



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720774/2018-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.297 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2023
Recorrente ITAU UNIBANCO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

GLOSA DE DESPESAS DESNECESSÁRIAS. OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO DESPROVIDAS DE ESSÊNCIA ECONÔMICA.

Há de ser mantida a glosa de despesas, decorrentes de operações de Depósitos Interbancários, que se mostraram desnecessárias, tendo em vista que saíram e retornaram para a Recorrente no mesmo dia, desvirtuando a finalidade do instrumento financeiro interbancário de aplicação de excedente de e captação de recursos.

RECOMPOSIÇÃO DOS LUCROS TRIBUTÁVEIS EM FACE DE EXISTÊNCIA DE SALDO NEGATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não é possível o ajuste da base tributável através do abatimento dos valores de saldo negativo de IRPJ e CSLL apurados, vez que já regulamente utilizados em diversas Declarações de Compensação para extinguir débitos definitivamente constituídos, ainda que sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA MENSAL. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO DE 75%. POSSIBILIDADE.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Não tendo sido constatada a existência de condutas ilícitas típicas, bem como não restando comprovado de forma inequívoca a existência de dolo por parte do sujeito passivo, há de ser afastada a multa de ofício qualificada.

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. PRAZO DECADENCIAL DO ART. 150, §4º DO CTN.

Aplica-se o prazo decadencial constante do art. 150, §4º do CTN nas hipóteses de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em face da inexistência de comprovação de dolo específico.

PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

O Regulamento do Imposto de Renda impede a dedução na apuração do lucro real de parcelas de tributos cuja a exigibilidade se encontre suspensa em razão de interposição de recursos administrativos.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

DESPESAS DESNECESSÁRIAS. INDEDUTIBILIDADE DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

As despesas consideradas desnecessárias não se enquadram no conceito de despesas de intermediação financeira, nem de despesas para captação de recursos, razão pela qual não podem ser deduzidas na apuração da base de cálculo das contribuições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar parcial provimento ao recurso voluntário para; 1) por unanimidade, afastar a multa de ofício qualificada, reduzindo-a para o patamar de 75% e reconhecer a decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2012 e do PIS e da COFINS de janeiro a setembro de 2013; 2) por voto de qualidade, manter o lançamento do principal e da multa isolada, vencidos os conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcelo José Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Eduardo Monteiro Cardoso; 3) por maioria, manter a indedutibilidade das despesas da base de cálculo do PIS e da COFINS, vencidos os conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Marcelo José Luz de Macedo. Apresentou Declaração de Voto o conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso. Manifestou intenção de apresentar Declaração de voto o conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, todavia não o fez no prazo regimental.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Rafael Taranto Malheiros, Marcelo Jose Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso e Giovana Pereira de Paiva Leite (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do acórdão da DRJ que manteve integralmente a lançamento constante dos presentes autos. O auto de infração diz respeito à IRPJ, CSLL, PIS e COFINS referente aos anos-calendários 2012, 2013, 2014 e 2015, em razão de glosa de despesas consideradas desnecessárias pela Autoridade Fiscal.

Por bem descrever a autuação, adota-se, em grande parte, o relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

Nos autos de infração foram constituídos créditos tributários de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o PIS/PASEP (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Os valores constituídos foram os seguintes:

	Imposto / Contribuição	Juros de Mora	Multa Proporcional	Multa Exigida Isoladamente	Total
IRPJ	438.520.936,73	213.822.182,80	657.781.405,09	57.415.295,05	1.367.539.819,67
CSLL	293.415.849,23	146.900.953,85	440.123.773,84	34.449.177,04	914.889.753,96
PIS	14.543.027,86	7.101.359,86	21.814.541,72		43.458.929,44
COFINS	89.495.556,76	43.700.676,95	134.243.335,06		267.439.568,77
Total	835.975.370,58	411.525.173,46	1.253.963.055,71	91.864.472,09	2.593.328.071,84

