Captação	Resgate	Saldo	Código do Ativo	Data do Vencimento
29-fev-12	8.230.000.000,00	32.376.408,50		8.262.376.408,50	D100120068V	07/02/2013
31-mar-12		68.070.906,10		8.330.447.314,60	D100120068V	
30-abr-12		59.530.964,30		8.389.978.278,90	D100120068V	
30-mai-12		62.639.599,90		8.452.617.878,80	D100120068V	
30-jun-12		54.220.721,40		8.506.838.600,20	D100120068V	
31-jul-12		58.003.805,50		8.564.842.405,70	D100120068V	
24-ago-12		46.585.256,60	8.611.427.662,30	-	D100120068V	

Data Fechamento Contábil	Captação 13/02/2012	Despesa com Captação	Resgate	Saldo	Código do Ativo	Data do Vencimento
29-fev-12	8.230.000.000,00	32.376.408,50		8.262.376.408,50	D100120068W	07/02/2013
31-mar-12		68.070.906,10		8.330.447.314,60	D100120068W	
20-abr-12		42.536.591,50	13.000.984,90	8.359.962.921,20	D100120068W	
30-abr-12		59.504.545,51		8.376.950.875,21	D100120068W	
30-mai-12		62.542.337,27		8.439.493.212,48	D100120068W	
30-jun-12		54.136.531,05		8.493.629.743,53	D100120068W	
31-jul-12		57.933.741,02		8.551.543.484,55	D100120068W	
20-ago-12		36.154.868,51	10.000.422,95	8.577.697.930,11	D100120068W	
24-ago-12		46.500.860,08	8.588.043.921,66	0,02	D100120068W	

Data Fechamento Contábil	Captação 13/02/2012	Despesa com Captação	Resgate	Saldo	Código do Ativo	Data do Vencimento
29-fev-12	8.230.000.000,00	32.376.408,50	2.500.799,46	8.259.875.609,04	D100120068X	07/02/2013
31-mar-12		68.050.302,86	450.001.046,75	7.877.924.865,15	D100120068X	
30-abr-12		56.297.152,62	16.211.309,91	7.918.010.907,86	D100120068X	
31-mai-12		59.115.890,27	12.000.047,05	7.965.126.751,08	D100120068X	
20-jun-12		33.173.733,72	540.000.801,66	7.458.299.683,14	D100120068X	
29-jun-12		49.883.776,85	13.000.061,85	7.462.009.664,42	D100120068X	
20-jul-12		35.048.074,23	10.000.683,73	7.487.057.054,92	D100120068X	
31-jul-12		50.858.529,92	13.000.244,39	7.489.867.266,22	D100120068X	
24-ago-12		40.738.331,41	7.530.605.597,61	0,02	D100120068X	

Obs.: Os valores resgatados pelo Unibanco em 24 de agosto de 2012 (Cerca de R\$ 33 bilhões – antes do vencimento contratual) foram reaplicados em CDI's emitidos pelo Banco Itaucard S.A.

APURAÇÃO E LANÇAMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS

As despesas de juros dos CDI's pagos pelo Itaú Unibanco S.A. à sua controlada Banco Unibanco S.A., foram apurados com base nas informações prestadas pelo contribuinte para os anos de 2012 e 2013:

(...)

Os valores do IRPJ e da CSLL incidentes sobre as infrações apuradas foram lançados por meio dos competentes autos de infração, do qual este termo é parte integrante.

DA ORIGEM DAS DESPESAS (AUMENTO DE CAPITAL E APLICAÇÕES FINANCEIRAS)

Como vimos, na reprodução do Termo de Verificação Fiscal, as despesas apropriadas pelo Banco Itaú Unibanco – fiscalizado - têm origem na remuneração dos recursos disponibilizados pelo próprio Banco Itaú Unibanco em operação de “Aumento de Capital” à sua subsidiária, os quais retornaram imediatamente sob a forma de aplicação em CDI’s de emissão do próprio financiador do aumento.

O esquema promoveu o registro escritural das pseudo transferências de valores, a fim de proporcionar aos envolvidos a alocação de receitas e despesas, meramente contábeis, manipuladas com propósitos exclusivamente tributários.

As fictas operações de “aumento de capital” e “emissões de CDI’s” não atendem os propósitos e requisitos para os quais tipicamente se prestam:

DO “AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL”

A operação de transferência de recursos financeiros do Itaú Unibanco S.A. para o Unibanco foi realizada por meio de operação denominada pelas partes como “Aumento de Capital Social”, sob a aparência da figura prevista e regulada na Lei 6.404/64:

Exposição de Motivos da Lei 6.404/76:

“O projeto reserva a expressão “capital social”, ou simplesmente “capital”, para significar o montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio como recursos próprios **destinados de modo permanente à realização do objeto social.**”

(grifamos)

Como se extrai da leitura do texto, os autores do projeto da Lei das Sociedades por Ações definem o *capital social* pela **destinação** dada aos recursos financeiros aportados na companhia, e não pelo seu simples **ingresso** (ainda mais quando os recursos saem imediatamente de sua posse para serem devolvidos ao sócio que promoveu o “*aumento*”).

O “aumento de capital” de R\$ 20.000.000.000,00 no Unibanco, em julho de 2010 não foi, como prescrito na Lei das S.A., **destinado de modo permanente à realização do objeto social** da Companhia. Muito pelo contrário, os valores recebidos foram imediatamente **devolvidos ao proprietário dos recursos** – o controlador do grupo, Itaú Unibanco.

É leviano afirmar que o “Objeto Social” de qualquer instituição financeira é realizar aplicações financeiras, com recursos captados e emprestados à mesma pessoa (ver conceito de intermediação financeira).

Os recursos financeiros aqui referidos seriam os captados no mercado pelo Banco Itaú Unibanco para serem emprestados aos seus clientes, com o ganho de spread, (receita típica de suas operações). Fazer estes recursos financeiros

passarem por sua subsidiária e imediatamente voltarem ao seu domínio, por meio de registros contábeis lastreados em operações simuladas, não podem auferir ao agente os benefícios fiscais advindos do registro contábil de despesas de juros sobre recursos pertencentes a ele próprio.

DAS APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS INTERFINANCEIROS – CDI's

Segundo a CETIP S.A. - Mercados Organizados, o Depósito Interfinanceiro (DI) é instrumento financeiro destinado à transferência de recursos entre instituições financeiras. É um título privado de renda fixa, negociado exclusivamente entre instituições financeiras, que auxilia no fechamento de caixa destas, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes.

Sem qualquer relação com os precípuos propósitos para os quais se prestam os CDI's, as transferências realizadas Unibanco à sua controladora não foram realizadas com intuitos de aplicações de “sobras” de caixa ou de captações para suprimento de caixa do controlador, muito pelo contrário, o instrumento financeiro foi utilizado para albergar a devolução escritural dos recursos recebidos em simulado aumento de capital ao seu proprietário - Itaú Unibanco – com o intuito de possibilitar o registro contábil das operações para utilização das vantagens fiscais que essa escrituração traria para o grupo financeiro.

Com a operação, o Banco Itaú Unibanco passou a pagar juros sobre seus próprios recursos financeiros, que saíram escrituralmente de sua propriedade somente por alguns instantes, mas que, inegavelmente retornaram à sua propriedade para serem emprestados, em suas típicas operações contempladas por seu objeto social.

DA FRAUDE

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

A tipificação da fraude se contextualiza em torno do **fato gerador da obrigação tributária principal**, sob as hipóteses de impedimento ou retardo de sua ocorrência e exclusão ou modificação de suas características essenciais.

Assim, o expresso **fato gerador da obrigação tributária principal** refere-se, para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, respectivamente, ao Lucro Real e ao resultado do exercício, para as empresas que desta forma apuram seus resultados econômicos.

Senão vejamos:

Norma de apuração do IRPJ

RIR 99

Art. 247. (...)

Norma de apuração da CSLL

Lei 7.689, de 15 e dezembro de 1988

Art. 2º (...)

Tanto o “lucro líquido” quanto o “resultado do exercício”, termos expressos nas normas acima, referem-se a elementos/conceitos extraídos da ciência contábil, os quais são tomados emprestados pelo direito tributário para determinação do acréscimo patrimonial das pessoas jurídicas, fato gerador da obrigação tributária principal, previsto na norma anti-evasão.

Resta claro, portanto, que ao inserir, de forma dolosa, despesas criadas artificialmente que reduzem o “lucro líquido” e o “resultado do exercício”, o agente realiza ações que buscam impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos, na tentativa de reduzir seu imposto devido, que configuram a fraude tipificada no art. 72 da Lei 4.502/64, novamente reproduzido:

(...)

A norma busca defender o interesse da sociedade sobre o valor do *imposto devido* por aquele que tem, pelos resultados de suas atividades econômicas, a obrigação legal de pagá-lo, tipificando como fraude a ação do agente que tenta reduzi-lo por meio de ação dolosa.

O dolo exprime duas propriedades: a má-fé e a intenção do agente que realiza a ação, vinculada ao resultado previsto no tipo: ***a redução do valor do imposto devido, ou o diferimento de seu pagamento.***

O dolo, previsto e exigido na norma, é caracterizado pela ação intencional do agente em tentar lesar o interesse defendido (o valor do imposto) por meios ilícitos.

Fraude é o vocábulo derivado do latim *fraus*, *fraudis* (engano, má-fé, logro), que serve para caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Portanto, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. É, por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regra jurídica, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empregada contra aquele com quem se contrata. (GRIFAMOS)

Silva, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, Volume II - D-I, Editora Forense, 1978, pág. 718.

Observa-se a astúcia do agente - fiscalizado - ao criar todo um esquema para contabilização de transferência de recursos financeiros, por meio de pseudos “aumentos de capital” e operações de “emissões de CDI’s”, que não atendem a seus propósitos econômicos e principalmente não atendem seus propósitos

legais. Serviram tão somente para embasar o registro de despesas de juros, sobre valores que já pertenciam a ele mesmo, utilizadas para reduzir seus lucros.

As condições de dedutibilidade das despesas são as exigidas por Lei e concatenar operações, ainda que consideradas legítimas, não aufere os efeitos isolados de cada uma, que quando juntas promovem apenas o registro escritural de recursos com retorno ao seu titular, deixando para aos seus agentes as vantagens tributárias que se tenta extrair das operações, em prejuízo de toda sociedade.

Nesse sentido, transcrevemos a ementa da decisão do antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF) no Acórdão n.º 104-21675, Sessão de 22 de junho de 2006:

(...)

Também, analisadas isoladamente, as operações de aumento de capital e de emissão/aquisição de CDI's configuraram atos ilícitos, nos termos do art. 187 do Código Civil:

CC - Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 Institui o Código Civil.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sob a estrutura das operações de aumento de capital e aplicações em CDI's o contribuinte fiscalizado apropria bilhões de reais em despesas de juros sobre recursos financeiros que jamais precisou tomar emprestado, pois sempre lhe pertenceram, e comete a fraude prevista no art. 72 da Lei 4.502/64 quando realiza a ação tendente a impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos (imposto e contribuições), que seria determinado pelo acréscimo patrimonial economicamente obtido, se não fosse reduzido por despesas escusas.

A presença do abuso de forma e a falta de propósito negocial nas operações descritas não elidem a ocorrência da fraude como tipificada na norma transcrita quando as ações:

- 1) Correspondem exatamente às condutas previstas na norma;
- 2) Apresentam os elementos que caracterizam o dolo (intenção e má-fé);
- 3) Lesam o interesse social maior que a norma busca resguardar (o pagamento do imposto devido por aquele que aufere renda);e
- 4) As operações apresentam um complexo de negócios que não correspondem aos propósitos para os quais juridicamente se destinam (aumento de capital e aplicações em CDI's).

DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS (2013)

As despesas de juros sobre recursos financeiros pertencentes ao próprio contribuinte ou as despesas de juros não relacionadas à INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA não podem ser utilizadas para reduzir as bases de cálculo das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal.

(...)

A Contribuição ao PIS e a Cofins correspondem à parcela de financiamento da seguridade social atribuída às empresas, exigidas sobre seu faturamento e/ou lucro (nos casos dos bancos)

De acordo com a Lei 9.718/98

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

*Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a **receita bruta** de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).*

...

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

c) deságio na colocação de títulos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Obviamente a lei não elenca como deduções ou exclusões as despesas originadas em operações estruturadas e criadas para gerar despesas contábeis, sem fundamentação econômica.

A intermediação financeira descrita na letra “a” acima corresponde à captação de recursos de terceiros e o empréstimo para outros, com a cobrança de um spread pelo banco.



O diagrama das operações bancárias típicas demonstra o spread ($y-x$) e a relação direta entre valores captados e valores emprestados aos clientes, que caracterizam a *intermediação financeira*.

A inserção de operações de transferências intra grupo, como as relatadas, possibilitaram a criação artificial de supostas “despesas de captação”, sem a contrapartida de “receitas por empréstimos”, que não configuraram a *intermediação financeira* prevista na norma.

Os valores das despesas de juros com captações de CDI registradas pelo Itaú Unibanco S.A., objeto de glosa na apuração do IRPJ e da CSLL foram utilizados para glosa na apuração da Contribuição ao PIS e da Cofins, lançadas por meio de auto de infração, por não haver previsão legal para sua exclusão/dedução na apuração das bases de cálculo (Receita Bruta, conf. Art. 3º da Lei 9.718/98).

Ainda que as bases utilizadas sejam as mesmas, sua fundamentação não se confunde, visto que, as deduções da receita bruta para apuração das bases de cálculo do PIS e Cofins são as previstas em Lei, de forma que “captações” realizadas para “aumento de capital” não correspondem à despesas de *intermediação financeira* (mais ainda, quando os recursos são captados para serem entregues ao próprio aplicador, como vimos na segunda tranche do aumento de capital).

Despesas de juros deduzidas das bases de cálculo das contribuições em 2013:

2013	Janeiro	DIOO12006BU	791.469,84
	Fevereiro	DI0012006BU	170.653,31

Da Impugnação

Ciente da autuação em 21/12/2018, o sujeito passivo apresentou **impugnação**, a qual foi julgada parcialmente procedente, tão somente para excluir os valores lançados a título de PIS e COFINS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sem que tal exoneração tivesse atingido o limite de alçada para recurso de ofício. Transcreve-se a ementa do acórdão da DRJ:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

AÇÕES FISCAIS QUE TRATAM DE OPERAÇÕES CONTINUADAS NO TEMPO. FATOS QUE NÃO FORAM CARACTERIZADOS COMO FRAUDE EM FISCALIZAÇÕES DE PERÍODOS ANTERIORES. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE.

Em se tratando de fiscalização de operações continuadas no tempo, nada impede que o Fisco modifique seu entendimento, no sentido de passar a caracterizar como fraude uma operação que não foi assim qualificada em ações fiscais anteriores.

DECADÊNCIA DO DIRETO DE LANÇAR. PRESENÇA DE DOLO.

Constatada a presença de dolo, fraude ou simulação, o prazo de 5 (cinco) para a Fazenda Pública efetuar o lançamento começa a correr a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS COM JUROS. TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS. AUMENTO DE CAPITAL SEGUIDO DO RETORNO DE TODO O AUMENTO SOB A FORMA DE INVESTIMENTO NA CONTROLADORA. FALTA DE INTERESSE NEGOCIAL.

Revela falta de interesse negocial a pessoa jurídica controladora aumentar o capital da sua subsidiária integral para, na sequência, receber todos os recursos sob a forma de depósitos interfinanceiros de liquidez que devem ser remunerados e geram despesas. Tal aumento de capital em subsidiária que mantinha saldos de prejuízo fiscal e base negativa de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido antes de sua incorporação revelam apenas interesse de cunho tributário.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APROVEITAMENTO DO SALDO NEGATIVO DE IRPJ DO PRÓPRIO PERÍODO. CONDIÇÃO.

O aproveitamento de saldo negativo de IRPJ no lançamento de ofício está condicionado a que o referido crédito não tenha sido objeto de pedido de restituição nem tenha sido utilizado em declaração de compensação.

EXCLUSÃO DO PIS E DA COFINS LANÇADOS DE OFÍCIO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. CABIMENTO.

Os valores de PIS e COFINS lançados de ofício são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ apurada em lançamento de ofício.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

A estruturação de operações entre partes relacionadas sem qualquer propósito negocial, e com o único objetivo de reduzir a carga tributária, caracteriza fraude, ensejando a qualificação da multa de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

LANÇAMENTO DECORRENTE. GLOSA DE DESPESAS.

Confirmada a glosa de despesas em relação ao lançamento do imposto de renda, a mesma sorte terá o auto de infração da contribuição social sobre o lucro líquido dele decorrente.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APROVEITAMENTO DO SALDO NEGATIVO DE CSLL DO PRÓPRIO PERÍODO. CONDIÇÃO.

O aproveitamento de saldo negativo de CSLL no lançamento de ofício está condicionado a que o referido crédito não tenha sido objeto de pedido de restituição nem tenha sido utilizado em declaração de compensação

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2012, 2013

PIS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DESPESAS DE JUROS DECORRENTES DE OPERAÇÕES INTRAGRUPU REALIZADAS COM OBJETIVOS UNICAMENTE TRIBUTÁRIOS. EXCLUSÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO.

A faculdade concedida às instituições financeiras de excluírem da base de cálculo do PIS as despesas incorridas em operações de intermediação financeira não contempla as despesas com juros decorrentes de operações intragrupo engendradas sem interesse negocial e com fim exclusivamente tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2012, 2013

COFINS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DESPESAS DE JUROS DECORRENTES DE OPERAÇÕES INTRAGRUPU REALIZADAS COM OBJETIVOS UNICAMENTE TRIBUTÁRIOS. EXCLUSÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO.

A faculdade concedida às instituições financeiras de excluírem da base de cálculo da COFINS as despesas incorridas em operações de intermediação financeira não contempla as despesas com juros decorrentes de operações intragrupo engendradas sem interesse negocial e com fim exclusivamente tributário.