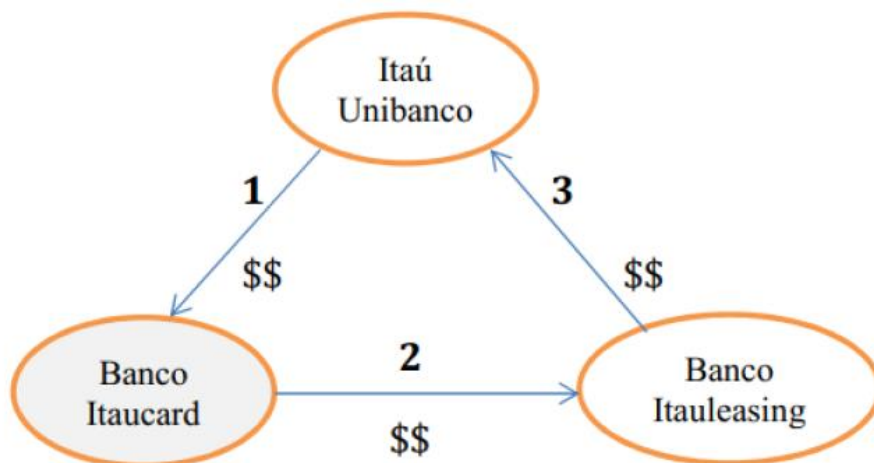
O detalhamento dos valores constituídos, bem como os respectivos enquadramentos legais encontram-se descritos nos autos de infração (fls. 2 a 63).

1. DAS INFRAÇÕES APURADAS

A autoridade fiscal identificou operação empreendida pelo contribuinte que ensejou a constituição do crédito tributário. A operação será a seguir detalhada.

1.1. Circulação Interna de Recursos Financeiros

A operação aborda a Circulação Interna de Recursos Financeiros envolvendo o Banco Itaúcard S.A., o Itaú Unibanco S.A. (controlador do grupo financeiros) e Banco Itauleasing S.A.. Nessa operação houve o trânsito de valores pelas contas bancárias e contábeis dos envolvidos, criando suposta obrigação ao pagamento de juros ao controlador, apropriados como despesas, e consequentemente, gerando redução da base tributável. O diagrama abaixo produzido pela autoridade fiscal demonstra essa circulação:



As etapas da operação de Circulação Interna de Recursos foram detalhadas pela autoridade fiscal (fls. 65 a 67 do processo digital) nos seguintes termos:

Etapas 1.1 – Em 21/09/2011 o Itaú Unibanco transferiu recursos financeiros para o Banco Itaucard, por meio da aquisição de CDI - emitido pelo Itaucard:

Data	Valor R\$	Código do CDI
21/09/2011	5.525.000.000,00	DI 001101B64

Etapas 1.2 - Em 22/09/2011 os recursos recebidos pelo Itaucard, acrescidos de outros disponíveis em seu caixa, foram transferidos para o Banco Itauleasing, em operação denominada de “Aumento de Capital”. O Banco Itaucard subscreveu “aumento de capital” do Banco Itauleasing de R\$ 22 bilhões, mas não dispondo da totalidade dos recursos, programou a integralização em duas tranches de R\$ 11 bilhões, em 22/09/2011 e 29/11/2011 (Etapas 2.1 e 2.2).

Etapas 1.3 – Os R\$ 11 bilhões recebidos pelo Banco Itauleasing foram entregues ao Itaú Unibanco, utilizados para liquidação de CDI de cerca de R\$ 9,1 bilhões que haviam sido captados em março de 2011 e o restante, cerca de R\$ 1,9 bilhão, foi entregue por meio da aquisição de CDI.

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
27/09/2011	1.860.410.000,00	DI001101CC4	21/09/2012

Encerra-se o primeiro ciclo de movimentação de recursos financeiros.

Em 29/11/2011 o Itaú Unibanco reinicia o ciclo de transferências, repetindo os fluxos com a utilização dos mesmos recursos financeiros, em novas aplicações financeiras, novo aumento de capital do Banco Itauleasing e o final retorno dos recursos ao seu proprietário: O Itaú Unibanco S.A.

Etapas 2.1 – Em 29/09/2011, o Itaú Unibanco transfere os R\$ 11 bilhões para o Banco Itaucard, por meio da aquisição de 2 CDIs.

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CO8	21/09/2012
29/09/2011	6.000.000.000,00	DI001101CO9	21/09/2012

Etapa 2.2 – De posse dos mesmos R\$ 11 bilhões utilizados para realização da primeira tranche, o Banco Itaúcard realiza a integralização da segunda tranche do “aumento de capital”, transferindo novamente os recursos para o Banco o Itauleasing.

Etapa 2.3 – O valor recebido pelo Itauleasing retorna na mesma data ao Itaú Unibanco por meio da aquisição de dois CDI's:

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CTO	21/09/2012
29/09/2011	5.994.130.000,00	DI001101CTP	21/09/2012

Ao final, o esquema promoveu o registro escritural das transferências de valores, proporcionando aos envolvidos a alocação de receitas e despesas, meramente contábeis, manipuladas com o propósito exclusivo de redução no pagamento de tributos, na forma que melhor conviesse ao grupo econômico financeiro.

Esclarecemos que as fictas operações de “aumentos de capital” e “emissões de CDI's”, que compuseram a operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros não atendem os propósitos e requisitos para os quais tipicamente se prestam:

A autoridade fiscal destaca alguns detalhes das Etapas 2 e .1 e .3 que por sua relevância, passo a resumir.

Na Etapa 2, houve o aumento do capital social do Banco Itauleasing S.A., sob a aparência do modelo previsto e regulado na Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). Por meio da exposição de motivos de tal lei, nota-se que “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”. Portanto, a Lei das Sociedades por Ações definem o capital social pela destinação dos recursos e não pelo simples ingresso.

No presente caso, o aumento do capital social não foi destinado de modo permanente à realização do objeto social do Banco Itauleasing, pois os valores recebidos foram imediatamente devolvidos ao proprietário dos recursos (Itaú Unibanco) da seguinte forma:

1. Liquidação de CDI's, de cerca de R\$ 9,1 bilhões, emitidos pelo Itauleasing em março de 2011, adquiridos pelo Itaú Unibanco.
2. Aplicação de cerca de R\$ 12,9 bilhões em CDI's emitidos pelo Itaú Unibanco, para geração de receitas financeiras contábeis.

Por fim, em relação ao aumento do capital social do Banco Itauleasing, a autoridade fiscal destaca que os valores foram registrados como aplicações financeiras, permanecendo nesta conta até 2015, quando houve a redução de capital, sem que jamais tivesse sido empregado em operações de arrendamento.

Quanto às etapas .1 e .3, que se referem às operações com CDI's, a autoridade fiscal destaca que os CDI's são instrumentos financeiros

negociado exclusivamente entre instituições financeiras, auxiliando no fechamento de caixa dos bancos, sendo utilizado como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes. Sendo que no presente caso, as transferências realizadas pelo Itaú Unibanco e suas controladas por meio de CDI's não foram realizadas com intuito de aplicações de "sobras" de caixa ou de captações para suprimento de caixa, muito pelo contrário, o instrumento financeiro foi utilizado para simular transferências, nas quais os recursos saíam e retornavam ao seu proprietário: O Itaú Unibanco.

A circulação interna de recursos acima detalhada gerou despesas de juros para o Itaú Unibanco (controlador) e para o Banco Itaúcard S.A..

1.1.1 Das despesas do Itaú Unibanco..

Na operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros, o Itaú Unibanco realizou a emissão de CDI's que geraram a obrigação de pagamento de juros sobre seu dinheiro, apropriados como despesas, e utilizados para reduzir seus resultados contábeis e as bases de cálculos dos tributos.