Do Recurso Voluntário

Em 30/07/2019, o contribuinte foi cientificado da decisão da DRJ (Termo fl. 2435). Ainda inconformado, em 29/08/2019 (Termo fl.2437) apresentou **Recurso Voluntário**, no qual argui em síntese:

- Quanto ao lançamento do IRPJ e da CSLL, procura demonstrar e esclarecer a efetiva substância das operações realizadas;

- O legítimo objetivo foi o de *preservar e compensar os prejuízos fiscais e base negativa da CSL do Unibanco, cujas atividades operacionais já haviam sido transferidas ao Itaú e que seria extinto por incorporação como de fato o foi em 2014, concentrando-se assim os resultados positivos ou negativos das operações em geral no Recorrente, esta sim a instituição financeira que daria continuidade às operações da associação Itaú-Unibanco, com capacidade para absorver e compensar eventuais prejuízos fiscais e base negativa da CSL;*

- Argumenta que a realização de operações visando à geração de lucros que absorvessem prejuízos e bases negativas acumuladas do Unibanco é um propósito legítimo e não afasta a necessidade de despesas incorridas pela Recorrente;

- Faz esclarecimentos sobre normas do Conselho Monetário Nacional que definem o Patrimônio de Referência (PR) e o Patrimônio de Referência Exigido (PRE), como parâmetros para análise da saúde financeira da entidade e argumenta que *quanto maior o crédito tributário*

relativo a prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL, menor o capital disponível que poderia ser utilizado pelo Recorrente para realizar as atividades operacionais típicas das instituições financeiras. Em outras palavras, em lugar de poder ser investido visando à obtenção de lucro, seu capital ficará "aplicado" no crédito tributário relativo aos prejuízos, que como se sabe sequer é atualizado monetariamente, muito menos remunerado por juros;

- Defende que a Comissão de Valores Mobiliários, ao tornar obrigatória para as sociedades anônimas a observância do referido CPC 32, não só reconhece expressamente que o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais consubstancia um ativo diferido que deve ser reconhecido, como ainda determina sua baixa se não houver uma expectativa concreta para sua utilização, exceto "se estiverem disponíveis para a entidade oportunidades de planejamento tributário (ver item 30) que criarão lucro tributável no período em que prejuízos fiscais ou créditos fiscais não utilizados possam ser utilizados e argumenta que o CPC 32 incentiva a utilização de planejamentos tributários para consumo do prejuízo fiscal acumulado;

- Reafirma que as operações realizadas apresentam sim motivação econômica absolutamente legítima e verdadeiramente induzida pelas normas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil visando à saúde financeira das instituições financeiras e também da própria Comissão de Valores Mobiliários;

- Argumenta que aplicações financeiras entre instituições financeiras são operações normais e usuais, tendo o Conselho Monetário Nacional regulamentado expressamente os Depósitos Interfinanceiros, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes por aquelas entidades;

- Questiona a interpretação que a autoridade fiscal deu ao art. 299 do RIR/99, no sentido de que dispêndios desprovidos de propósito negocial não se enquadrariam no conceito de despesa necessária. Argumenta que além de haver legítimo propósito negocial, a necessidade das despesas deve ser analisada de um ponto de vista objetivo, e que nesse sentido, as despesas financeiras decorreram de atividades inerentes às entidades financeiras (operações com DI), nos termos do seu objeto social constante do Estatuto Social, qual seja, "a atividade bancária em todas as modalidades autorizadas, inclusive a de operações de câmbio", logo são necessárias;

- Aduz argumentos no sentido de que as despesas financeiras incorridas decorrem de atividades próprias das instituições financeiras, sendo absolutamente usuais e normais no tipo de operações realizadas pelo Recorrente, não estando relacionadas a atos estranhos ao seu objeto social, que pudessem ser tidos como mera liberalidade;

- Alega inexistência de prejuízo ao erário;

- Acrescenta que há muito tempo a jurisprudência administrativa e a própria Coordenação do Sistema de Tributação vêm entendendo que a fiscalização deve considerar a arrecadação global do tributo, devendo a dedutibilidade de uma despesa ser aceita sempre que representar receita tributável na outra parte contratante, já que nesse caso não haverá qualquer prejuízo ao Fisco; Cita o Parecer Normativo CST nº 50/76;

- Argumenta que no caso concreto, como se verifica do trabalho da KPMG anexo (doc. 02), mesmo com a compensação de prejuízos e base negativa da CSL o valor pago a maior pelo Unibanco a título de IRPJ e CSL em razão das operações realizadas, em comparação ao

que seria devido desconsiderando-se as receitas correspondentes às despesas do Recorrente glosadas pela fiscalização, superou em muito os valores pagos a menor no período pelo Recorrente;

- Cita a decisão proferida pelo CARF na autuação anterior (PA n.º 16327.721149/2015-78) e aprofunda quatro questionamentos inseridos no voto vencedor daquele acórdão;

- Como argumentos subsidiários, a Recorrente argui: a necessária a recomposição das bases de cálculo dos IRPJ e CSL lançados em função dos saldos negativos apurados nos períodos autuados e a necessidade quando menos de compensação adicional de prejuízos fiscais e base negativa de CSLL;

- Quanto aos lançamentos do PIS e da COFINS, demonstrada a efetiva necessidade das despesas, sendo cancelados os lançamentos do IRPJ e CSLL, o mesmo destino deve ser dado aos do PIS e COFINS;

- Caso assim não se entenda, a Recorrente argumenta que há expressa previsão legal para a dedução procedida e defende a inaplicabilidade das normas específicas da legislação do IRPJ e CSLL;

- Quanto à multa qualificada, defende que no lançamento efetuado no processo 16327.721.149/2015-78, o fiscal autuante entendeu desnecessárias e por esse motivo glosou as despesas incorridas, não vislumbrando, porém, a ocorrência de fraude ou qualquer outra conduta que justificasse a imputação da multa qualificada. Nessas condições, a adoção agora pelo ilustre fiscal autuante de novo critério de lançamento jamais poderia alcançar fatos geradores anteriores à introdução desse novo critério, sob pena de violação ao art. 146 do CTN;

- Muito embora os fatos geradores relativos ao presente processo (2012 e 2013) sejam posteriores aos fatos geradores referentes ao processo n.º 16327.721149/2015-78 (2010, 2011 e 2012), a mudança de critério jurídico em razão do qual a fiscalização passou a entender ter ocorrido fraude só se deu em dezembro de 2018 com a lavratura dos presentes autos de infração, não podendo assim se aplicar a fatos geradores anteriores, nos termos do artigo 146 do CTN;

- Ainda que se considere um "planejamento tributário" os atos praticados pelo Recorrente e pelo Unibanco, foram na verdade induzidos por ato normativo expedido pela CVM, aplicando-se assim ao caso o parágrafo único do artigo 100 do CTN para que se exclua a exigência da multa de ofício (quanto mais a multa qualificada de 150%) e os juros de mora;

- O simples fato de o primeiro fiscal autuante não ter vislumbrado a ocorrência no caso de fraude, aliado ao fato de que aquele lançamento somente foi mantido no CARF pelo voto de qualidade do presidente da Turma (ou seja, ocorreu empate entre os julgadores quanto à dedutibilidade ou não das despesas glosadas), por si só impossibilita a aplicação da multa qualificada no caso também por força do art. 112 do CTN, tanto em razão do inciso II, diante da inequívoca existência de dúvida quanto às "circunstâncias materiais do fato", quanto em virtude do inciso IV, tendo em vista que a qualificação da multa é uma forma de graduação, na medida em que a multa de ofício ordinariamente cabível é dobrada se ocorrerem as condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.506/64;

- Defende que não houve fraude pois a Recorrente sempre teve e continua tendo absoluta convicção quanto à licitude das operações realizadas, não tendo ademais jamais omitido nem procurado omitir qualquer elemento pertinente à operação em exame, sendo certo que as operações realizadas foram submetidas à aprovação do BACEN, tendo, além disso, fornecido todas as respostas, informações e documentos solicitados pela fiscalização nos diversos Termos de Intimação emitidos ao longo deste procedimento administrativo;

- Argumenta ainda que a simples intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo para qualificação da multa;

- Alega decadência parcial do IRPJ, CSLL, PIS e da COFINS, como consequência do reconhecimento da inexistência de fraude;

Por fim, a Recorrente requereu o provimento do recurso e o reconhecimento da insubsistência dos autos de infração lavrados.

A Procuradoria da Fazenda apresentou **contrarrrazões**, através das quais rebate as alegações trazidas pelo Itaú Unibanco. Defendeu que o planejamento tributário sob análise não é lícito, configurando evasão fiscal; que não possui essência econômica; comparou a artificialidade das operações com a “incorporação às avessas”; acrescentou ser incabível a alegação de que as normas regulação bancária estariam induzindo a Recorrente a adotar tal procedimento; questiona as conclusões do laudo da KPMG em relação à arrecadação total do Grupo Itaú, com e sem a circulação de recursos; ratificou os demais fundamentos da decisão recorrida em relação aos demais argumentos aduzidos pela Recorrente.

Ao final, a Procuradoria roga para que seja negado provimento *in totum* ao recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referente aos anos-calendários 2012 e 2013, decorrentes de glosa de despesas consideradas desnecessárias na apuração do lucro real, refletindo também na apuração das contribuições.

Em suas contrarrrazões, a Procuradoria bem resumiu os fatos e fundamentos da autuação:

A fiscalização verificou que, em 16 de julho de 2010, o Banco Itaú aumentou o capital de uma subsidiária integral, o Unibanco. O Unibanco, nos dias 23 e 27 de julho de 2010, utilizou esses recursos recebidos do Banco Itaú para adquirir Certificados de Depósito Interbancário (CDI's) do próprio Banco Itaú. Em decorrência dessa operação, o Unibanco passou a auferir uma receita financeira, que foi compensada com prejuízos fiscais incorridos pelo Unibanco.

Já o Banco Itaú passou a incorrer em uma despesa financeira, que foi deduzida da base de cálculo dos tributos acima referidos.

No período de 2010 a fevereiro de 2012, o Banco Itaú deduziu as despesas financeiras decorrentes da operação acima. Houve a lavratura de auto de infração para glosar essas despesas, o qual **foi mantido por decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais** (Acórdão: 1401-002.345, processo administrativo nº: 16327.721149/2015-78).

De acordo com o TVF, em fevereiro de 2012, os CDI's referidos no processo nº 16327.721149/2015-78 foram renovados, ou seja, foram resgatados pelo Unibanco e imediatamente reaplicados em novos CDI's, com vencimento para 7/12/2013 (note-se, entretanto, que houve antecipação do resgate, para 24/8/2012). Tendo em vista que se trata de uma continuação da operação objeto do processo nº 16327.721149/2015-78, e, ainda, a existência de decisão do CARF, favorável à glosa dessas despesas, houve a lavratura do auto de infração.

Houve também a exigência de multa qualificada, tendo em vista a comprovação da existência de intuito doloso no procedimento do contribuinte. Por outro lado, uma vez que as despesas financeiras incorridas pelo Recorrente foram deduzidas da receita bruta (art. 3º, §6º da Lei 9.718/98), a fiscalização também glosou tais despesas da base de cálculo do PIS/COFINS.

As despesas foram consideradas desnecessárias, ou seja, a autoridade fiscal concluiu não atendiam aos requisitos do art.299 do RIR/99 e, por conseguinte, efetuou a glosa das mesmas. O Termo de Verificação Fiscal transcreve parte do relatório fiscal do processo nº 16327.721149/2015-78, tendo em vista que as operações que deram origem à presente autuação são uma continuação das operações auditadas naquele processo.

O Auditor, para ratificar sua conclusão de que as despesas seriam desnecessárias, cita o julgamento proferido no processo nº 16327.721149/2015-78 pela 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, a qual negou provimento ao recurso voluntário em relação às glosas de despesas com a contratação de Depósitos Interbancários DIs na apuração do lucro real e em relação ao efeito das glosas realizadas na apuração da CSLL, cujo trecho da ementa do acórdão n. 1401-002.345 segue transcrito:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS. AUMENTO DE CAPITAL SEGUIDO DO RETORNO DE TODO O AUMENTO EM INVESTIMENTO NA CONTROLADORA. FALTA DE INTERESSE NEGOCIAL.

Revela falta de interesse negocial **a pessoa jurídica controladora aumentar o capital da sua subsidiária integral para, na seqüência, receber todos os recursos sob a forma de depósitos interfinanceiros de liquidez que devem ser remunerados e geram despesas**. Tal aumento de capital em subsidiária que mantinha saldos de prejuízo fiscal e base negativa de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido antes de sua incorporação revelam apenas interesse de cunho tributário. (grifei)

O acórdão supracitado foi objeto de recurso especial, tendo sido admitida tão somente a divergência em relação à multa isolada, a qual foi restabelecida pela CSRF no acórdão de n. 9101-004.595.

No citado processo (n. 16327.721149/2015-78), as despesas foram consideradas desnecessárias pela Turma Ordinária do CARF, em decisão da qual não cabe mais recurso sobre a matéria.

O cerne da discussão, no presente processo, reside portanto na natureza das despesas decorrentes das operações com depósitos interbancários, bem como da caracterização do planejamento tributário como fraudulento, o que ensejou a qualificação da multa de ofício.

A Recorrente se insurge contra a decisão da DRJ que manteve quase integralmente a autuação. Inicialmente questiona a mudança de critério entre a autuação anterior e a presente, uma vez que naquele processo, as operações não foram classificadas como fraudulentas, e no caso em comento, o auditor enquadrou como fraude e qualificou a multa.

No mérito, a Recorrente procura demonstrar a efetiva substância das operações, defende que estão inseridas entre as atividades normais e usuais de instituições financeiras, e que são, em consequência, despesas necessárias. Defende ainda que as operações resultaram numa maior arrecadação global para o Grupo Itaú e apresenta laudo da KPMG; acrescenta que tais operações são induzidas pelas normas regulamentadoras do Bacen e CMN.

Subsidiariamente a Recorrente defende a necessidade da recomposição do lucro em face dos saldos negativos existentes. Também aduz a necessidade de compensação adicional de prejuízo fiscal e base negativa da contribuição. Questiona o lançamento do PIS e da COFINS, posto que haveria legislação expressa que autoriza a dedução das despesas.

Quanto à multa qualificada, o contribuinte defende que não houve fraude, que todas as operações são lícitas, que a intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo. Por fim, defende que como não houve fraude, teria se consumado a decadência de alguns períodos lançados.

Da Necessidade das Despesas

Conforme relatado, o cerne do litígio reside na caracterização das despesas como necessárias ou não.

Faz-se mister analisar o contexto das operações realizadas pela Recorrente e que deram origem às despesas de juros decorrente de emissão de CDI para captação de recursos.

Em 28/11/2008, houve a aprovação pelos acionistas controladores da associação entre os conglomerados Itaú e Unibanco. Em 2009, o Banco Itaú tornou-se único acionista do Unibanco. Após uma série de operações realizadas para reunir os respectivos segmentos congêneres de cada grupo, findou que uma parcela do patrimônio líquido do Unibanco no valor de R\$ 1.009.850.142 foi vertida para o Banco Itaú, enquanto remanesceu uma parcela de R\$ 9.271.392.926,86, no PL do Unibanco. Finalmente, em 31/07/2014, o Unibanco foi efetivamente incorporado pelo seu único acionista Itaú Unibanco (Recorrente).

O patrimônio líquido remanescente no Unibanco era suficiente para fazer frente a qualquer evento futuro negativo, bem como para honrar seu passivo de R\$ 2,6 bilhões, além do que seu ativo era composto em grande parte de aplicações de liquidez. Vide a estrutura patrimonial do Unibanco em 28/02/2009:

DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
ATIVO	
Circulante e realizável de longo prazo	11.873.678.988,94
Aplicações Interfinanceiras de Liquidez	9.795.836.450,38
Outros créditos e outros valores e bens	2.077.842.429,56
Crédito Tributário sobre prejuízos fiscais	863.825.000,41
Crédito Tributário sobre diferenças temporárias	622.904.698,77
Impostos a compensar	569.830.999,60
Adiantamentos e antecipações salariais	21.281.730,78
TOTAL DO ATIVO	11.873.678.988,94
PASSIVO	
Circulante e exigível de longo prazo	2.604.623.062,08
Outras obrigações	2.604.623.062,08
Provisão de TLP	182.358.953,26
Provisão para participações nos lucros e gratificações	290.140.243,86
Despesas de pessoal	211.299.895,57
Impostos e contribuições a recolher (IRRF, INSS, FGTS)	148.461.656,53
Provisão para contingência - PES/COFINS - Lei 9.718	1.541.180.155,68
Valores a pagar a sociedades ligadas	40.779.953,34
Contas a pagar e fornecedores diversos	190.402.703,80
PATRIMÔNIO LÍQUIDO	9.271.392.926,86
TOTAL DO PASSIVO + PATRIMÔNIO LÍQUIDO	11.873.678.988,94

A despeito desse cenário, com as operações descontinuadas no Unibanco e com um PL suficiente para arcar com suas obrigações, em Julho/2010, o Itaú Unibanco decidiu fazer um aporte de capital de R\$ 20 bilhões naquela entidade. Os documentos trazidos no TVF demonstram que não havia interesse em manter o Unibanco como entidade operacional no novo conglomerado, e assim suas atividades foram descontinuadas até sua incorporação definitiva em 2014. Por conseguinte, o Auditor fiscal considerou a operação desprovida de propósito econômico, o que lhe assiste razão. Mormente, quando esse valor aportado no Unibanco retorna ao Itaú Unibanco através de aquisição de CDI. E é dessa operação com depósito interbancário que surgem as despesas objeto de glosa.

A autoridade fiscal questiona a falta de propósito econômico tanto na operação de aumento de capital, quanto naquela que a sucedeu, referente aos depósitos interbancários.

A Recorrente argumenta que *tanto o aumento como a redução de capital em se tratando de instituição financeira dependem de aprovação do Banco Central do Brasil (Circular n.º 2.750/97), o que evidentemente não teria ocorrido se as operações não fossem regulares.*

O aumento e a redução de capital podem ter sido considerados regulares sob a ótica do Bacen, que está analisando uma “foto” isolada, e não o “filme”, expressão utilizada pelos patronos ao se referir a planejamentos tributários realizado em etapas. O Bacen não enxergou irregularidade numa operação de aumento de capital ou de sua posterior redução, mas não foi instado a se pronunciar sob o aspecto *fiscal* do conjunto das operações, nem poderia, pois não tem competência para tal. Logo, tal argumento mostra-se falacioso, uma vez que o Bacen é incompetente para avaliar, do ponto de vista *fiscal*, a regularidade do conjunto de operações que envolve não apenas o aumento e a redução do capital social, como também a aplicação de recursos em Depósitos Interbancários.

Além de o Bacen analisar apenas uma etapa do conjunto das operações, essa análise é feita tão somente sob a ótica de sua função regulatória do Sistema Financeiro com a preocupação dirigida à saúde financeira e liquidez dos bancos. A análise do Bacen não enfrenta as implicações tributárias, mormente quando se concentra numa operação isolada seja de aumento/redução de capital social, seja de emissão/resgate de Depósitos interbancários.