O Itaú Unibanco. emitiu 3 CDI's para "captação de recursos", totalizando R\$ 12.854.540,00. Sobre esse valor passou a incidir juros cujas despesas estão sendo glosadas pela autoridade fiscal.

Entendeu a fiscalização que por suas características, as despesas de juros geradas na Operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros, que abrigou a transferência de recursos do Itaú Unibanco S.A. para ele mesmo, não seriam necessárias: i) à atividade da empresa; ii) à manutenção das respectivas fontes produtoras; e, iii) para as operações exigidas pela atividade da empresa. Tais despesas também não seria usuais ou normais aos tipos de transações, operações ou atividades da empresa.

Dessa forma, tais despesas não atenderiam aos requisitos legais para a sua dedutibilidade na apuração dos tributos, conforme art. 299 do RIR/99 e Parecer Normativo CST nº 32/1981.

Por fim em análise a operação acima transcrita, a autoridade fiscal assim concluiu:

O art. 299, transcrito, é bastante específico ao vincular a despesa operacional às necessidades da empresa no desempenho de suas atividades e ainda à manutenção da respectiva fonte produtora, admitindo apenas as despesas normais ou usuais aos tipos de transações, operações ou atividades da empresa.

Embora possa ser usual para o contribuinte fiscalizado - haja vista já ter utilizado o mesmo expediente em outras situações - a Circulação Interna de Recursos Financeiros não atribui às despesas contábeis registradas o requisito da usualidade exigido pela norma legal para chancela de sua dedutibilidade das bases dos tributos.

Operação semelhante, do mesmo contribuinte, já fora combatida nos autos do PAF 16327.721.149/2015-78, que traz a seguinte ementa, em julgamento do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda:

Assunto: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-Calendário: 2010, 2011, 2012

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

Revela falta de interesse negocial a 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...”

Instado a informar os motivos do aumento do capital do Banco Itauleasing, em seus sentidos econômico e jurídico, o contribuinte esclareceu, sucintamente, a esta fiscalização:

“...Sobre os motivos e sentido do aumento de capital e de ele ter sido feito por meio do Banco Itaucard, esclarecemos ter se tratado de opção empresarial no âmbito e por meio de operações bancárias típicas.”

Embora o contribuinte tenha feito questão de mencionar que as operações foram realizadas por meio de “operações bancárias típicas”, ficou comprovado que a operação de “aumento de capital” não visou seu propósito típico, de destinar os recursos de modo permanente à realização do objeto social da companhia e que as operações de aplicações em CDI’s também não utilizam o instrumento para o seu propósito típico, de permitir que instituições financeiras possam equilibrar suas outras operações financeiras realmente típicas, de intermediação de recursos financeiros.

1.2.2 Do propósito da operação de circulação interna de recursos.

A autoridade fiscal assim descreveu o propósito da operação de circulação interna de recursos:

A Circulação Interna de Recursos Financeiros dentro do Grupo Itaú Unibanco não apresenta motivação econômica ligada à atividade empresarial de qualquer das partes envolvidas, visto que os recursos saem e retornam ao seu ponto inicial, proporcionando somente o registro escritural das transferências realizadas intragrupo.

Realizada ano de 2011, a operação passou a gerar direitos e obrigações escriturais nas empresas envolvidas, como pagamentos/recebimentos de juros, pagamentos/recebimentos de dividendos por lucros, apropriação de resultados de equivalência patrimonial, etc., que, ao serem contabilizados, não apresentaram modificações econômicas para o conglomerado, mas que possibilitaram, de forma irregular, a utilização de vantagens ou benefícios fiscais ao longo da operação.