Para justificar a necessidade de aumento de capital no Unibanco, a Recorrente alega que *embora o patrimônio restante pudesse ser suficiente para fazer face a eventual evento negativo futuro, não se pode ignorar o relevante ativo financeiro decorrente dos prejuízos fiscais e base negativa de CSL do Unibanco, o qual como é sabido não é possível de atualização pela SELIC e ainda tem sua compensação limitada a 30% do lucro líquido de cada exercício.*

Com tal declaração, a Recorrente deixa claro que o benefício tributário que pretendeu auferir foi a utilização do prejuízo fiscal e base negativa da CSLL acima dos limites legais. Resta patente que o planejamento tributário foi elaborado com único objetivo de aproveitar o prejuízo fiscal e a base negativa da CSLL acumulados no Unibanco, posto que a utilização desse ativo, considerando a trava dos 30%, para uma entidade que seria encerrada num futuro próximo e já não possuía o mesmo faturamento, seria extremamente lenta, quando não impossível, quando as operações do Unibanco fossem totalmente encerradas. Ressalte-se que a própria Recorrente não esconde seu objetivo.

Veja que a Lei nº 9.065/95 não permite o aproveitamento do prejuízo na hipótese de incorporação, e seus artigos 15 e 16 estabelecem o limite de 30% do lucro líquido ajustado, para fins de compensação do prejuízo fiscal do IRPJ e da base negativa da CSLL, acumulados até o ano-calendário, *in verbis*:

Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, **observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado.**

Parágrafo único. (...).

Art. 16. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensada, cumulativamente com a base de cálculo negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendário subseqüentes, **observado o limite máximo de redução de trinta por cento**, previsto no art. 58 da Lei nº 8.981, de 1995.

Parágrafo único. (...). (grifei)

Em relação ao tema, o CARF já emitiu súmula vinculante, estabelecendo a aplicação do limite de 30% para fins de compensação do prejuízo fiscal ou base negativa:

Súmula CARF nº 3

Para a determinação da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro, a partir do ano-calendário de 1995, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento, tanto em razão da compensação de prejuízo, como em razão da compensação da base de cálculo negativa. **(Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).**

Com efeito, a Súmula CARF n. 03 afasta qualquer discussão acerca da legitimidade do limite de 30%. Além disso, tal matéria foi objeto de julgamento pelo STF, na sistemática da Repercussão Geral, e em 27/06/2019, aquele E. Tribunal fixou a seguinte tese:

Tema 117: É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL.

A limitação de compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL de períodos anteriores é prevista em lei, já tendo sido ratificada sua constitucionalidade pelo Supremo, e não há qualquer previsão no sentido de sua utilização em caso de extinção da pessoa jurídica.

A lei estabeleceu uma regra geral que limita a compensação do prejuízo fiscal, e qualquer exceção há que estar prevista em lei. Quando o legislador quis excluir alguma situação específica da regra geral, o fez de maneira expressa, como no caso das empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação (aprovados pela Comissão BEFIEX), *in verbis*:

Art. 470. Às empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação aprovados até 3 de junho de 1993, pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação - Comissão BEFIEX, poderão ser concedidos os seguintes benefícios, nas condições fixadas em regulamento (Decreto-Lei n.º 2.433, de 1988, art. 8.º, incisos III e V, e Lei n.º 8.661, de 1993, art. 8.º):

I - compensação de prejuízo fiscal verificado em um período de apuração com o lucro real determinado nos seis anos-calendário subsequentes independentemente da distribuição dos lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas, **não estando submetida ao limite estabelecido no art. 510** (Lei n.º 8.981, de 1995, art. 95, e Lei n.º 9.065, de 1995, art. 1.º); (grifei)

No mesmo sentido, o art. 512 do RIR/99 excetua o limite de compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores às pessoas jurídicas que exploram atividade rural. Veja-se:

Art. 512. O prejuízo apurado pela pessoa jurídica que explorar atividade rural poderá ser compensado com o resultado positivo obtido em períodos de apuração posteriores, não se lhe aplicando o limite previsto no caput do art. 510 (Lei n.º 8.023, de 1990, art. 14).

A CSRF já se manifestou neste sentido, inclusive em julgados, a exemplo do acórdão n. 9101-004.230, de 06/06/2019, do qual transcrevo alguns trechos:

Verifica-se que nos comandos legais **não há nenhuma disposição** no sentido de que a regra que estabelece o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do lucro líquido ajustado apurado pela empresa, albergue a exceção alegada pela recorrente, qual seja, de que em razão da extinção da pessoa jurídica por conta da incorporação, ou qualquer outro evento de reorganização societária, o prejuízo fiscal poderia ser aproveitado integralmente.

Inclusive, quando o legislador pretendeu estabelecer exceções à aplicação da trava dos 30%, tal medida foi realizada de **maneira expressa**, conforme aduziu com precisão o voto proferido no Acórdão n.º 9101-00.401, da sessão de 02 de outubro de 2009, da Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, na Câmara Superior de Recursos Fiscais, citando **dois exemplos**.

Primeiro, no que diz respeito às empresas inscritas no regime BEFIEEX, nos termos do art. 95 da Lei n.º 8.981, de 1995, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 9.065, de 1995:

(...)

Segundo, quando o legislador tratou do aproveitamento de prejuízos fiscais referentes à atividade rural, na Lei n.º 8.023, de 1990. De acordo com o diploma legal e as instruções normativas da Receita Federal sobre o tema (IN SRF n.º 39, de 28/06/1996 e n.º 257, de 11/12/2002), mediante o atendimento de determinadas condições, não se aplica o limite de 30% à compensação de prejuízos de atividade rural com (1) lucro apurado pela mesma atividade, em qualquer ano-calendário, e (2) lucro apurado pelas atividades em geral, desde que no mesmo período de apuração. Também se pode utilizar o saldo de prejuízos de atividade rural, acumulados de períodos anteriores, para compensar lucro apurado de atividades em geral, e vice-versa, casos em que se aplica a trava dos 30%.

Como se pode observar, o aproveitamento de prejuízos fiscais, quando recebeu tratamento de exceção, foi mediante dispositivo legal próprio, específico para a situação positivada pela norma.

Sendo assim, o Unibanco, encontrando-se em processo de descontinuação, encontraria sérias dificuldades para aproveitar seu prejuízo fiscal e sua base negativa. Dessarte, o Grupo econômico engendrou um planejamento tributário composto por uma série de etapas que promoveram um fluxo financeiro gerando despesas para a Recorrente e receitas para o Unibanco, que não chegaram a ser tributadas efetivamente porque foram absorvidas pelo prejuízo existente.

Ou seja, com esse conjunto de operações, quais sejam, emissão/resgate de CDIs e aumento/redução de capital social, o Grupo Itaú contornou de forma indevida a legislação que limita a compensação de prejuízos. Ressalte-se que a própria Recorrente não omite esse seu objetivo e o considera legítimo.

Restou demonstrado que as operações com Depósito Interbancário não atenderam às finalidades que lhes são próprias, de captação de recursos e aplicação de excedentes, porque ao fazer o capital sair e retornar à Recorrente, demonstra-se que a emissão de DI não era necessária. Em verdade, a Recorrente não possuía necessidade de suprimento de caixa, mas provocou intencionalmente essa condição a partir do momento em que integralizou capital no Unibanco, quando este não necessitava desse aumento, a não ser para “emprestar” para aquela entidade que havia acabado de integralizar o capital. As operações isoladamente podem ter sido consideradas regulares pelos órgãos de controle, mas analisado o “filme” são completamente artificiais e desnaturam o instituto da integralização do capital, bem como das operações com DI.

A Recorrente defende que *se está a tratar no caso de operações efetivamente realizadas, e não meramente escriturais, e que observaram a lógica empresarial*, e que o direito à dedutibilidade das despesas é inequívoco.

As operações tais como declaradas ao Fisco foram realizadas, entretanto fogem à lógica empresarial, na medida em que a Recorrente aumenta o capital de uma subsidiária integral (Unibanco), sem que tenha qualquer retorno por isso, e logo em seguida, necessita “pedir emprestado” a essa mesma subsidiária, pagando-lhe juros. Sob a ótica empresarial, essa operação foge a qualquer lógica, e só se justifica, quando realizada intragrupo. Principalmente quando restou comprovado que o Unibanco tinha patrimônio líquido suficiente para fazer frente ao seu passivo.

A Recorrente defende ainda que era importante aumentar o capital social do Unibanco, porque *quanto maior o capital disponível da instituição financeira maior a sua capacidade de investimento, até mesmo porque a aquisição de novos investimentos acaba "consumindo" o Patrimônio de Referência Exigido, conforme se verifica nos anexos Fatos Relevantes, relacionados às aquisições do Citibank e da XP Investimento.*

É forçoso lembrar que as atividades do Unibanco estavam sendo descontinuadas, devendo remanescer o Itaú e a sua marca, logo, não faz sentido que a Recorrente se “descapitalize” para “capitalizar” uma entidade financeira que estava às vésperas de ser definitivamente incorporada, o que veio a se concretizar em 2014. Se as atividades do Unibanco estavam sendo encerradas, fazia mais sentido que a maior capacidade de investimento restasse na Recorrente, e não naquela entidade que seria extinta.

E a aquisição de *novos investimentos* realizados pelo Unibanco, limitou-se basicamente às operações com Depósitos Interbancários realizados com a Recorrente.

A Recorrente alega ainda que o Patrimônio de Referência Exigido - PRE é calculado de forma consolidada para o conglomerado econômico-financeiro, *de modo que a partir da associação em novembro/2008 os prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL do Unibanco passaram a afetar diretamente a capacidade de investimento e obtenção de lucros do Recorrente, sendo absolutamente natural, portanto, e medida de boa gestão que ele envidasse esforços para que aquele crédito tributário pudesse ser utilizado no menor tempo possível.*

Resta patente, pelas afirmações da própria Recorrente, que o único objetivo das operações realizadas em sequência, que envolveram a capitalização do Unibanco e a renovação das CDIs com o consequente pagamento de juros por parte da Recorrente, era a utilização do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL acumulados no Unibanco.

Trata-se de operações de fôlego à sua essência econômica, porque houve uma captação de recursos por parte da Recorrente através de CDI, que mostrou-se desnecessária, posto que realizada após um aumento de capital social no Unibanco que também se mostrou desnecessário, a não ser para produzir despesa numa ponta e receita em outra, e o consequente consumo dos prejuízos acumulados.

Tanto o instituto do Depósito Interbancário quanto o aumento do capital social tiveram suas finalidades precípuas completamente desvirtuadas para atender a um único objetivo o de compensar prejuízos fiscais e base negativa da CSLL acima dos limites permitidos por lei.

O contribuinte não está obrigado a fazer opções de negócios que gerem o pagamento de tributos a maior, quando pode optar por formas menos onerosas, como quem opta pela apuração do imposto pelo lucro real ou presumido. Inaceitável, e portanto, inoponível ao Fisco, é a utilização de determinadas operações previstas no ambiente de negócios, com desvio de sua finalidade econômica precípuo e distorcendo a lógica empresarial e que são possíveis se realizados entre empresas do mesmo grupo econômico.

Os Depósitos Interbancários foram criados para captar recursos ou aplicar excedentes entre entidades financeiras, mas não foram criados com a função de produzir fluxo financeiro para deslocar a base tributável de uma entidade para outra, através da criação de

despesa desnecessária no Itaú Unibanco e receita na entidade que acumula prejuízo (Unibanco). Esta não foi a finalidade para a qual o Depósito Interbancário foi criado.

Da mesma forma, o instituto da integralização de capital social foi desvirtuado, na medida em que integralizou-se capital em entidade que estava com as operações sendo descontinuadas em prejuízo do fluxo financeiro da Recorrente, a qual permanecia com as operações do Grupo Itaú, ressaltando que o Unibanco já possuía patrimônio líquido suficiente para arcar com seu passivo, além do que já encontrava com índice de Basileia maior do que o limite necessário.

Defende o contribuinte que *a compensação dos prejuízos do Unibanco viabilizada pelas operações realizadas consubstanciava um objetivo legítimo e que deveria ser buscado pelo Recorrente de modo a reduzir seu Patrimônio de Referência Exigido, liberando capital a ser utilizado em operações mais lucrativas com reflexos favoráveis inclusive para o Erário, em observância também às normas da CVM.*

A Recorrente acrescenta que *não faria diferença se o Unibanco optasse por investir os seus recursos junto a instituição financeira pertencente a outro grupo econômico, e o Recorrente captasse os recursos também junto a instituição financeira de outro grupo econômico, hipótese em que certamente os argumentos da autuação não teriam sido deduzidos! Importante é que, independentemente de quem seja a contraparte dos negócios, estes tenham sido praticados arm 's length price, como foram efetivamente.*

Há de se observar que a situação hipotética sugerida pela Recorrente, onde as operações poderiam ter sido realizadas com outro Grupo econômico, coloca como condição necessariamente a geração de despesas e receitas com outro Grupo. Mas que outro Grupo se disporia a captar recursos através de Depósitos interbancários para ficar pagando juros para outro Grupo econômico por anos a fio? Certamente, haveria diversas entidades financeiras que aceitariam tomar parte nessas operações, mas tão somente para auferir receitas, sem ter que, em contrapartida, comprometer-se a contrair despesas. Logo, essa situação hipotética colocada jamais existiria na prática, uma vez que as entidades financeiras não costumam captar recursos através de DI por anos seguidos, mas sim por 1 dia para suprir os eventuais fluxos de caixa a descoberto.

Com efeito, tal operação não foi realizada com *outro* Grupo econômico, uma vez que certamente nenhum *outro Grupo* emitiria CDIs para ficar pagando despesas de juros por anos consecutivos, quando este tipo de operação é usualmente efetivado para suprir a necessidade de caixa de 1 dia útil. Qual seria a instituição financeira que se prestaria a gerar despesas desnecessárias para que outro Grupo econômico obtivesse receitas? Esta operação só foi possível porque realizada intragrupo, não foi praticada utilizando os princípios de *arm 's length*, como alega a Recorrente.

Basta ver que a taxa de Depósitos Interbancários, referência para vários tipos de empréstimos e títulos do mercado financeiro, baseia-se em operações de 1 dia útil e considera apenas as operações bancárias extra grupo, desprezando-se as *intra grupo*, conforme consulta ao

site da B3 – Brasil, Bolsa Balcão (companhia que incorporou os serviços da BM&F Bovespa e Cetip) ¹:

TAXA DI

Critério de Apuração

As estatísticas do ativo Taxa DI-Cetip Over (Extra-Grupo) são calculadas e divulgadas pela B3, apuradas com base nas operações de emissão de Depósitos Interfinanceiros pré-fixados, **pactuadas por um dia útil** e registradas e liquidadas pelo sistema B3, **conforme determinação do Banco Central do Brasil**.

No universo do mercado interbancário são selecionadas as **operações de 1 (um) dia útil** de prazo (over), considerando apenas as operações realizadas entre instituições de conglomerados diferentes (Extra-grupo), **desprezando-se as demais (Intra-Grupo)**. As estatísticas aqui apuradas são, portanto estatísticas da população DI Over prefixado (Extra-Grupo). (grifei)

As operações de Depósito Interbancário *intra grupo* são expurgadas do cálculo da Taxa DI, tendo em vista que causariam distorções na apuração do índice e prejudicariam sua legitimidade e credibilidade. Ressalte-se que essa forma de apuração atende às determinações do Bacen, inclusive no que concerne à exclusão das operações *intra grupo*. Portanto, não se pode dizer que as operações realizadas pelo Grupo Itaú atenderam ao princípio *arm's length*, do contrário, poderiam ser utilizadas para fins de cálculo da Taxa DI, referência do mercado financeiro.

A finalidade dos Depósitos Interbancários é aplicação de excedentes e captação de recursos para que a entidade financeira feche o dia com saldo positivo. Logo, o usual, normal e necessário é que essa operação seja realizada num curto espaço de tempo para suprir a necessidade de fluxo de caixa. Vide trecho abaixo retirado de artigo de Toro Corretora de Valores², o qual explica o funcionamento do mercado financeiro:

Como falamos no começo deste artigo, esse índice (Taxa DI) é usado pelos bancos como referência para movimentações financeiras realizadas entre eles.

*Isso porque essas instituições são obrigadas por uma norma do Banco Central a fecharem o dia com saldo positivo. Então, elas realizam transferências de valores umas para as outras por meio de Certificados de Depósitos Interbancários (CDI) para equilibrarem suas contas. **Também chamados de Depósitos Interfinanceiros (DI), eles são feitos com prazo curtíssimo, durando normalmente apenas um dia entre o empréstimo e o pagamento.***

Essa necessidade de recursos ocorre quando há mais saída de valores dos bancos, por meio de saques e transferências, do que entrada de dinheiro por depósitos ou pagamentos. Nesses casos, a taxa DI é usada como base para o pagamento de juros entre os bancos. (grifei)

A necessidade de recursos para fins de realização de operações DI é consequência de saída de valores dos bancos por saques e transferências, em eventos diários, e não por falta de fluxo de caixa, tendo em vista a integralização de capital em outra entidade. É por essa razão

¹ http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-segmentos-e-setoriais/di/metodologia-de-apuracao-da-taxa/

² <https://blog.toroinvestimentos.com.br/cetip-o-que-e> - Pesquisa realizada em 01/06/2020

que uma entidade financeira de Grupo econômico distinto não realizaria operações DI para ficar pagando juros continuamente ao longo de anos, pois um banco jamais atuará por anos seguidos apenas com saídas de valores, sem que houvesse depósitos e pagamentos suficientes para cobri-los.

Não há impedimento para que entidades do mesmo Grupo econômico emitam CDI entre elas, inclusive para prazo superior a 1 dia. Mas não são operações usuais e normais que tenham por objetivo suprir o fluxo de caixa diário. No caso em tela, a finalidade dos depósitos interbancários foi criação de um fluxo financeiro para fins de geração de receita no Unibanco e despesas na Recorrente, e teve como consequência a redução de tributos a pagar no Grupo Itaú e a utilização de prejuízos fiscais acima do limite legal por parte do Unibanco.

Da Alegação de Inexistência de Prejuízo ao Erário

A Recorrente alega que não houve prejuízo ao erário e que em razão das operações realizadas o valor total pago pela Recorrente e pelo Unibanco a título de IRPJ e CSL no período autuado foi maior do que teria sido se as operações em questão não houvessem sido realizadas. Cita planilhas anexas à impugnação e Termo de Constatação elaborado pela KPMG.

Primeiramente, há de se ressaltar que o planejamento tributário engendrado pelo Grupo Itaú teve por objetivo não a redução do tributo *pago* pelo grupo como um todo, num determinado período, mas sim a utilização de prejuízos fiscais acumulados no Unibanco em limites superiores ao permitido legalmente. Isto porque o lucro decorrente da contrapartida da receita no Unibanco foi consumido pelos prejuízos fiscais acumulados.