Com o registro contábil de despesas de juros, o Itaú Unibanco S.A. passou a beneficiar-se fiscalmente com a operação, pela redução das bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

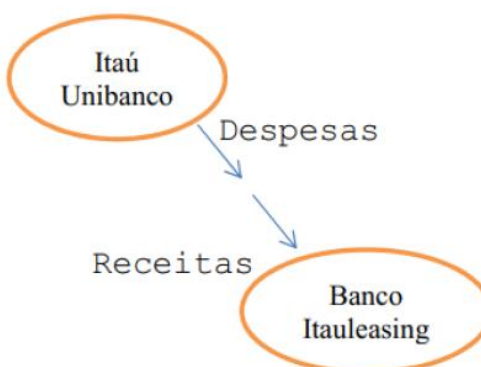
Ainda que se alegue que as despesas do Itaú Unibanco correspondem a receitas registradas em sua controlada – Banco Itauleasing S.A. - devemos considerar:

1º - Despesas Desnecessárias – em seu conceito legal – não se transformam em despesas necessárias pelo reconhecimento de receitas de mesmo valor por outra companhia.

2º - Ainda que se admitisse a ilegal hipótese descrita no item anterior, sob a extrajurídica alegação da “compensação dos tributos”, ou denominação similar, deveria-se, então, verificar se as “correspondentes” receitas compuseram as bases de cálculos dos tributos na outra companhia. O que não aconteceu no caso. Na época dos fatos analisados - 2011 a 2015 - o Banco Itauleasing registrava receitas contábeis por suas operações de arrendamento mercantil, as quais foram irregularmente excluídas da apuração das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, substituídas por receitas ou ganhos relativos a “lucros na alienação dos bens arrendados”, que não integraram as bases de cálculo das referidas contribuições. Ao excluir as receitas provenientes das operações de arrendamento das bases de cálculo das contribuições sociais, restariam bases de cálculos negativas para as referidas contribuições, sem aproveitamento fiscal, caso não fossem infladas pela inclusão de vultosas receitas financeiras, advindas das aplicações financeiras realizadas com os valores dos supostos aumentos de capital (apresentados na etapa 2 da operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros).

Com o pseudo-aumento de capital recebido em 2011, o Banco Itauleasing realizou a operação de aplicação financeira em CDI do Itaú Unibanco, de cerca de R\$ 13 bilhões, que passou a gerar receitas financeiras de juros, das quais uma parte não era tributada pela contribuição ao PIS e Cofins, pois era compensada com os “déficits contábeis” das operações de arrendamento mercantil.

O Grupo Itaú teria criado, desta forma, receitas financeiras que não eram tributadas no Banco Itauleasing e despesas financeiras que eram deduzidas pelo Itaú Unibanco na apuração de todos os tributos (pelo pagamento dos juros das aplicações financeiras).



A descrição das operações de arrendamento mercantil que estavam gerando artificialmente bases de cálculos negativas da Contribuição ao PIS e da Cofins consta no processo administrativo 16327.720411/2017-29, que cuida do lançamento de crédito tributário de PIS e Cofins do anos de 2012 e 2013 no Banco Itauleasing S.A.

O resultado do julgamento final do referido processo é irrelevante para a caracterização da desnecessidade das despesas de juros do contribuinte (infração tratada no presente termo), pois restariam duas hipóteses:

1ª) Se o auto de infração lavrado for julgado improcedente: significa que parte das receitas de juros de suas aplicações financeiras obtidas pelo Banco Itauleasing S.A. não sofreram a incidência das contribuições sociais, (conforme Dacon).

2º) Se o auto de infração lavrado for julgado procedente: recompostas as bases de cálculos das contribuições, as receitas de juros passam a compor a base tributável, todavia, as receitas tributas no Banco Itauleasing S.A. não servem para compensar as despesas desnecessárias registradas pelo Itaú Unibanco S.A., ora glosadas.

Em relação ao Imposto de Renda, ressaltamos que 30% do valor das receitas financeiras registradas pelo Banco Itauleasing nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014 foram excluídos de suas bases de cálculo, por meio da compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores, que ao final de 2010, era de R\$ 3.523.996.609,45, segundo sistema de controle da Receita Federal. Tipo de operação também já combatida nos autos do processo do PAF 16327.721.149/2015-78.