Além do que, os cálculos apresentados pela KPMG não consideram qual seria o valor devido de tributos se as operações (aumento/redução de capital e aplicação/resgate de CDI) não tivessem ocorrido. Haveria que se considerar que os R\$ 20 bilhões teriam sido investidos pela Recorrente e teriam gerado receita na própria Recorrente. Pois é inadmissível que esse valor restasse “parado” no caixa do sujeito passivo, ou seja, estaria gerando receita também, e não haveria os mesmos prejuízos fiscais acumulados a compensar.

Então não procede o argumento da Recorrente de que inexistente prejuízo ao erário. O prejuízo existe na medida em que o planejamento tributário implicou compensação de prejuízos acima do limite legal, uma vez que como as atividades do Unibanco estavam sendo descontinuadas, esse prejuízo seria consumido de forma diferida, ou sequer conseguiriam ser consumidos em face da incorporação integral do Unibanco.

Inclusive no que diz respeito aos valores indevidamente compensados, eles superam e muito o valores efetivamente pagos a maior pelo Grupo. O TVF bem retrata esse prejuízo:

Dos quadros acima, podemos extrair que, em **2010**, as receitas com DI, no valor de R\$ 904.943.518,33, reduziram o prejuízo contábil que seria de R\$ 994.284.881,98 para apenas R\$ 89.341.363,65. Reduziram inclusive o prejuízo fiscal que seria de R\$ 994.284.881,98 para apenas R\$ 89.341.363,65. Idem, também, para a base negativa da CSLL. Ou seja, todas as receitas com DI, em 2010, foram absorvidas pelo prejuízo contábil apurado em outras operações.

Em **2011**, as receitas com DI incrementaram o lucro contábil em R\$ 2.434.780.534,33 e, também, o lucro real e a base de cálculo da CSLL. Porém, o lucro tributável foi

amenizado em razão da existência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL, os quais resultaram em um aumento na compensação no mesmo valor para ambos de R\$ 730.434.160,32.

Em 2012, da mesma forma, as receitas com DI incrementaram o lucro contábil do Unibanco em R\$ 287.008.194,72 (6) e, também, o lucro real e a base de cálculo da CSLL. Porém, o lucro tributável também foi amenizado em razão da existência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL, os quais resultaram em um incremento na compensação no mesmo valor para ambos de R\$ 86.102.458,50.

É importante registrar que o saldo de prejuízos fiscais do Unibanco, em 31 de dezembro de 2009, era de R\$ 2.432.071.238,60, conforme o Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais (SAPLI); e o da base negativa da contribuição era de R\$ 1.820.612.901,71, conforme o Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL (SAPLI).

Esses saldos seriam muito maiores em 2010, caso o resultado do Unibanco não fosse incrementado pelas receitas com depósitos interfinanceiros, conforme demonstrado no quadro relativo ao ano-calendário de 2010, acima. E, em razão dessas operações, o Unibanco conseguiu zerar todo o saldo de base negativa da contribuição social no ano de 2013, enquanto que o de prejuízos fiscais restou um montante de apenas R\$ 76.255.217,64, conforme o SAPLI.

Em síntese, em 4 anos (2010 a 2013), o Unibanco conseguiu zerar o saldo de base negativa da CSLL, enquanto que o saldo de prejuízo fiscal restou em R\$ 76 milhões, conforme quadro abaixo:

	31/12/2009	31/12/2013	Valores compensados em 4 anos
Saldo de PF	R\$2.432.071.238,60	R\$76.255.217,64	R\$2.355.816.020,96
Saldo de BN	R\$1.820.612.901,71	R\$0	R\$1.820.612.901,71

O prejuízo ao erário resta caracterizado a partir do momento em que foram criadas despesas desnecessárias na Recorrente, que implicaram diminuição dos tributos devidos e, no que diz respeito ao Unibanco, constata-se o aproveitamento de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL em valores superiores ao limite legal, caso não houvesse sido criadas receitas de modo artificial.

Não se está dizendo que não seria possível que o Unibanco realizasse atividades para aumentar sua receita, e assim compensar seu prejuízo acumulado, mas essas operações não podem ser criadas de modo artificial, sem essência econômica e que só puderam ser concretizadas porque realizadas dentro do mesmo Grupo econômico de maneira “casada”. A integralização de capital teve como contrapartida o aporte de recursos na Recorrente.

Jamais a Recorrente iria integralizar capital numa entidade financeira que da qual não fosse sócia majoritária, para em seguida, tomar-lhe o mesmo valor “emprestado” pagando juros. Por exemplo, teria a Recorrente feito a mesma operação substituindo o Unibanco pelo Bradesco ou o Santander? Teria aportado R\$ 20 bilhões num banco que em breve seria extinto, para depois captar recursos com eles pagando-lhes juros? A resposta é negativa.

O aporte de capital no Unibanco e o retorno imediato desses recursos ao Itaú Unibanco por meio de depósitos interfinanceiros teve o propósito inequívoco de gerar receitas no Unibanco a fim de exaurir por completo os estoques de prejuízos fiscais e bases negativas de

CSLL antes da extinção deste, cujo desfecho já tinha sido estabelecido, e, ao mesmo tempo, gerar despesas no Itaú Unibanco que reduziram indevidamente o seu lucro real e a sua base de cálculo de CSLL.

Ainda no que diz respeito ao argumento do contribuinte, de que deveria ser analisada a “arrecadação global” do Grupo Itaú, temos dois pontos que merecem destaque.

O primeiro deles é que o nosso ordenamento jurídico não prevê a tributação por grupo econômico, mas sim por pessoa jurídica, respeitando o princípio da entidade, que afirma a autonomia patrimonial e a necessidade de diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, a uma sociedade ou a um grupo econômico.

O segundo ponto diz respeito à alegação de inexistência de prejuízo ao erário em face da arrecadação global do grupo econômico ter sido maior com as operações de DI. Tal argumento não procede. Conforme passo a expor.

A Recorrente faz menção a planilhas que resumiriam os efeitos fiscais no resultado global do Grupo com ou sem DI (fl.1980). Transcrevo excerto das planilhas (foram suprimidas as linhas dos anos, mantendo-se os totalizadores):

Unibanco:

Resultados e Compensação de Prejuízos/Base Negativa conforme DIPJ/ECF

Ano	Tributo	Base de cálculo DIPJ/ECF	(-) Compensação PF/BN	Base de cálculo ajustada após compensação PF/BN	Tributos
			(6.121.399.426,00)		2.955.097.681,23
De 2009 a 2014	IR		(3.129.650.450,73)		1.834.046.331,28
	CS		(2.991.443.975,27)		1.121.051.349,95
IRPJ e CSLL Recolhidos					2.355.097.681,23

Resultados e Compensação de Prejuízos/Base Negativa SEM Capitalização e Receitas de DI

(-) Externo de Receitas DI	Base de cálculo ajustada antes compensação PF/BN	(-) Compensação PF/BN	Base de cálculo ajustada após compensação PF/BN	Tributos	
		(3.584.707.420,63)		1.771.308.078,72	
		(1.201.009.476,05)		1.094.177.829,71	
		(1.723.097.972,58)		677.130.249,01	
IRPJ e CSLL que seriam Recolhidos				-67%	1.771.308.078,72

Itaú Unibanco:

Resultados e Compensação de Prejuízos/Base Negativa conforme DIPJ/ECF

Ano	Tributo	Base de cálculo DIPJ/ECF	(-) Compensação PF/BN	Base de cálculo ajustada após compensação PF/BN	Tributos
			(1.614.436.346,83)		779.606.587,67
De 2009 a 2015	IR		(919.510.509,76)		536.384.665,71
	CS		(694.919.777,05)		243.221.921,97
IRPJ e CSLL Recolhidos					779.606.587,67

Resultados e Compensação de Prejuízos/Base Negativa SEM Capitalização e Receitas de DI

Unibanco

(*) Estorno de Despesas DI	Base de cálculo ajustada antes compensação PF/BN	(-) Compensação PF/BN	Base de cálculo ajustada após compensação PF/BN	Tributos
		(2.996.227.632,09)		1.452.024.997,77
		11.728.622.828,07		1.008.363.316,35
		(1.267.604.804,07)		443.661.681,43
IRPJ e CSLL que seriam Recolhidos			46%	1.452.024.997,77

Diante dessas planilhas, a Recorrente apresenta o seguinte quadro resumo para os tributos recolhidos:

Efeitos na Tributação - Com e Sem DI

Global	Valor IRPJ/CSLL
Com DI (R/D)	3.734.704.268,90
Sem DI (R/D)	3.223.333.076,49
Tributos a Maior	511.371.192,41
	115,66%

A Recorrente não traz o comparativo do quanto foi compensado a maior em decorrência das operações com e sem DI, mas a partir dos dados por ela mesmo apresentados, elaborei o seguinte quadro comparativo:

Efeitos na Tributação - Com e Sem DI

Global	PF e BN compensados
Com DI (R/D)	- 7.735.835.772,83
Sem DI (R/D)	- 6.580.935.052,73
Compensação a maior	- 1.154.900.720,11
	117,55%

Observa-se que os valores compensados a maior superam e muito o valores recolhidos a maior. E uma compensação a maior do que aquilo a que teria direito o contribuinte também é uma forma de prejuízo ao erário, que não se resume à diminuição do imposto a pagar. Tanto é verdade que existem autos de infração sem imposto, destinados tão somente à glosa de compensação acima do limite.

Portanto, restou comprovado o prejuízo ao erário na arrecadação global do Grupo Itaú, bem como, não se pode perder de vista o prejuízo ao erário especificamente em relação à Recorrente que aumentou suas despesas. Como dito anteriormente, a legislação pátria tributa a entidade individualmente e não o conglomerado.

Com efeito, seja do ponto de vista da arrecadação individual da Recorrente, seja sob a ótica do Grupo econômico como um todo, houve restou caracterizado o prejuízo ao erário. Além do que não há como se conceber, como prática de boa gestão empresarial, que o sujeito passivo crie operações de circulação de recursos intragrupo para ao final aumentar o valor arrecadado de tributos, sem qualquer outro benefício.

O benefício fiscal do contribuinte, em contraposição ao prejuízo ao erário, consistiu na compensação de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL acima do que seria possível, caso não tivesse havido as referidas operações ora questionadas.

E neste mesmo sentido manifestou-se o Colegiado *a quo*, após uma série de cálculos que resultaram em valores divergentes daqueles apresentados pela Recorrente, mas ao final, tem a mesma conclusão, qual seja, o recolhimento de tributo a maior foi superado e muito pelas compensações de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, reproduzo excerto da decisão:

Posso concluir que há uma diferença A MAIOR na tributação de IRPJ e CSLL considerando as duas pessoas jurídicas, UNIBANCO e ITAÚ UNIBANCO, nos anos calendário de 2010 a 2013, no valor de R\$ 268.116.844,80 (R\$ 1.174.160.928,23 - R\$ 906.044.083,43) em função das aplicações do UNIBANCO em DI emitidas pelo ITAÚ UNIBANCO.

Posso concluir, também, que este valor devido a maior de IRPJ e CSLL de R\$ 268.116.844,80 é superado várias vezes pelo ATIVO FISCAL representado pela transferência do UNIBANCO para o ITAÚ UNIBANCO dos prejuízos fiscais e base negativa de CSLL via despesas de juros com DI.

(...)

O ATIVO FISCAL correspondente ao IRPJ que deixará de ser recolhido depois de compensado no ITAÚ UNIBANCO o prejuízo fiscal de R\$ 2.435.742.657,48 é igual a R\$ 608.935.664,37 (15% + 10% de adicional)

O ATIVO FISCAL correspondente à CSLL que deixará de ser recolhida depois de compensada Base Negativa de R\$ 3.223.813.428,19 no ITAÚ UNIBANCO é igual a R\$ 483.572.014,23 (15%). Logo, a diferença positiva de IRPJ e CSLL devidos nos anos calendário de 2010 a 2013, no valor de R\$ 268.116.844,80, foi em muito superada pela apropriação no ITAÚ UNIBANCO do ativo fiscal da CSLL e IRPJ no valor de R\$ 1.092.507.678,60 (R\$ 608.935.664,37 + R\$ 483.572.014,23).

Por conseguinte, não procede o argumento da contribuinte de que inexistiu prejuízo ao erário. (grifei)

A despeito da diferença de valores, que poderia ser esclarecida através de uma diligência, considero despidendo tal procedimento, tendo em vista que não resta dúvida acerca do efetivo prejuízo ao erário na forma de aumento de despesas da Recorrente, e no que diz respeito ao Grupo como um todo, houve um consumo de prejuízo fiscal e base negativa acima do que seria possível.

Não é demais lembrar que a própria Recorrente reconhece que as operações tiveram por objetivo a utilização desses prejuízos fiscais, uma vez que em razão do prazo, poderia o Unibanco nem conseguir consumi-los, mormente se considerarmos a descontinuidade de suas operações e ausência de lucros futuros. Esse planejamento, além de reduzir os tributos na Recorrente, é uma forma de contornar a impossibilidade de aproveitamento de prejuízo fiscal e de base negativa de empresa incorporada.

Para tentar justificar a necessidade das despesas, em seu recurso a Recorrente procurou responder a quatro questionamentos inseridos no voto vencedor do Processo administrativo nº 16327.721.149/2015-78, que procuram mostrar a incongruência das operações realizadas pelo Grupo, cujas respostas merecem análise.

Questionamento 1) Se, em teoria, o Unibanco necessitava de um aumento de capital de R\$ 20 bilhões, porque pouco depois de receber este aporte já se desfez de todo o valor recebido com a aquisição dos DIs do Itaú?

A Recorrente esclarece que:

Como demonstrado acima, o Unibanco necessitava de um aumento de capital porque incorreu em grande prejuízo em 2008 e em 2009 antes da cisão, cuja compensação com base apenas nas receitas auferidas com seus ativos remanescentes demandaria um prazo muito grande, sobretudo considerando-se o limite de 30% do lucro líquido ajustado. Isto implicaria perda financeira, pelo fato de aqueles prejuízos não serem atualizados e pelo comprometimento de parcela do capital do Recorrente, por força das normas do CMN e do BACEN, quanto ao patrimônio de referência exigido (regras de Basileia), ou seja, pela diminuição da capacidade de investimento e obtenção de lucros pelo Recorrente. (grifei)

Tal declaração da Recorrente demonstra claramente que a solução adotada foi a criação de lucros de modo artificial que vieram em contrapartida à criação de despesas de outra entidade financeira *do mesmo grupo*. Essa operação jamais poderia ser considerada *arm's lenght*, pois jamais ocorreria entre duas entidades financeiras de conglomerados distintos. Um banco de outro grupo jamais estaria disposto a assumir despesas por pagamento de DIs, de forma contínua, por anos, quando tal instrumento financeiro é utilizado comumente por 1 dia. Nenhum banco se colocaria numa situação “a descoberto” para criar despesas, em prol da geração de receitas em outro grupo econômico. Apenas bancos dentro de um mesmo grupo econômico se propõem a tal tipo de arranjo.

Logo, a Recorrente admite que criou operações ainda que regulares quando analisadas de forma isolada pelos órgãos reguladores, mas desprovidas de qualquer lógica negocial. A Recorrente reforça:

Por outro lado, se a necessidade do aumento de capital se devia justamente à necessidade de incremento das aplicações do Unibanco visando ao crescimento de seus lucros passíveis de compensação com aqueles prejuízos, de nada lhe adiantaria receber o aporte e manter o dinheiro em caixa. É importante ressaltar que, com a utilização dos recursos recebidos em aumento de capital na aquisição de CDIs, o Unibanco não se "desfez" de nenhum valor, pelo contrário, ele investiu o valor recebido. (grifei)

Faça outra pergunta: por que razão a Recorrente se “desfaria” de R\$ 20 bilhões, através da integralização de capital, para depois ter que pagar juros para ter os mesmos R\$ 20 bilhões? Qual o sentido de uma operação dessas, senão fosse realizada com empresa do mesmo grupo?

Em verdade, a perda *aparente* para a Recorrente significou um ganho tributário no conjunto das operações, principalmente quando em 2014 incorporou o Unibanco com base negativa de CSLL zerada e prejuízos fiscais reduzidos a R\$ 79 milhões.

Questionamento 2) *Se o Itaú dispunha de R\$ 20 bilhões em caixa para realização do aporte ao Unibanco, porque poucos dias depois necessitava de caixa para suas operações?*

Questionamento 3) *Se o caixa do Itaú encontrava livre e desimpedidos R\$ 20 bilhões, porque pouco depois da realização do aporte se obrigou a pagar juros para receber de volta o mesmo valor que foi aportado?*

Em relação as questões 2 e 3, a Recorrente responde conjuntamente que:

O mais usual e normal para uma instituição financeira é ela aplicar funding captado de terceiros - é a essência das operações por uma instituição financeira. No caso o Recorrente possuía 2 (duas) necessidades distintas e não conflitantes: de um lado necessitava otimizar a compensação do estoque de prejuízos/base negativa por sua

controlada Unibanco, para não comprometer sua capacidade de investimento. E, de outro lado, necessitava de recursos para continuar desenvolvendo suas atividades bancárias.

A Recorrente reconhece que o mais *usual e normal* é ela aplicar *funding* captado de terceiros – é essa a essência das operações por uma instituição financeira. Essas são palavras da Recorrente. Ou seja, quando o Unibanco aplica recursos captado não de *terceiros*, mas de empresa do mesmo grupo, e esses recursos são aplicados justamente naquela entidade que lhe forneceu os recursos, constata-se que essa operação não é uma operação *usual*, nem *normal*, nem é a essência de uma operação de uma instituição financeira, pelo ponto de vista da própria Recorrente. Não sendo um despesa decorrente de uma operação usual ou normal, mas uma liberalidade, correto o entendimento da Autoridade Fiscal que considerou que a despesa não atendia aos requisitos do art.299 do RIR/99.

A Recorrente afirma que *o fato de o Itaú-Unibanco possuir ou não aqueles recursos em caixa, em nada muda a usualidade e normalidade de ele captar recursos no mercado.*

Todavia, o Itaú Unibanco não foi captar recursos *no mercado*, ou seja, com terceiros, ele foi captar recursos com entidade do mesmo grupo econômico, e não pelo prazo de 1 dia, como é *usual e normal* com as operações de Depósitos Interbancários, mas por alguns anos.

Questionamento 4) *Esta operação seria realizada se o Unibanco não fosse empresa do próprio grupo?*

A Recorrente justifica que:

Na realidade no caso concreto como visto é exatamente o fato de se tratar de empresa do mesmo grupo que faz com que, por força das normas do CMN e BACEN, os prejuízos fiscais e base negativa da CSL do Unibanco afetem o "patrimônio de referência exigido" e capacidade de investimento do Recorrente. Isso justificou e demandou o aumento de capital da controlada. Por outro lado, como já visto acima, o aumento de capital do Unibanco seria feito e a operação seria realizada pelo Unibanco com qualquer outra instituição financeira fora do grupo, ou seja, o Recorrente faria a captação de recursos com qualquer outra instituição financeira fora do grupo, embora o mais natural evidentemente é que o fosse com outra empresa do mesmo grupo econômico, como esclarecido acima.