1.3 Da Fraude

Diante os fatos acima narrados, entendeu a autoridade fiscal que o contribuinte cometeu fraude, nos termos do art. 72 da Lei 4.502/64, vez que caracterizado o dolo pela ação intencional do agente em tentar reduzir o valor do imposto por meios ilícitos.

Observa a autoridade fiscal que o contribuinte criou esquema de Circulação Interna de Recursos Financeiros, que não atendiam seus propósitos econômicos e legais, e que serviram somente para embasar o registro de despesas de juros, sobre valores que pertenciam a ele mesmo, reduzindo seu lucro.

O fato de que isoladamente cada operação seja típica e lícita, não afasta a ilicitude presente quando há análise conjunta das operações.

Concatenar duas ou três operações, sejam elas lícitas ou ilícitas, não aufere os efeitos isolados de cada uma, quando utilizadas para simular a transferências de recursos financeiros, que retornam à sua origem, sem qualquer propósito comercial legítimo

1.2.3. Da Auditoria e Apuração dos Tributos Devidos

A autoridade fiscal entendeu que são desnecessárias, para os efeitos tributários, as despesas de juros dos CDI's pagos pelo Itaú Unibanco S.A. à sua controlada Banco Itauleasing, correspondentes aos valores captados que já pertenciam a ele mesmo.

Assim, a fiscalização intimou o contribuinte a apresentar as despesas mensais relacionadas a apropriação de juros, utilizando os valores informados pelo contribuinte na determinação da base de cálculo dos tributos devidos e constituídos por meio do presente auto de infração. Os valores são os seguintes:

(...)

Em decorrência da glosa das despesas de juros, também foi apurado multa pela falta de recolhimento de estimativas mensais nos seguintes valores:

(...)

1.4. Da contribuição ao PIS e COFINS

Destaca a autoridade fiscal que as despesas de juros sobre a recursos financeiros já pertencentes ao próprio sujeito passivo não podem ser utilizados para reduzir as bases de cálculos da PIS e da COFINS.

Não há na lei previsão de deduções ou exclusões da base de cálculo do PIS e da COFINS de despesas originadas em operações estruturadas e criadas para gerar despesas contábeis sem fundamentação econômica.

A intermediação financeira descrita na letra "a" do inciso I do §6º do art. 3º da Lei 9.718/98 corresponde à captação de recursos de terceiros e o consequente empréstimo com cobrança de *spread* pelo banco.

A utilização dos recursos captados de terceiros para circularem internamente nas empresas do grupo e voltarem em instantes ao local de origem para então serem emprestados para outros não configura a intermediação financeira prevista na norma descrita e nem a declarada tipicidade das operações.

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).

O contribuinte foi cientificado pessoalmente do auto de infração em 26/10/2018, apresentando sua impugnação em 27/11/2018. As alegações serão a seguir resumidas.

2. DA IMPUGNAÇÃO

No mérito a impugnante alega em síntese:

1. A operação de aumento de capital social do Banco Itauleasing foi regular, tendo sido aprovada pelo Banco Central do Brasil. O aumento de capital foi efetivamente realizado, não sendo meramente escritural, observando também a lógica empresarial.

1.1 A utilização integral do valores recebidos em aumento de capital em CDIs emitidos pelo Itaú Unibanco não descaracteriza a operação, pois nenhuma empresa bem administrada receberia um aumento de capital e deixaria o dinheiro parado em caixa.

1.2. A impugnante salienta que R\$ 5,5 bilhões foram aportados com recursos já existentes no caixa do Banco Itaúcard, não sendo captado junto ao Itaú Unibanco.

1.3. A operação de captação de recursos junto a terceiros com vistas à realização de um investimento, nesse caso aumento de capital em empresa ligada, é operação usual e regular, tanto que é regulada quanto aos seus efeitos fiscais, com faculdade de diferimento em se tratando de holdings puras.