A própria Recorrente reconhece que esta operação só tem sentido se realizada intragrupo, o que reforça o fundamento que não se trata de operação *arm's lenght*, que seria realizada com bancos fora do grupo, ainda que a taxa de juros fosse a taxa praticada no mercado. A Recorrente afirma que faria a captação de recursos com qualquer outra entidade financeira, mas não faria, como não o fez, pois assim o fizesse, não criaria para o Unibanco as receitas utilizadas para poder utilizar o prejuízo fiscal acumulado.

Apesar de operações com Depósito Interbancários serem usuais e normais entre entidades financeiras, não é normal nem usual a utilização desse instrumento por períodos longos, nem é comum que um determinado banco trabalhe sempre “a descoberto”, tendo que recorrer de maneira contínua a tal tipo de captação de recursos. Contrariamente ao que afirma a Recorrente, a emissão de CDI jamais poderia ser feita para um outro banco fora do

conglomerado econômico, ela só tem sentido na medida em que realizada para a entidade financeira que recebeu aporte de recursos através de aumento de capital (Unibanco).

Muito interessante se mostra a analogia da Procuradoria da Fazenda que compara o planejamento tributário ora perpetrado com o antigo esquema de “incorporação às avessas”, em que uma sociedade sem atividade incorpora a empresa produtiva, de modo a obter a compensação de prejuízos. No caso concreto, as partes, para obter a compensação de prejuízos, ao invés de buscar a “incorporação às avessas”, resolveram fazer o “trânsito de recursos”, já explicado acima, por meio de operações sem substância econômica, e não usuais, nem normais, do ponto de vista das entidades financeiras.

Pelo exposto, conclui-se que as operações efetivadas pela Recorrente com o Unibanco não são usuais e normais entre entidades financeiras, e só se justificaram porque realizadas intragrupo, por conseguinte, as despesas decorrentes destas operações não atendem aos requisitos exigidos no art.299 do RIR/99, justificando-se a glosa por serem desnecessárias.

Da alegação de que as normas do Bacen e CMN com Indutoras desse Planejamento

A Recorrente defende que as normas regulamentadoras tanto do CMN, do BACEN, como da CVM induzem a utilização dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL como medida de boa gestão das instituições financeiras.

Não é possível dizer que as normas regulamentares do Bacen e do CMN possuem a finalidade induzir a instituição financeira a reduzir seus prejuízos acumulados através de operações desprovidas de essência econômica. E, mesmo se assim o fizessem, não poderiam ser opostas à legislação tributária.

As normas de regulação bancária estabelecem, para as entidades financeiras, uma margem prudencial, através da definição do Patrimônio de Referência e do Patrimônio de Referência Exigido. Entretanto, essas normas não podem ser interpretadas como um incentivo para a elaboração de esquema de elisão fiscal com a finalidade de reduzir a carga tributária do contribuinte e do Grupo econômico ao qual pertence.

Portanto, não procede a alegação de que a Recorrente foi *induzida* a realizar o esquema de elisão fiscal em análise.

Ainda que se alegue que as operações de Depósito Interbancário são usuais e normais às instituições financeiras e terem sido aprovadas pelo BACEN, faz-se mister destacar que o Banco Central não faz uma análise da repercussão *tributária* na emissão e resgate dos CDI (Certificado de Depósito Interbancário), nem no aumento/redução de capital de uma entidade. Como dito alhures, o Bacen não tem competência para avaliar as infrações à legislação tributária, bem como este não é seu objetivo, o qual compete à Receita Federal.

A análise do Banco Central está focada na liquidez das instituições e no Patrimônio de Referência (PR) e no Patrimônio de Referência Exigido (PRE). O Patrimônio de Referência não é considerado individualmente por pessoa jurídica, mas sim pelo conglomerado. Sendo assim, operações que apenas remanejam recursos de um empresa para outra do Grupo não

afeta substancialmente o PR. Do ponto de vista do Bacen, um conjunto de operações que implique utilização de prejuízo fiscal acumulado numa das instituições financeiras (Unibanco) e redução de impostos a pagar em outra sociedade do mesmo Grupo (Itaú Unibanco), acarreta maior liquidez para o conglomerado como um todo.

A Resolução CMN n. 3444/2007 definiu que o Patrimônio de Referência será apurado de forma consolidada para o grupo econômico, vide:

Definição e Apuração do Patrimônio de Referência

Art. 1º O Patrimônio de Referência (PR), para fins da verificação do cumprimento dos limites operacionais das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, exceto as sociedades de crédito ao microempreendedor, consiste no somatório do Nível I e do Nível II.

§ 1º O Nível I do PR é apurado mediante a soma dos valores correspondentes ao patrimônio líquido, aos saldos das contas de resultado credoras e ao depósito em conta vinculada para suprir deficiência de capital, constituído nos termos do art. 2º, § 4º, da Resolução nº 3.398, de 29 de agosto de 2006, excluídos os valores correspondentes a:

(...)

§ 2º O Nível II do PR é apurado mediante a soma dos valores correspondentes às reservas de reavaliação, às reservas para contingências e às reservas especiais de lucros relativas a dividendos obrigatórios não distribuídos, acrescida dos valores correspondentes a:

Art. 2º Para as instituições integrantes de conglomerado financeiro, a apuração do PR deve ser efetuada em bases consolidadas, utilizando-se os critérios do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF.

Parágrafo único. As instituições integrantes de conglomerado financeiro e de consolidado econômico-financeiro devem calcular o valor do PR de forma consolidada, tanto para o conglomerado financeiro quanto para o consolidado econômico-financeiro. (grifei)

A Resolução CMN n. 3444/2007 foi revogada pela Resolução CMN n. 4192/2013 que manteve a mesma determinação de apuração do Patrimônio de Referência por conglomerado:

Art. 1º Esta Resolução estabelece metodologia de cálculo do Patrimônio de Referência (PR), que deve ser apurado pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, exceto pelas sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte.

CAPÍTULO II DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º O PR consiste no somatório do Nível I e do Nível II.

(...)

Art. 3º A apuração do PR deve ser realizada em bases consolidadas para as instituições integrantes de um mesmo conglomerado, observado o seguinte cronograma: (grifei)

Observa-se que a apuração do Patrimônio de Referência se dá por conglomerado econômico. Tornar-se-ia, portanto, irrelevante a circulação financeira entre empresas intragrupo

que não alteram o patrimônio global. E a operação torna-se vantajosa a partir do momento que o fluxo financeiro resulta em maior liquidez e diminui o ativo diferido (prejuízos acumulados).

Portanto, sob a ótica do Bacen, não há irregularidade na utilização dos DI para este tipo de operação, desde que não comprometa o regular funcionamento do sistema financeiro. No caso em tela, representa uma vantagem, porque a redução da carga tributária e dos prejuízos fiscais aumentaria a liquidez e diminuiria a exposição de risco do Grupo Itaú.

Veja que as normas transcritas determinam parâmetros para avaliar a saúde financeira dos bancos, mas não contém qualquer dispositivo que determine a execução de operações artificiais, contrariando a lógica negocial. Sem contar que o aumento da liquidez do Grupo Itaú vem a reboque da redução da carga tributária de forma indevida, criando despesas que não têm razão de existir.

A Recorrente reconhece o objetivo de consumir o máximo de prejuízo acumulado no Unibanco, tendo em vista que este prejuízo aumenta o risco da Instituição e provoca no aumento do Patrimônio de Referência Exigido, na proporção de 300%.

A aprovação dessas operações pelo Bacen, portanto, não tem o condão de tornar as despesas necessárias, uma vez que o Banco Central objetiva apenas com a segurança, solidez e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, sem que tenha conhecimento das implicações de ordem tributária.

A Recorrente defende que as operações realizadas são induzidas pelas normas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil visando à saúde financeira das instituições financeiras e também da própria Comissão de Valores Mobiliários.

Argumenta que a Comissão de Valores Mobiliários, ao tornar obrigatória para as sociedades anônimas a observância do referido CPC 32, não só reconhece expressamente que o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais consubstancia um ativo diferido que deve ser reconhecido, como ainda determina sua baixa se não houver uma expectativa concreta para sua utilização, exceto "se estiverem disponíveis para a entidade oportunidades de planejamento tributário (ver item 30) que criarão lucro tributável no período em que prejuízos fiscais ou créditos fiscais não utilizados possam ser utilizados."

As normas do CMN e do Bacen buscam resguardar a saúde financeira das instituições que atuam no mercado financeiro, mas não induzem à realização de operações artificiais, desprovidas de essência econômica, nem determinam o desvirtuamento dos instrumentos financeiros, como os Depósitos Interbancários, para reduzir tributos e com isso aumentar a liquidez dos bancos. A saúde financeira das instituições bancárias não pode ser resultado de estímulo à sonegação fiscal. Não é isso o que consta das citadas normas, senão vejamos.

O CPC-32 dispõe sobre Tributos sobre o Lucro e foi citado pela Recorrente como indutor de planejamentos tributários para utilização de prejuízo fiscal. Reproduz-se o item 30 do pronunciamento, o mesmo referenciado pelo contribuinte:

30. Oportunidades de planejamento tributário são ações que a entidade pode tomar a fim de criar ou aumentar o lucro tributável em período específico antes da expiração do

prazo de utilização de prejuízo fiscal ou compensação de crédito fiscal. Por exemplo, em alguns países, o lucro tributável pode ser criado ou aumentado por:

- (a) opção de ter receita de juros tributada em regime de caixa ou competência;
- (b) diferimento da reivindicação para determinadas deduções do lucro tributável;
- (c) vender, e talvez arrendar de volta, ativos que foram avaliados, mas para os quais a base fiscal não foi ajustada para refletir tal avaliação; e
- (d) vender um ativo que gera lucro não tributável (como, em alguns países, título do governo) a fim de comprar outro investimento que gera lucro tributável.

Quando as oportunidades de planejamento tributário anteciparem lucro tributável de um período posterior para um período anterior, a utilização de prejuízo fiscal ou a compensação de crédito fiscal ainda depende da existência de futuros lucros tributáveis de outras fontes que não diferenças temporárias de origem futura. (grifei)

Constata-se que o citado pronunciamento sugere a possibilidade de alguns planejamentos tributários, que deverão respeitar a legislação do país, e cita alguns exemplos. São exemplos de planejamentos que resultariam em antecipação do lucro diferido para fins de utilização de prejuízo fiscal numa mesma empresa. Não é citado nenhum exemplo de planejamento tributário com o objetivo de deslocar a base tributária entre pessoas jurídicas distintas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Também não se fala na hipótese de utilização de instrumentos financeiros como Depósitos Interbancários, com finalidade desvirtuada, para fazer circular de recursos financeiros com a finalidade de criar despesas numa empresa em contrapartida à criação de receita em outra, para aproveitamento de prejuízo fiscal.

O CPC-32 quando sugere a realização de planejamento tributário, evidentemente refere-se a um planejamento lícito, dotado de essência econômica, tanto que deverão respeitar a legislação do país.

A Recorrente destaca a operação constante da alínea “c” acima, qual seja, a venda, seguida de arrendamento, para ativos que foram avaliados, mas para os quais a base fiscal não foi ajustada para refletir tal avaliação. Essa não foi a operação objeto da autuação neste processo.

A Recorrente afirma que *“não há dúvida de que aplicações financeiras entre instituições financeiras são operações normais e usuais, tendo o Conselho Monetário Nacional regulamentado expressamente os Depósitos Interfinanceiros, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes por aquelas entidades (Resolução CMN nº 3.399/06)”*.

Com efeito, essas operações são normais e usuais quando os Depósitos Interbancários são utilizados para aplicar recursos *excedentes* ou captar recursos em razão de *déficit* de caixa, mas não são instrumento para circulação financeira desnecessária com único objetivo de criar despesas em entidade que apura lucro e gerar receitas em outra entidade do grupo que possui prejuízos acumulados. Isto consubstancia o deslocamento da base tributária entre empresas do grupo econômico e a aproveitamento indevido de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL.

No caso em tela, a Recorrente e o Unibanco se utilizaram de Depósitos Interbancários para circular recursos financeiros e com isso gerar receitas financeiras no

Unibanco para serem compensadas com prejuízos acumulados, e criar despesas financeiras para reduzir o lucro tributável da Recorrente.

Entretanto a finalidade do depósito interbancário é transferir recursos entre instituições financeiras para fins de fechamento de caixa diário, é um instrumento de captação de recursos ou de aplicação de excedentes. Essas operações têm sentido quando uma determinada Instituição financeira tem “sobra” de caixa e uma outra tem déficit que necessita cobertura.

Resta claro que o Depósito Interbancário, instrumento financeiro criado para garantir a liquidez dos Bancos e o fluxo de caixa, teve sua função desvirtuada e findou por ser utilizado apenas como instrumento de transferência de valores e criação de despesas desnecessárias na Recorrente.

A operação com Depósito Interbancário, apesar de formalmente válida, pois aprovada pelo Bacen, não possui substância econômica, uma vez que não serviu para aplicar excedentes ou suprir déficit de caixa. A observância da essência econômica sobre o aspecto formal é princípio estabelecido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis no CPC-00 (R1) e (R2), *verbis*:

CPC-00 (R1)

A característica essência sobre a forma foi formalmente retirada da condição de componente separado da representação fidedigna, por ser considerado isso uma redundância. **A representação pela forma legal que difira da substância econômica não pode resultar em representação fidedigna**, conforme citam as Bases para Conclusões. **Assim, essência sobre a forma continua, na realidade, bandeira insubstituível nas normas do IASB**³.

(...)

4.6. Ao avaliar se um item se enquadra na definição de ativo, passivo ou patrimônio líquido, deve-se atentar para a sua essência subjacente e realidade econômica e não apenas para sua forma legal.

(...)

CPC-00 (R2)

Representação fidedigna

2.12 Relatórios financeiros representam fenômenos econômicos em palavras e números. Para serem úteis, informações financeiras não devem apenas representar fenômenos relevantes, mas também representar de forma fidedigna a essência dos fenômenos que pretendem representar. Em muitas circunstâncias, a essência de fenômeno econômico e sua forma legal são as mesmas. Se não forem as mesmas, fornecer informações apenas sobre a forma legal não representaria fidedignamente o fenômeno econômico (ver itens de 4.59 a 4.62).

(...)

Essência de direito contratual e obrigação contratual

³ International Accounting Standards Board

4.59 Os termos de contrato criam direitos e obrigações para a entidade que seja parte desse contrato. Para representar fidedignamente esses direitos e obrigações, **as demonstrações contábeis informam sua essência** (ver item 2.12). **Em alguns casos, a essência dos direitos e obrigações é clara com base na forma legal do contrato. Em outros casos, os termos do contrato, grupo ou série de contratos exigem análise para identificar a essência dos direitos e obrigações.**

4.60 Todos os termos do contrato – sejam implícitos ou explícitos – devem ser considerados, **salvo se não tiverem substância.** (...)

4.61 **Os termos que não têm substância são desconsiderados.** O termo não tem substância se não tiver efeito discernível sobre a economia do contrato. (...)

4.62 Um grupo ou série de contratos pode obter, ou ser destinado a obter, efeito comercial geral. **Para informar a substância desses contratos, pode ser necessário tratar os direitos e obrigações decorrentes desse grupo ou série de contratos como uma única unidade de conta.** (...)

Conforme demonstrado, as operações com Depósito Interbancário mostraram não possuir essência econômica, ainda que tenham respeitados os aspectos formais, razão pela qual as despesas decorrentes dessas operações não podem ser consideradas necessárias. As operações usuais e normais realizadas pelas instituições financeiras têm por objetivo garantir o fluxo de caixa, o que não aconteceu no presente caso.

Logo, **há de se mantida glosa dessas despesas que restaram ser comprovadamente desnecessárias para a atividade da Recorrente**, tendo como único objetivo a redução dos tributos devidos pela Recorrente e a utilização de prejuízos fiscais e base negativa da CSLL de forma indevida pelo Unibanco.

Da Recomposição dos Lucros Tributáveis em função dos Saldos Negativos Apurados

A Recorrente informa que nos anos-calendários autuados (2012 e 2013) apurou saldo negativo dos referidos tributos. Alega que a fiscalização não poderia recompor apenas parcialmente a base de cálculo do IRPJ e da CSL, compensando de ofício os prejuízos fiscais acumulados ou do próprio exercício, mas ignorando por completo os valores que a Recorrente já havia recolhido a maior do que o declarado como devido.

Acrescenta que não haveria razão para não ser levado em consideração o valor apurado de saldo negativo, devendo ser confrontado com o novo valor devido apurado pela fiscalização para fins de lançamento.

Defende que não procede o argumento de que o saldo negativo não deveria ser considerado em face da possibilidade de sua restituição. Defende que tal entendimento só se aplicaria para os pedidos de compensação já homologados, isto é, para os valores pagos a maior e já “devolvidos”, devendo ser deduzido do valor lançado nestes autos o valor correspondente ao saldo negativo. Confessa que requereu compensação conforme PerDCOMP relacionados no Doc.8 da impugnação.

Nesse ponto, não merece reparos a decisão recorrida, posto que o procedimento de compensação é uma espécie de “encontro de contas”, através de procedimento de iniciativa do

próprio contribuinte que aponta seu crédito e os débitos que pretende ver extintos de forma definitiva.

A partir do momento em que é transmitido, o pedido de compensação extingue os débitos, sob condição resolutória da ulterior homologação da DCOMP. No momento em que houve o lançamento, o saldo negativo já estava sendo utilizado para a quitação de débitos do próprio contribuinte, por ele indicados. Não caberia ao auditor cancelar ou indeferir todos os pedidos de compensação não homologados.

Sendo assim, já tendo sido o saldo negativo utilizado para a quitação de outros débitos da Recorrente, o mesmo não poderá ser aproveitado para reduzir os valores lançados nos presentes autos. Na hipótese de alguma DCOMP não ser homologada ou não o ser integralmente, será consequência do valor de saldo negativo apurado, e que poderá ser discutido em contencioso próprio. Logo, não há qualquer prejuízo para a Recorrente, ter seu saldo negativo utilizado em pedidos de compensação, ao contrário, é até vantagem, pois o mesmo pode escolher quais débitos deseja quitar.

Isto posto, ratifico e adoto os termos da decisão da DRJ proferida nos autos do processo administrativo n. 16327.720774/2018-45, do mesmo contribuinte, que trata de operações semelhantes :

A compensação tributária é procedimento implementado por iniciativa do sujeito passivo, com a entrega da declaração correspondente (DCOMP), na qual devem constar informações relativas aos pretensos créditos (líquidos e certos) a serem utilizados para liquidação de débitos existentes. O efeito da declaração é a extinção do crédito tributário, ainda que sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

A Declaração de Compensação se presta a formalizar o encontro de contas entre o Contribuinte e a Fazenda Pública, **por iniciativa do primeiro**, a quem cabe a responsabilidade pelas informações sobre os pretensos créditos e os respectivos débitos a serem extintos, ao passo que à Administração Tributária compete a sua **necessária verificação e validação**. Confirmada a existência do crédito pleiteado, sobrevém a homologação e a consequente extinção dos débitos a ele vinculados (*até o limite do crédito reconhecido*).

Nesse ponto, ao transmitir o PER/DCOMP pleiteando direito creditório decorrente de saldo negativo de IRPJ ou de CSLL, o sujeito passivo elegeu os débitos que pretendia extinguir. O efeito da entrega desse PER/DCOMP é a extinção do débito ainda que sob condição resolutória de sua ulterior homologação, nos termos do art. 74, §2º do Lei 9.430/96, *in verbis*:

(...)

Assim, ao entregar o PER/DCOMP, o sujeito passivo já elege os débitos regularmente constituídos que serão extintos pela via da compensação, nesse momento, já há a utilização do direito creditório pleiteado, ainda que passível de revisão pelo fisco.

Considerar possível a utilização de direito creditório de saldo negativo de IRPJ e CSLL para abater valor de crédito tributário constituído de ofício e ainda pendente de discussão administrativa afrontaria o instituto da compensação tributária, pois se extinguiria parte de débito tributário ainda não constituído definitivamente em detrimento daquele já constituído definitivamente e já extinto, ainda que sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Vale frisar, como apresentado pelo contribuinte, que há PER/DCOMPs já homologadas, para essas, o direito creditório de saldo negativo de IRPJ ou CSLL já foi utilizado, não sendo possível utilizar novamente para abater do débito ora constituído. Como demonstra o quadro abaixo anexado pelo contribuinte:

(...)

Nesse sentido, há os seguintes Acórdãos do CARF:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECOMPOSIÇÃO DO RESULTADO. APROVEITAMENTO DE SALDOS NEGATIVOS. CONDIÇÃO.

Para que se possa admitir o aproveitamento de resultados finais (saldos negativos) nos lançamentos tributários relativos ao IRPJ, além da aferição da liquidez e certeza dos créditos envolvidos, é necessário que o contribuinte comprove que a atividade a que alude o caput do art. 150 do Código Tributário Nacional encontra-se em curso, isto é, que os saldos apurados não foram objeto de pedido de restituição e que não foram indicados para compensação tributária.

Acórdão 1301-001.895. Primeira Seção de Julgamento - 3ª Câmara - 1ª Turma Ordinária - Sessão de 20 de janeiro de 2016

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APROVEITAMENTO DE RECOLHIMENTOS POR ESTIMATIVA. SALDO NEGATIVO DE RECOLHIMENTOS DE PERÍODOS ANTERIORES. PREJUÍZOS FISCAIS E SALDO NEGATIVO DE BASE DE CÁLCULO DE CSLL ACUMULADO.

No lançamento de ofício cumpre à autoridade fiscal reconstruir as bases de cálculo, a apuração dos tributos devidos e os valores a pagar, bem como aproveitando os créditos que o contribuinte faz jus em face da sistemática de apuração dos tributos, observando-se a legislação de regência. Cumpre também à fiscalização verificar se tais valores foram aproveitados pelo contribuinte nos períodos subseqüentes e, se confirmada essa hipótese, descabe o aproveitamento.

Acórdão 1402-00.254. Primeira Seção de Julgamento - 4ª Câmara - 2ª Turma Ordinária - Sessão de 02 de setembro de 2010

Desta feita, mostra-se acertada a decisão da DRJ que considerou correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, **não sendo possível abater do crédito tributário constituído os valores de saldo negativo de IRPJ e CSLL apurados, vez que já regulamente utilizados para extinguir débitos definitivamente constituídos, ainda que sob condição resolutória de sua ulterior homologação.**

Da Alegação da Necessária Compensação Adicional de Prejuízos Fiscais e Base Negativa de CSLL

O sujeito passivo contesta o fato de que o Auditor Fiscal efetuou os cálculos dos tributos devidos partindo de um saldo inicial (até 31/12/2011) de prejuízos fiscais e base negativa de anos anteriores de 0 (zero), nada tendo sido compensado a este título. Informa que tal fato ocorreu em razão da compensação de ofício procedida pela fiscalização em auto de infração anterior lavrado em 26/10/2018 e que deu origem ao processo nº 16327.720774/2018-45 e em outras autuações, todas elas objeto de recursos administrativos ou judiciais, os quais suspendem o lançamento.

A Recorrente alega prejudicialidade deste processo em relação ao processo nº 16327.720774/2018-45 e aos demais processos em relação à presente cobrança, ao menos quanto à parcela que seria absorvida por aqueles valores adicionais de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSL que mesmo se mantidos os lançamentos não poderá ser exigida enquanto não houver decisão final naqueles feitos. Chama a atenção ainda para o nº 16327.720841/2016-60 (referido na planilha de fl. 2075), no qual como reconhecido pela DRJ a C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF deu provimento ao recurso voluntário do Recorrente, estando pendente de julgamento recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

O contribuinte apresentou a seguinte tabela para elencar os processos que poderiam ser prejudiciais:

Itaú Unibanco			
Autos de infração com Compensação de Ofício de PF/BN - Em Andamento			
Processos que impactam o PF		Processos que impactam a BN	
16327.721204/2013-68	Embargos de declaração em andamento	16327.721204/2013-68	Embargos de declaração em andamento
		16327.721375/2013-97	Em Andamento no Mandado de Segurança nº 5025662-59.2018.4.03.6100
16327.721108/2014-09	Recurso Especial, aguardando trâmite de admissibilidade.	16327.721108/2014-09	Recurso Especial, aguardando trâmite de admissibilidade.
16327.721149/2015-78	Aguardando julgamento no CARF.	16327.721149/2015-78	Aguardando julgamento no CARF.
		16327.721120/2015-96	Discutido na Anulatória 5007739-54.2017.4.03.6100. Suspenso Seguro Garantia.
		16327.720.841/2016-60	Aguardando julgamento no CARF.
		16327.720834/2016-68	Aguardando julgamento no CARF.
16327.720262/2017-06	Aguardando julgamento na DRJ.		
16327.720774/2018-45	Aguardando julgamento na DRJ.	16327.720774/2018-45	Aguardando julgamento na DRJ.

Passa-se a análise de cada processo:

Os processos de nºs 16327.721120/2015-96, 16327.721204/2013-68 e 16327.721375/2013-97 são autuações que estão sendo contestadas judicialmente. Na impugnação o contribuinte não trouxe nenhuma decisão que lhe fosse favorável que justificasse a alteração da coisa julgada administrativa, por conseguinte, afasta-se a prejudicialidade em relação a eles. Em sendo obtida alguma decisão judicial favorável, a Unidade de Origem dará cumprimento à decisão.

Em relação ao processo 16327.721108/2014-09, reproduzo e ratifico trecho da decisão da DRJ que também afasta a questão prejudicial:

O recurso especial referente ao processo 16327.721108/2014-09 só teve seguimento quanto à exigência concomitante das multas de ofício e isolada por falta de recolhimento de estimativas conforme despacho de fls. 3529 daquele processo (Doravante quaisquer referências a folhas sempre serão relativas aos processos mencionados). Embora a contribuinte tenha interposto agravo contra o despacho, foi rejeitado, confirmando o seguimento parcial do recurso especial (fls. 3.592 e ss). A

matéria ainda em discussão não influencia as bases tributáveis da autuação naquele processo e, por consequência, no presente.

O processo n. 16327.721149/2015-78 foi analisado no início deste voto, restando consignado que a matéria referente às despesas desnecessárias foram definitivamente julgadas, e quanto ao recurso especial, foi admitido tão somente o da Fazenda, o qual foi julgado tendo sido restabelecida a multa isolada através do acórdão n. 9101-004.595. Logo, resta afastada a prejudicialidade em relação ao citado processo.

Em relação ao processo n. 16327.720841/2016-60, que tem por objeto autuação de CSLL referente aos anos-calendários 2011 e 2012, a Turma do CARF deu provimento ao recurso, decisão esta ratificada pela CSRF através do acórdão n. 9101-004.640, o qual negou provimento ao recurso especial da Fazenda.

Logo, em relação ao processo n. 16327.720841/2016-60, merece provimento o recurso do contribuinte, para que haja o devido ajuste na CSLL lançada no presente processo, como consequência da decisão favorável naquele processo.

Quanto ao processo 16327.720774/2018-45 foi julgado em 11/06/2019 (Acórdão DRJ às fls. 1943) e a tributação foi integralmente mantida. O processo aguarda julgamento no CARF. Portanto, o lançamento de IRPJ e CSLL deve ser ajustado para refletir o resultado daquele processo.

O processo 16327.720834/2016-68 trata de CSLL referente ao ano-calendário 2011, teve autuação mantida na DRJ e aguarda julgamento pelo CARF.

O processo 16327.720262/2017-06 trata de autos de infração de IRPJ e CSLL referente ao ano-calendário 2012 e teve a impugnação julgada procedente em parte pela DRJ, nesta data (09/11/2022), aguarda julgamento do recurso voluntário no CARF. A Turma da DRJ manteve o lançamento de IRPJ e reduziu o lançamento da CSLL, o que não interfere nos valores lançados neste processo. Transcreve-se resumo da decisão proferida naquele processo que trata de matéria distinta:

Acordam os membros da Turma, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, julgar procedente em parte a impugnação, para:

I) MANTER o IRPJ lançado, no valor de R\$ 56.910.842,60, com aplicação de multa de ofício de 75% e juros de mora, na forma da legislação vigente;

II) CANCELAR a multa isolada por insuficiência de recolhimento da estimativa de IRPJ, no valor de R\$ 1.255.321,22;

III) REDUZIR a CSLL lançada, de R\$ 51.993.518,60 para R\$ 51.709.595,32, com aplicação de multa de ofício de 75% e juros de mora, na forma da legislação vigente;

Portanto, tendo sido cancelada a autuação da CSLL no processo n. **16327.720841/2016-60, faz-se mister o ajuste dos valores lançados no presente processo para repercutir o resultado dos demais processos, no que diz respeito à compensação adicional de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL compensados de ofícios nos citados processos.**

Do Lançamento do PIS e da COFINS

A Recorrente declara que a fiscalização procurou justificar a glosa das despesas financeiras, para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, com base nos mesmos argumentos invocados nos lançamentos do IRPJ e CSL. E que, nessas condições, demonstrada a efetiva necessidade das despesas, implicaria cancelamento dos lançamentos do IRPJ e CSL, e o mesmo destino deveria ser dado aos do PIS e COFINS.

Argumenta o sujeito passivo que caso assim não se entenda, a exigência dessas contribuições sociais não poderia prevalecer, uma vez que se tratam de despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, e não de despesas de intermediação financeira, e deveriam portanto ser deduzidas das bases de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da alínea “a” do inciso III do art. 1º da Lei nº 9.701/98 e do § 5º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, *verbis*:

Lei nº 9.701/98

Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, de que trata o inciso V do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, poderão efetuar as seguintes exclusões ou deduções da receita bruta operacional auferida no mês:

(...)

III – no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:

a) despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos;

(...)” (destaques do Recorrente)

Lei nº 9.718/98

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

(...)

A Lei n. 9.701/98 tratou da base de cálculo do PIS e da COFINS devidas pelas instituições financeiras e em seu art. 1º, inciso III prevê a exclusão da base de cálculo das contribuições de despesas *operacionais típicas* deste tipo de pessoa jurídica.

No caso em tela, restou demonstrado que os Depósitos Interbancários não foram utilizados para *captação* de recursos, uma vez que os recursos financeiros saíram e retornaram para a instituição.

Sendo assim, as despesas desnecessárias incorridas em decorrência da circulação de recursos financeiros, mas sem a necessidade de captação de recursos, não podem ser enquadradas na citada alínea 'a' do inciso III (despesas de *captação* em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos).

Como as despesas em comento não se tratam de despesas operacionais, não se enquadram na hipótese do art.1º, III, 'a' da Lei n. 9.701/98, nem no art. 3º, §6º, inc. I, 'a' da Lei n. 9.718/98, razão pela qual não podem ser deduzidas das bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS. Não foram despesas de captação de recursos, tampouco despesas de intermediação financeira.

As despesas de intermediação financeira são um gênero, da qual as despesas de captação são espécie daquela. É portanto despicienda a diferenciação entre despesa de intermediação financeira ou de captação de recursos, uma vez que as despesas aqui tratadas foram geradas em operações atípicas e artificiais, que desvirtuaram a finalidade dos depósitos interbancários, não se enquadrando nem numa hipótese, nem em outra. Nesse sentido, transcrevo trecho do acórdão n.16-87.734, proferido pela 1ª Turma da DRJ/SPO, no processo n.16327.720774/2018-45, do mesmo contribuinte, o qual adoto os mesmos fundamentos:

A conclusão sobre as alegações postas pelo sujeito passivo passa pela análise do termo "intermediação financeira" e a verificação se as despesas ora glosadas se tratam de despesas de intermediação financeira (alínea "a" do inciso I do §6º do art. 3º da Lei 9.718/98) ou de despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro (alínea "a" do inciso III do art. 1º da Lei 9.701/98 e do §5º do art. 3º da Lei 9.718/98).

O termo "intermediação financeira" não tem seu conceito definido na legislação tributária, assim, deve ser buscado nos demais ramos do direito.

A resolução CFC 1.138/2008 em seu item 29 assim irá dispor:

Na atividade bancária, por convenção, assume-se que as despesas com intermediação financeira devem fazer parte da formação líquida da riqueza e não de sua distribuição.

Despesas de intermediação financeira – inclui os gastos com operações de captação, empréstimos, repasses, arrendamento mercantil e outros.

Portanto, por essa resolução as despesas de intermediação financeira têm conceito amplo, com as despesas de captação sendo englobadas nesse conceito.

Por sua vez, a Carta Circular BACEN nº 3.316 de 2008 coloca que as despesas de intermediação financeira serão compostas por diversas despesas, sendo uma delas as despesas com captação:

Com base no art. 6º, inciso I, da Resolução nº 3.490, de 29 de agosto de 2007, o Indicador de Exposição ao Risco Operacional (IE), de que trata o art. 3º, inciso I, da Circular nº 3.383, de 30 de abril de 2008, deve ser composto por:

(...)III - despesas de intermediação financeira, que correspondam ao somatório dos valores referentes a:

a) despesas de captação;

b) despesas de obrigações por empréstimos e repasses;

- c) *despesas de arrendamento mercantil;*
- d) *despesas de câmbio;*
- e) *despesas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos;*
- f) *despesas de obrigações por operações vinculadas a cessão; (Redação dada pela Carta Circular nº 3.765, de 26/4/2016.)*
- g) *despesas de obrigações por fundos financeiros e de desenvolvimento; (Redação dada pela Carta Circular nº 3.765, de 26/4/2016.)*
- h) *despesas com captação em títulos de desenvolvimento econômico; (Redação dada pela Carta Circular nº 3.765, de 26/4/2016.)*
- i) *dispêndio de depósitos intercooperativos; (Redação dada pela Carta Circular nº 3.765, de 26/4/2016.)*
- j) *outras despesas operacionais originadas de operações que tenham como características: serem decorrentes de intermediação financeira ou de prestação de serviços; não serem decorrentes de operações relacionadas ao Ativo Permanente; não representem constituição de provisões; não representem prejuízos em operações de venda ou transferência de ativos financeiros; não representem despesas administrativas; e não representem taxas pagas a prestadores de serviços terceirizados; (Redação dada pela Carta Circular nº 3.765, de 26/4/2016.)*

Também evidencia que as despesas de intermediação financeira englobam as despesas de captação o disposto no Parecer PGFN/CAT nº 325/2009, in verbis:

20. *Note-se que **a intermediação financeira ou atividade financeira intermediada** é realizada por instituições financeiras típicas (bancos, sociedades e cooperativas de crédito), **que captam recursos** junto aos agentes econômicos superavitários e os repassam aos agentes econômicos deficitários.*

21. *Vê-se, pois, que a **mediação ou intermediação financeira é a atividade de captar recursos** junto a entidades econômicas superavitárias e repassá-las às unidades econômicas deficitárias, conforme KAUFMANI.*

22. *No caso da atividade financeira desintermediada, praticada por entidades equiparadas a instituições financeiras, a mesma se dá diretamente entre os agentes econômicos superavitários (poupadores) e os agentes econômicos deficitários (necessitados), sendo tais entidades meras intervenientes, com o fim de dinamizar a atividade financeira.*

23. *Voltando ao caso concreto, é inequívoco que a legislação, **ao referir-se a despesas incorridas nas operações de intermediação financeira, reporta-se àquelas operações praticadas pelas instituições financeiras típicas, ou seja, à atividade financeira intermediada, onde a captação de recursos é essencial.***

24. *Para comprovar esta assertiva, recorra-se ao Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, instituído pela Circular no 1.273, em 29 de dezembro de 1987 - que dispõe sobre os critérios e procedimentos contábeis a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, com o objetivo de uniformizar os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras⁵² -, ao qual se submetem as instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas (inclusive o Autor, que é sociedade supervisionada pelo Banco Central do Brasil)*

25. O COSIF traz planilha que, na elaboração das demonstrações financeiras, deve ser obrigatoriamente preenchida pelas instituições financeiras e entidades equiparadas.

26. Desta planilha constam, no item 15, as despesas de intermediação financeira, nos seguintes termos:

(...)

27. Note-se que as despesas inseridas na rubrica despesas de intermediação financeira são “despesas de operações de captação no mercado”, “despesas de operações de empréstimos e repasses”, “despesas de operações de arrendamento mercantil”, “resultado de operações de câmbio” e “provisão para créditos de liquidação duvidosa”.

28. Ou seja, como despesas de intermediação financeira foram consideradas apenas aquelas diretamente relacionadas com a atividade financeira intermediada das instituições financeiras típicas, não abrangendo outras despesas também operacionais, que podem ser incluídas como despesas administrativas ou outras despesas operacionais.

29. De outro lado, constata-se que as Instruções Normativas SRF nos 37/1999 e 247/2002, em seus anexos, apenas contemplaram as regras contábeis previstas no COSIF.