2. A fiscalização glosou as despesas com juros por elas não serem necessárias, o conceito de necessidade utilizado estaria relacionado ao propósito da operação. Para o impugnante, o conceito de necessidade disposto no art. 299 do RIR/99

não seria esse, mas sim deve ser entendido como necessária as "despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa".

2.1. A determinação do conceito de necessidade para fins da dedução das despesas incorridas pela pessoa jurídica não pode se pautar em critérios subjetivos dos agentes do Fisco, pois enquanto determinado agente poderia achar que uma despesa é necessária às atividades empresariais, outro poderia achar que a mesma despesa não é necessária a tais atividades. O conceito a ser utilizado deverá ser objetivo, com base no art. 299 do RIR/99.

2.1.2. A despesa será necessária e, consequentemente, dedutível, quando 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. Por outro lado, será desnecessária a despesa quando envolver liberalidade da empresa. Mas entenda-se liberalidade no seu sentido objetivo legal, isto é, ato de favor, estranho ao objeto social ou contrário ao previsto no estatuto da empresa.

2.2 Alega que a operação de "circulação interna de recursos financeiros gerou para o Impugnante receitas de DI relativas aos títulos adquiridos do Banco Itaucard no valor total de R\$ 16.525.000.000,00 (R\$ 5.525.000.000,00 + R\$ 5.000.000.000,00 + R\$ 6.000.000.000,00), muito superiores portanto às despesas de DI glosadas, relativas às captações feitas mediante emissão de CDIs adquiridos pelo Banco Itauleasing no valor total de R\$ 12.854.540.000,00 (R\$ 1.860.410.000,00 + R\$ 5.000.000.000,00 + R\$ 5.994.130.000,00). Portanto, as despesas seriam necessárias para a atividade da pessoa jurídica, gerando-lhe receitas.

3. As normas da CVM, Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional (CMN) induziriam à realização de operações visando a geração de lucro para absorvem prejuízos fiscais acumulados. Portanto, não há que se falar em operação desprovida de propósito negocial.

3.1. Por determinação das normas do BACEN e do CMN, as instituições financeiras são obrigadas a manter, permanentemente, um Patrimônio de Referência (PR) superior ao Patrimônio de Referência Exigido (PRE). Um dos componentes do PRE é o PEPR (parcela referente às exposições ponderadas pelo fator de ponderação de risco a elas atribuído), que sofre impacto dos créditos tributários decorrentes de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL (ponderação de 300%). Portanto, quanto maior o crédito tributário decorrente de prejuízos fiscais / bases negativas, maior o Patrimônio de Referência Exigido, em consequência, menor seria o capital disponível para realizar as atividades operacionais típicas de instituições financeiras.

3.2. Por determinação da Resolução CMN nº 3.490/2007 (§§ 2º e 3º do art. 2), o cálculo do PRE será feito de forma consolidada, tendo como base o conglomerado financeiro ou o consolidado econômico-financeiro. Assim, os prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL do Banco Itauleasing impactavam o cálculo do PR e PRE, afetando diretamente a capacidade de obtenção de lucros do Itaú Unibanco e do Banco Itaucard. Portanto, seria medida de boa gestão envidar esforços para a utilização do crédito tributário no menor tempo possível.

3.3 A Deliberação CVM nº 599/2009 aprovou e tornou obrigatório para as companhias abertas a adoção do Pronunciamento Técnico CPC 32. Nesse pronunciamento, o reconhecimento de um Ativo Diferido decorrente de créditos tributários advindos de prejuízos fiscais somente é possível se houver uma expectativa concreta para sua utilização, caso não haja, tal ativo deve ser baixado. Como expectativa concreta para sua utilização, o impugnante destaca que a norma prevê como uma das hipóteses a existência de possíveis oportunidades de planejamentos tributários que criam lucro tributável