Portanto, as despesas com captação estão englobadas nas despesas de intermediação financeira, sendo irrelevante essa diferenciação para o caso em análise, vez que tais despesas não poderiam ser deduzidas das base de cálculo do PIS e da COFINS, pois foram geradas em operações atípicas das instituições financeiras e dissimuladas, como amplamente demonstrado pela autoridade fiscal e também no presente voto. (grifos originais)

Desta feita, as despesas desnecessárias não se enquadram como despesas operacionais, independente da denominação atribuída pela Recorrente, seja como despesa para captação de recursos ou de intermediação financeira.

Da Multa Qualificada X Do Intuito Doloso

Quanto à multa qualificada, a Recorrente defende que no lançamento efetuado no processo 16327.721.149/2015-78, o fiscal autuante entendeu desnecessárias e por esse motivo glosou as despesas incorridas, não vislumbrando, porém, a ocorrência de fraude ou qualquer outra conduta que justificasse a imputação da multa qualificada. Argumenta que a adoção agora pelo fiscal autuante de novo critério de lançamento jamais poderia alcançar fatos geradores anteriores à introdução desse novo critério, sob pena de violação ao art. 146 do CTN.

Aduz que muito embora os fatos geradores relativos ao presente processo (2012 e 2013) sejam posteriores aos fatos geradores referentes ao processo nº 16327.721149/2015-78 (2010, 2011 e 2012), a mudança de critério jurídico em razão do qual a fiscalização passou a entender ter ocorrido fraude só se deu em dezembro de 2018 com a lavratura dos presentes autos de infração, não podendo assim se aplicar a fatos geradores anteriores, nos termos do artigo 146 do CTN.

O sujeito passivo defende que considerando um "planejamento tributário" os atos praticados pela Recorrente e pelo Unibanco, foram na verdade induzidos por ato normativo expedido pela CVM, aplicando-se assim ao caso o parágrafo único do artigo 100 do CTN para

que se exclua a exigência da multa de ofício (quanto mais a multa qualificada de 150%) e os juros de mora.

Invoca o art. 112 do CTN que impossibilitaria a aplicação da multa qualificada no caso, tanto em razão do inciso II, diante da inequívoca existência de dúvida quanto às "circunstâncias materiais do fato", quanto em virtude do inciso IV, tendo em vista que a qualificação da multa é uma forma de graduação, na medida em que a multa de ofício ordinariamente cabível é dobrada se ocorrerem as condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.506/64.

Por fim, a Recorrente defende que não houve fraude, que sempre teve e continua tendo absoluta convicção quanto à licitude das operações realizadas, não tendo ademais jamais omitido nem procurado omitir qualquer elemento pertinente à operação em exame, sendo certo que as operações realizadas foram submetidas à aprovação do BACEN, tendo, além disso, fornecido todas as respostas, informações e documentos solicitados pela fiscalização nos diversos Termos de Intimação emitidos ao longo deste procedimento administrativo; argumenta ainda que a simples intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo para qualificação da multa.

A autoridade fiscal aplicou multa de ofício qualificada, pois entendeu que houve fraude consoante art. 72 da Lei 4.502/64:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Concluiu o Auditor que:

Resta claro, portanto, que ao inserir, de forma dolosa, despesas criadas artificialmente que reduzem o "lucro líquido" e o "resultado do exercício", o agente realiza ações que buscam impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos, na tentativa de reduzir seu imposto devido, que configuram a fraude tipificada no art. 72 da Lei 4.502/64, novamente reproduzido: (...)

O dolo exprime duas propriedades: a má-fé e a intenção do agente que realiza a ação, vinculada ao resultado previsto no tipo: **a redução do valor do imposto devido, ou o diferimento de seu pagamento.**

O dolo, previsto e exigido na norma, é caracterizado pela ação intencional do agente em tentar lesar o interesse defendido (o valor do imposto) por meios ilícitos. (grifo original)

Inicialmente cumpre observar que em todas as hipóteses para qualificação da multa de ofício, seja na modalidade de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71,72 e 73 da Lei 4.502/64) faz-se mister a comprovação do intuito doloso.

A autoridade fiscal entendeu que o dolo, exigido na norma, restou caracterizado pela ação intencional do agente em tentar lesar o interesse defendido (o valor do imposto) por meios ilícitos.

Para tratar do dolo, primeiramente faz-se mister uma análise da lei n. 8.137/90 que estabelece os crimes de sonegação fiscal nos artigos 1º e 2º. As condutas descritas nesses artigos constituiriam *isoladamente* crimes menores, como falsidade ideológica, uso de documento falso

etc, mas quando têm o objetivo de suprimir ou reduzir tributo, são apenados de forma mais gravosa. São condutas como a prestação de declaração falsa, falsificação ou alteração de nota fiscal, utilização de documento falso, entre outras, chamadas de ilícitos típicos.

Pode-se dizer que a redução ou supressão de tributo por simples erro no preenchimento de uma declaração, não ensejaria uma representação fiscal para fins penais, mas tão somente o lançamento de ofício do tributo, com multa de 75%. Nesse sentido, pode haver uma “sonegação” culposa, decorrente de erro escusável.

Uma declaração inexata numa declaração para ser considerada dolosa, tem que ser acompanhada de outras provas que indiquem de maneira inequívoca a vontade do agente em suprimir ou reduzir tributo, como resultado de uma ação *consciente* do ilícito que pratica.

A sonegação perpetrada mediante condutas que configuram ilícito típico afastam qualquer dúvida quanto ao intuito doloso do agente. Por outro lado, quando há a supressão ou redução do pagamento do tributo através de condutas que isoladamente não configuram ilícitos típicos, resta imprescindível a comprovação inequívoca do dolo.

Daí surge a pergunta: é legítimo ao contribuinte fazer opções que impliquem pagar menos tributo? A resposta é positiva. Nesse sentido, é lícito a empresa optar pelo lucro presumido ao invés do lucro real, se tal sistemática resulta tributação a menor. Todavia a pessoa jurídica não poderia optar pelo lucro presumido, caso suas atividades a obriguem à apuração do imposto pelo lucro real. Neste caso não seria uma opção legal. É possível, portanto, a realização de planejamento tributário, desde que seja legítimo.

Os exemplos acima tratam de condutas que se encontram numa zona de certeza, tanto quanto à sua ilicitude ou à sua legitimidade. A *zona cinzenta* ou de incerteza reside nos planejamentos tributários que envolvem condutas lícitas, se observadas de maneira individualizadas, pois atendem aos requisitos formais estabelecidos em lei ou atos normativos de órgãos reguladores, mas que analisadas em conjunto configuram um contorno à aplicação da lei tributária, através de operações sem essência econômica no mundo real.

O conceito de essência econômica pode ser extraído do Pronunciamento Técnico CPC-00 (R1) emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis⁴, o qual tratou da estrutura conceitual para elaboração e divulgação de relatório contábil e financeiro, já citado alhures, mas que merece ser novamente reproduzido:

4.6. Ao avaliar se um item se enquadra na definição de ativo, passivo ou patrimônio líquido, deve-se atentar para **a sua essência subjacente e realidade econômica e não apenas para sua forma legal.** (...)

Em 2019, o CPC-00 passou por sua segunda revisão (R2), mantendo a relevância da essência sobre a forma:

Representação fidedigna

2.12 Relatórios financeiros representam fenômenos econômicos em palavras e números. Para serem úteis, informações financeiras não devem apenas representar fenômenos

⁴ Criado pela Resolução CFC n. 1.055/05

relevantes, mas também representar de forma fidedigna a essência dos fenômenos que pretendem representar. Em muitas circunstâncias, a essência de fenômeno econômico e sua forma legal são as mesmas. Se não forem as mesmas, fornecer informações apenas sobre a forma legal não representaria fidedignamente o fenômeno econômico (ver itens de 4.59 a 4.62).

(...)

Essência de direito contratual e obrigação contratual

4.59 Os termos de contrato criam direitos e obrigações para a entidade que seja parte desse contrato. Para representar fidedignamente esses direitos e obrigações, **as demonstrações contábeis informam sua essência** (ver item 2.12). **Em alguns casos, a essência dos direitos e obrigações é clara com base na forma legal do contrato. Em outros casos, os termos do contrato, grupo ou série de contratos exigem análise para identificar a essência dos direitos e obrigações.**

4.60 Todos os termos do contrato – sejam implícitos ou explícitos – devem ser considerados, **salvo se não tiverem substância.** (...)

4.61 **Os termos que não têm substância são desconsiderados.** O termo não tem substância se não tiver efeito discernível sobre a economia do contrato. (...)

4.62 Um grupo ou série de contratos pode obter, ou ser destinado a obter, efeito comercial geral. **Para informar a substância desses contratos, pode ser necessário tratar os direitos e obrigações decorrentes desse grupo ou série de contratos como uma única unidade de conta.** (...) (grifei)

Sendo assim, a autoridade lançadora ao proceder à verificação da ocorrência do fato gerador deve buscar a essência econômica dos fatos contábeis e não se ater ao aspecto formal. A regra geral é que a forma corresponda à essência econômica, entretanto, caso haja um descasamento, esta deve prevalecer em relação àquela.

No caso em tela, estamos diante de operações formalmente lícitas, quando analisadas individualmente, como a emissão de DI aprovadas pelo BACEN, a integralização de capital de uma empresa do grupo em outra (ainda que o valor integralizado não tenha sido destinado de modo permanente à realização do objeto social), a tomada de empréstimos entre empresas do grupo com o consequente pagamento de juros, todas essas operações foram devidamente registradas e não foram omitidas do Fisco. Não houve a realização de nenhum ato ilícito típico.

Pode-se afirmar com certeza *absoluta* que a Recorrente teve a *vontade consciente* e dirigida para realização de operações com o objetivo de reduzir sua carga tributária, mas não é possível afirmar com o mesmo grau de certeza que a Recorrente tinha consciência da ilicitude do seu ato, que quis praticar a infração de forma voluntária e consciente. Para que se possa atribuir ao agente o resultado lesivo a título de dolo, é preciso que o mesmo tenha consciência da ilicitude de sua conduta.

No caso em tela, a Recorrente insiste em defender a licitude do seu planejamento tributário, logo, é possível crer que a mesma acreditava estar praticando um planejamento tributário legítimo, que poderia ser aceito pela autoridade fazendária, tendo em vista que todas as operações foram declaradas ao Fisco, de amplo conhecimento, e que a autoridade fiscal pode identificar todas as etapas do planejamento tributário realizado pelo Grupo Itaú.

Dessarte, considerando a ausência de realização de condutas ilícitas típicas, considerando ainda as operações não foram omitidas do Fisco, foram inclusive registradas no BACEN e permitiram que a autoridade fiscal identificasse a inexistência de essência econômica do negócio, a não ser a redução dos tributos, entendo que não restou comprovada de forma inequívoca a existência de dolo a ensejar a multa de ofício qualificada.

Isto posto, há de ser afastada a multa de ofício qualificada, remanescendo a multa no patamar de 75%.

Da Alegação de Decadência

A Recorrente defende a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, ante a inocorrência de fraude no caso concreto e estando os tributos sujeitos a lançamento por homologação. Alega que operou-se já a decadência quanto ao crédito tributário de IRPJ e CSL relativamente ao ano-base de 2012, bem como no que diz respeito aos créditos tributários de PIS e COFINS.

Neste ponto, entendo que assiste razão à Recorrente, tendo em vista que não restou comprovado o intuito doloso e por conseguinte deve ser aplicado o prazo decadencial de 05 anos contados do pagamento, nas hipóteses de tributos sujeitos a lançamento por homologação, hipótese constante dos presentes autos.

O contribuinte teve ciência do auto de infração em 21/12/2018, data em que se considera efetuado o lançamento, por conseguinte, **reconhece-se a decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2012 e do PIS e da COFINS, cujos fatos geradores ocorreram em janeiro e fevereiro de 2013.**

Conclusão

Por tudo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, e no mérito, por DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para:

- 1) Determinar o ajuste do IRPJ e CSLL lançados em face das decisões proferidas nos processos n. 16327.720841/2016-60 e n. 16327.720774/2018-45;
- 2) Afastar a multa de ofício qualificada, reduzindo-a para o patamar de 75%;
- 3) Reconhecer a decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2012 e a decadência integral do PIS e da COFINS.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite

Voto Vencedor

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Redator designado.

Com a devida vênia, ousou discordar do entendimento adotado pela i. Conselheira Relatora, Giovana Pereira de Paiva Leite, em seu fundamentado e robusto voto, no que tange ao mérito dos lançamentos do IRPJ e reflexos, especialmente quando caracteriza como desnecessárias as despesas com Depósitos Interfinanceiros (DI). Assim, passo a expor os fundamentos da divergência.

Trata-se de autos de infração que exige crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, acrescido dos juros de mora e multa de ofício qualificada, referente ao ano-base 2012 e 2013, formalizado ao argumento de que as despesas decorrentes dos depósitos Interfinanceiros (DI), captados juntos ao UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S.A., incorridas naqueles períodos, não atenderiam aos critérios legais de dedutibilidade, uma vez que tais operações teriam sido “*inventados exclusivamente para reduzir tributos*”, não tendo, portanto, propósito negocial.

No entender do fisco, quando o Itaú Unibanco transferiu, sob a forma de “Aumento de Capital”, recursos para sua subsidiária integral – Banco Unibanco S.A., que retornaram imediatamente sob a forma de aplicações em CDI’s - Certificados de Depósitos Interfinanceiros – criou para contribuinte fiscalizado uma obrigação de pagamento de juros sobre valores que pertenciam a ele mesmo.

Logo, por suas características, a montagem das operações do designado “Aumento de Capital” e devolução recursos por meio de aplicações em CDI’s configurariam fraude, tendo o Itaú Unibanco S.A. como agente, ao tentar impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos pela criação e inserção de despesas artificiais na determinação (redução) de seus resultados e/ou lucros apurados periodicamente cada período (base de cálculo dos tributos).

A decisão recorrida manteve parcialmente as atuações fiscais, admitindo apenas a dedutibilidade do PIS e da COFINS lançados na base de cálculo do IRPJ e CSLL, também com base no argumento de que as operações de DI supostamente tiveram “*apenas interesse de cunho tributário*”, revelando uma suposta “*falta de interesse negocial*”;

Irresignado, a Recorrente maneja recurso voluntário, alegando, sinteticamente, que as operações realizadas possuíam efetiva substância econômica; que não se tratavam de mera movimentação escritural de valores; que inexistia questionamento quanto ao fato de que as operações que ensejaram as despesas glosadas efetivamente foram realizadas e por taxa de mercado, sujeitando-se, inclusive, no caso do aumento de capital, à aprovação do Banco Central do Brasil; que a realização de operações visando à geração de lucros capazes e absorver os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, é propósito negocial legítimo, induzido, inclusive, por normas do CMN, BACEN e CVM; e, que o art. 299/99 não autoriza a desconsideração de despesa absolutamente normais e usuais e efetivamente incorridas pela pessoa jurídica, independente do propósito das respectivas operações; que no caso dos autos, as operações realizadas não acarretaram prejuízo ao fisco, pelo contrário, resultaram num incremento de arrecadação no período na ordem de 511 milhões de reais; e que na hipótese dos lançamentos não serem cancelados, subsidiariamente, deve-se recompor as bases de cálculo do IRPJ/CSLL, lançados em função dos saldos negativos apurados nos períodos autuados, bem como a compensação dos valores adicionais de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, utilizados de ofício em outros processos administrativos, os quais ainda pendem de decisão definitiva.

Pois bem.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à acusação fiscal de que a capitalização do Unibanco e a posterior captação de recurso pelo Recorrente junto àquela instituição, seriam operações fictas, ou melhor, de que tais operações caracterizariam pseudotransferências de valores, a fim de proporcionar aos envolvidos a alocação de receitas e despesas, meramente contábeis, manipuladas com propósitos exclusivamente tributários.

Não prospera a acusação. Ora, o fato de os recursos recebidos pelo Unibanco, em aumento de capital, terem sido utilizados em aplicações financeiras, não descaracteriza o aumento de capital, até porque nenhuma empresa, administrada com o mínimo de razoabilidade, recebe aumento de capital e deixa o dinheiro recebido parado em caixa, quanto mais naquela monta, e, no caso de uma instituição financeira, é de se compreender que a aquisição de CDI é uma operação regular e consentânea ao seu objeto social.

Note-se, nesse particular, que tanto o aumento como a redução de capital de uma instituição financeira dependem de aprovação do Banco Central do Brasil, e que uma vez realizado o aumento de capital, sua posterior redução, nos termos do art. 174 da Lei nº 6.404/76, também se sujeita à oposição dos credores quirografários e prévia aprovação pela maioria de eventuais debenturistas.

Afirmou a Recorrente que essas operações foram inseridas no contexto da associação entre os conglomerados Itaú e Unibanco, levada a efeito em novembro de 2008, com o objetivo de unificar as operações financeiras dos dois grupos numa única estrutura empresarial. E, no momento da associação, o Unibanco possuía saldos representativos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, e esse ativo financeiro não poderia ser ignorado pelo investidor.

No meu entender, essa informação é importante e merece o destaque. Por óbvio o aumento do capital realizado, visando prover o Unibanco do capital necessário ao incremento de suas aplicações financeiras, tinha o propósito claro de viabilizar a apuração de um lucro para permitir a compensação em menor prazo daqueles prejuízos e base negativa e ao final a sua incorporação, o que traria benefícios econômico-financeiros não para as pessoas participantes da operação, como também para todos o conglomerado.

Assim, ao contrário do entendimento esposado pela i. Relatora, a realização de operações visando à geração de lucros que absorvem prejuízos e bases negativas acumuladas do Unibanco é um propósito legítimo e não afasta a necessidade das despesas incorridas pelo Recorrente.

Isso porque a existência de elevados saldos de prejuízos fiscais e base negativa da CSLL de uma controlada, compromete a capacidade operacional do conglomerado financeiro como um todo, de modo que a realização de operações visando à sua utilização representa medida de boa gestão administrativa e também propósito negocial legítimo.

Nesse aspecto, penso ser relevante o argumento de defesa, quando evidencia que a CVM e BACEN, através de suas normas, obrigam as instituições financeiras a manterem permanentemente um compromisso de capital (“Patrimônio de Referência Exigido”), composto pela somatória de diversos elementos, e dentre elas, o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL, ponderado a 300%. Sustenta, assim, que por força de

tais normas, a simples existência dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL do Unibanco já implicaria na redução da capacidade de investimento das instituições financeiras do conglomerado Itaú Unibanco, o que significa dizer que quanto maior os saldos dos mencionados créditos tributários, menor o capital disponível que pode ser utilizado por essas instituições, na consecução de suas atividades sociais.

De fato, é compreensível que a partir da associação, ocorrida em novembro /2008, os saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL do Unibanco passaram a afetar diretamente a capacidade de investimento e obtenção de lucros da Recorrente, sendo absolutamente natural, portanto, e medida de boa gestão, que ele envidasse esforços para que aquele crédito tributário pudesse ser utilizado no menor tempo possível.

Vê-se, portanto, que as compensações dos prejuízos do Unibanco, viabilizada pelas operações realizadas, consubstanciava um objetivo legítimo e que deveria ser buscado, até para reduzir o Patrimônio de Referência Exigido para o grupo, liberando capital a ser utilizado em aquisições e/ou operações mais lucrativas, infirmando a premissa em que está assentada a acusação fiscal.

No que diz respeito ao conceito de necessidade, sustenta a fiscalização de que ele estaria relacionado com o propósito da operação que resultou no reconhecimento da despesa pelo sujeito passivo, de modo que dispêndios desprovidos de propósito negocial não se enquadrariam no conceito de despesas necessárias (RIR/99, art.299).

No entanto, o enfoque que deve ser conferido ao conceito de necessidade, previsto na legislação do Imposto de Renda, é inteiramente diferente daquele que foi dado pela fiscalização, pela decisão recorrida, e confirmado pela I. Relatora. Compreendo que entende-se por necessária, e por consequência, dedutível, quando a despesa for inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou surgir simplesmente da existência da empresa ou do papel social que a mesma desempenha.

No caso dos autos, tratando-se de instituições financeiras há de se reconhecer que as despesas incorridas na captação de recursos por meio de operações de DI estão sim intrinsecamente relacionadas às atividades bancárias desenvolvidas pela Recorrente, tanto que tais operações foram expressamente regulamentadas pela CMN, Resolução n.º 3.399/06.

Nesse contexto, pode-se afirmar, inclusive, que tais despesas independe do motivo que justifica tais operações (carência de recursos próprios, política financeira, etc.), pois a regra é que são dispêndios provenientes da atividade da empresa, especialmente em casos como o presente, onde a fiscalização não questiona a efetividade das operações financeiras em questão, tampouco questiona as condições em que as mesmas foram contratadas (até porque os Depósitos Interfinanceiros realizados pelo Unibanco foram remunerados com base nas taxas de mercado).

Vale salientar existir inúmeras decisões administrativas admitindo a dedutibilidade dos encargos decorrentes de operações de crédito e empréstimos contraídos pelas pessoas jurídicas, quando não demonstrado pelos agentes fiscais que os respectivos recursos deixaram de ser aplicados em seu interesse, conforme se verifica pelo acórdão n.º 9101-00.589, de 18/05/2010, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, “*verbis*”:

Ementa: IRPL DESPESA FINANCEIRA. DEDUÇÃO DO LUCRO REAL. O Decreto n.º 3,000/99, em seu art. 299, determina que são dedutíveis na apuração do lucro real as

despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. A despesa financeira é, em regra, uma despesa operacional, salvo quando utilizado o recurso para fins estranhos à atividade fim. Se inexistente qualquer elemento de prova que descaracterize a normalidade e usualidade da contratação do empréstimo, a respectiva despesa com juros é dedutível na apuração do lucro real.

Semelhante a este entendimento, são as considerações do i. Conselheiro Marcelo Cuba Netto, no acórdão n.º 1201-000.984, de 12/03/2014, incorporadas pela i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, no voto condutor do recente acórdão n.º 9101-006.242, de 09/08/22, *verbis*:

Despesa, tal como conceituado pela Ciência Contábil, é um gasto, não incluído nos custos, necessário à obtenção de uma receita. Tal conceito está em perfeita consonância com o estabelecido no já transcrito art. 299, caput, do RIR/99.

Nesse sentido, despesa desnecessária é o gasto, não incluído nos custos, não necessário à obtenção de uma receita.

Por sua vez, juro é a remuneração paga ao mutuante para obtenção de um empréstimo em dinheiro.

Isso posto, o juro incorrido pela pessoa jurídica será qualificado como uma despesa desnecessária quando o recurso financeiro obtido mediante empréstimo não houver sido aplicado na obtenção de receitas pela empresa⁴

Nesse sentido, o simples fato de a atuada ter folga de caixa para quitar os mútuos tomados de seus acionistas não significa que incorreu em despesas desnecessárias com pagamento de juros sobre esses empréstimos. Crucial seria a comprovação de que os recursos tomados não foram aplicados na produção de receitas. Isso, entretanto, não foi demonstrado e nem sequer alegado pelo auditor.

Portanto, deve ser admitida a dedutibilidade das despesas incorridas na captação de recursos no mercado financeiro, nos termos do art. 299 do RIR/99.

A defesa alega ainda que não houve prejuízo ao erário, e que em razão das operações realizadas, o valor total pago pela Recorrente e pelo Unibanco a título de IRPJ e CSL no período atuado foi maior do que teria sido se as operações em questão não houvessem sido realizadas. Cita planilhas anexas à impugnação e Termo de Constatação elaborado pela KPMG.

Ao analisar essa questão, a I. Relatora ressaltou que o planejamento tributário engendrado pelo Grupo Itaú teve por objetivo *não* a redução do tributo pago pelo grupo como um todo, num determinado período, mas *sim* a utilização de prejuízos fiscais acumulados no Unibanco em limites superiores ao permitido legalmente, enfatizando que o lucro decorrente da contrapartida da receita no Unibanco foi consumido pelos prejuízos fiscais acumulados.

Em seu sentir, como as atividades do Unibanco estavam sendo descontinuadas, esse prejuízo seria consumido de forma diferida, ou sequer conseguiriam ser consumidos em face da incorporação integral do Unibanco.

Penso diferente.

Primeiro, não há que se falar em consumo de prejuízos fiscais acima do limite, pois inexistente acusação nesse sentido. O prejuízo acumulado foi consumido dentro do limite

estabelecido em Lei, ainda que os valores registrados a este título tenham sido consumidos em prazo menor do que teria sido acaso as operações em questão não houvessem disso realizadas.

Segundo, compreendo que o Fisco não está autorizado a considerar apenas consequências pontuais e desfavoráveis aos interesses do Fisco, pois, havendo uma pluralidade de atos ou negócios que formam um conjunto orgânico, o ato de descon sideração não deve ter como objeto cada ato isolado, mas sim, o conjunto por ele formado. Dito de outra forma, a fiscalização não pode deixar de considerar a arrecadação total do tributo, devendo a dedutibilidade da despesa ser aceita sempre que comprovado ter representado uma receita tributável na outra parte contratante.

Este entendimento não é inédito no CARF e, entre os julgados pesquisados, assume destaque o acórdão nº 1302-003.803, de 13/08/2019, tendo como Relator o i. Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, que, em circunstâncias semelhantes ao presente caso, acolheu as razões de recurso do contribuinte. Confirma-se a ementa desse julgado:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. CONJUNTO DA OBRA.

É correto declarar a inoponibilidade das operações concernentes ao Fisco quando a preponderância do propósito da economia tributária fica bem demonstrada. Todavia, há que se ter cuidado para não banalizar o fenômeno. Uma das premissas fundamentais para o exame dos fatos é a necessidade de que se olhe para o conjunto da obra.

No caso concreto, o grupo econômico pode até ter objetivado a economia tributária com as operações engendradas, mas o resultado dependia de variáveis não totalmente controladas. Por outro lado, a fiscalização também não poderia descon siderar apenas os efeitos que lhe foram desfavoráveis. Haveria que se reconhecer os créditos decorrentes dos tributos pagos por obra das mesmas operações. Como a caracterização do planejamento tributário depende da compreensão dos fatos numa perspectiva organizacional, os seus efeitos hão que ser também considerados na sua plenitude.

Do voto condutor desse julgado, colhe-se mais os seguintes argumentos, adotados no presente voto:

Independentemente da fidedignidade dos dados contidos na documentação que comprova a ausência de prejuízo ao Erário, o que importa é notar a fragilidade da acusação. Se a autoridade fiscal pretendia desqualificar o atributo da "necessidade" das despesas financeiras com a justificativa de que as operações engendradas visavam à economia tributária, deveria ter tomado o cuidado de se certificar que essa economia seria um resultado muito provavelmente alcançado com aquelas operações. Mas, aparentemente, nem isso seria possível.

É que a economia tributária obtida no BERJ com a compensação dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL teria que ser limitada pela trava dos 30%. Portanto, de cada real acrescido às bases de cálculo pelas receitas financeiras, setenta centavos teriam que ser tributados. Nesse cenário, a economia só estaria assegurada se a despesa financeira correspondente gerasse uma redução na tributação das outras instituições financeiras (os Bancos Bradesco e Bradesco Cartões) superior aos tributos incidentes sobre os setenta centavos no BERJ. Mas, como garantir isso se não se poderia a priori saber se as outras instituições apurariam lucro real e base de cálculo positiva da CSLL suficientes para toda a redução exigida? Seria uma empreitada de futurologia difícil de ser alcançada.

A verdade é que o Grupo Bradesco pode até ter objetivado a economia tributária com aquelas operações, mas o resultado dependia de variáveis não totalmente controladas. Por outro lado, a fiscalização também não poderia desconsiderar apenas os efeitos que lhe foram desfavoráveis. No caso concreto, haveria que reconhecer os créditos decorrentes dos tributos pagos por obra das mesmas operações. Como a caracterização do planejamento tributário depende da compreensão dos fatos numa perspectiva organizacional, os seus efeitos hão que ser também considerados na sua plenitude.

Nesse cenário, apesar de ser possível, em tese, questionar a necessidade das despesas glosadas, não se pode concordar com o fundamento proposto pela fiscalização. Focando apenas na operação de CDI contraída com o Banco Bradesco, trata-se de transação corriqueira no seio das instituições financeiras. As correspondentes despesas são, em regra, dedutíveis porque associadas a alguma necessidade financeira do tomador do empréstimo. É difícil contestá-las sem um elemento concreto dissociado da realidade apresentada.

Por serem oportunas, vale ainda transcrever as ponderações feitas pelo i. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, no voto condutor do acórdão nº 1201-003.083, de 13/08/2019, que reconheceu a dedutibilidade dos juros decorrentes de empréstimo realizado entre empresas do mesmo grupo, “*verbis*”:

Ao motivar que as partes se valeram de um planejamento abusivo que gerou economia indevida de tributos, salta aos olhos o fato de que simplesmente não existe nenhum relato sobre a existência de qualquer diligência fiscal que tenha buscado verificar quais as receitas financeiras auferidas pela mutuante (Bunge Alimentos) e se ela ofereceu ou não tais receitas à tributação.

Que artifício fiscal é este que, na ponta devedora, a “desproporcional” despesa financeira tem o condão de, em 2010, apenas aumentar prejuízo fiscal e base negativa e, em 2011, dos R\$ 26.519.534,19 de juros, absorver R\$ 25.707.418,22 de prejuízos (cf. fl. 09), gerando, na ponta credora, receitas “desproporcionais” de juros passíveis de tributação? A dúvida paira no ar...

Ora, para valer ou reforçar a tese de simulação dos juros, quando menos a autoridade fiscal responsável pelo lançamento deveria ter verificado que economia tributária seria essa. A ausência desse “pequeno detalhe” também compromete o cumprimento do ônus de provar a tese simulatória.

(...)

Não concordo com o racional da decisão de piso. Isso porque, sem adentrar no mérito de mais uma vez trazer novos fatos e argumentos, independentemente de haver despesas financeiras em montante superior as receitas financeiras, o resultado da mutuante foi lucrativo, tendo sido influenciado pelas receitas do mútuo, ao passo que o resultado da Recorrente, conforme visto, restou deficitário, situação esta que, com a devida vênia, não revelaria um “planejamento fiscal abusivo”, mas sim um “planejamento ineficiente”.

No presente caso, é fato incontroverso que as operações de DI resultaram em receitas financeiras para o UNIBANCO e despesas financeiras para o Recorrente, que foram por elas, respectivamente, tributadas e deduzidas na apuração do IRPJ e CSLL devidos.

Assim, também por esta razão, deve-se reconhecer a dedutibilidade das despesas financeiras incorridas pela Recorrente.

Por fim, acrescenta-se aqui as razões apresentadas pela i. Conselheira Livia De Carli, em seu voto proferido nos autos do processo nº 16327.721.149/2015-78. Embora vencida, suas razões de decidir são aqui adotadas e a seguir transcritas:

Penso que, em "condições normais" (isto é, não havendo manipulação de preços entre partes relacionadas e sendo o negócio efetivamente praticado, i.e., não simulado), a decisão sobre tomar ou não determinado empréstimo, assim como a de efetivar ou não qualquer operação comercial, cabe exclusivamente ao administrador da empresa, na qualidade de executor dos atos empresariais.

Assim, o Fisco, embora na prática seja um "sócio" das empresas na medida em que recebe parte dos lucros e resultados por ela gerados, não pode questionar se ela precisava ou não tomar determinado empréstimo, nem pode pretender dizer que a operação deveria ter sido realizada de outra forma.

Um eventual questionamento nesse sentido apenas seria possível caso se entendesse que houve "abuso" por parte da pessoa jurídica, no sentido de esta se utilizar das regras então positivadas para delas extrair resultado não autorizado pelo ordenamento.

É o que muitos denominam abuso de/do direito, ausência de substância, falta de causa ou de propósito negocial ou mesmo elusão fiscal². Juridicamente, trata-se de um ilícito atípico³, ou seja, um negócio que, de maneira geral, não é proibido pelo ordenamento (pelo contrário, é permitido, portanto a princípio lícito) mas que, no caso concreto, especificamente em razão do resultado atingido, torna-se vedado e/ou merece ter determinados efeitos desconsiderados para garantia de equilíbrio do próprio ordenamento (por ter se tornado ilegítimo).

O que faz com que um negócio celebrado em pleno exercício da autonomia privada, e portanto a priori lícito, se revele ilícito (sempre em um determinado caso concreto) é, em um sistema causalista, a ausência de causa -- equivalente à falta de substrato econômico subjacente dos sistemas anticausalistas. É que tal ausência esvazia a autonomia privada, transformando-a em um "querer no vácuo"⁴ não admitido no ordenamento. Nas palavras de Emilio Betti: "Já não é apenas ilícito o comportamento que vá de encontro a uma norma específica, imperativa ou proibitiva, mas também aquele que, pondo em movimento o mecanismo do negócio, contradiga a função típica do interesse social a que ele é destinado." ⁵

No caso em questão, tal "abuso" (isto é, a falta de causa) restaria configurado caso o negócio realizado tivesse tido como resultado prático o aproveitamento de prejuízos fiscais por uma pessoa jurídica que, embora ainda formalmente existente, operacionalmente já estaria extinta. Isso porque, neste caso, as partes teriam realizado operações a princípio lícitas mas que, em conjunto, resultariam em um contorno à regra que estabelece a perda dos prejuízos fiscais por pessoa jurídica que deixa de operar.

Analisando o caso entendo que tal não foi o que ocorreu na hipótese descrita nos autos.

Como ressaltou a Recorrente, a operação buscou conciliar dois objetivos igualmente legítimos, quais sejam, o de garantir os ganhos de integração entre os conglomerados sem desprezar os prejuízos fiscais do Unibanco. Assim, destacou-se do Unibanco, via cisão parcial, um determinado segmento de negócio, o qual foi absorvido pelo Recorrente para garantir tais ganhos de sinergia e, por outro lado, manteve-se a rentabilidade relacionada às atividades bancárias cindidas por meio da injeção de capital para aplicação em CDI, o que também é atividade típica de instituição financeira.

Não se acusa o Unibanco de ter esvaziado por completo as suas atividades operacionais, nem se questiona que essa instituição financeira permaneceu operacional durante o período em questão.

De fato, mesmo que tenha sido retirado do Unibanco determinado seguimento operacional, também é da atividade operacional de uma instituição financeira a negociação de CDIs, portanto não se pode negar que a operação permitiu ao Unibanco seguir exercendo atividades operacionais.

Conforme estabelece a Resolução 3.399/2006, tais depósitos são negociados somente no mercado interfinanceiro ou interbancário, sendo o instrumento usual para a captação e aplicação de recursos por instituições financeiras. Eles têm como função dar equilíbrio aos sistemas financeiro, em um sistema de vasos comunicantes que lhe dão liquidez. Veja-se neste sentido trecho de definição dada pela CETIP:

Negociado exclusivamente entre instituições financeiras, o Depósito Interfinanceiro (DI) é um título privado de Renda Fixa que auxilia no fechamento de caixa dos bancos, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes. O Depósito Interfinanceiro não pode ser vendido a outros investidores e não há incidência de impostos sobre a rentabilidade. Os títulos têm elevada liquidez e embutem um baixíssimo risco, normalmente associado à solidez dos bancos que participam do mercado. (<https://www.cetip.com.br/captacao-bancaria/di>, acesso em 13 de março de 2018)

Outrossim, vale ressaltar que nem a autoridade autuante nem a decisão recorrida questionam que os prejuízos fiscais do Unibanco poderiam ser compensados com lucros futuros por ele apropriados, no entanto a DRJ parece indicar que os caminhos possíveis seriam ou desprezar tais prejuízos ou manter a exploração do seguimento de varejo no Unibanco.

Ocorre que, conforme argumentou a Recorrente, a compensação de prejuízos fiscais com lucros futuros, além de ser um direito de toda pessoa jurídica que permanece em atividade, é em última análise obrigação do administrador, na medida em que otimiza resultados.

Já a manutenção do seguimento no Unibanco iria de encontro ao próprio objetivo da associação Itaú-Unibanco de unificar as estruturas operacionais para robustecer a nova instituição. Teria, assim, pouca lógica econômica, já que adiaria o processo de integração dos dois grupos e se perderiam, durante esse adiamento, todos os ganhos de sinergia e de escala propiciados pela unificação das estruturas. Nesse contexto, conforme ressaltou a Recorrente, manter as operações de varejo no Unibanco é que não teria qualquer propósito negocial, já que seria motivada unicamente por razões fiscais (qual seja, permitir a compensação de prejuízos).

Assim, seja porque não cabe ao Fisco questionar o montante de despesas financeiras necessárias à realização das atividades das pessoas jurídicas, seja porque o contexto das operações em questão é capaz de explicar o investimento realizado, não tendo estas sido realizadas apenas para contorno de uma regra proibitiva, não vejo como manter o auto de infração ora discutido.

Neste sentido, oriento meu voto para dar provimento ao recurso voluntário, ficando prejudicada a análise do recurso de ofício.

Conclusão

Neste sentido, oriento meu voto, no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, restando prejudicados os demais argumentos mencionados em recurso, em especial as

arguições a respeito da multa qualificada aplicada e a alegação de decadência dos fatos geradores do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

É como eu voto.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza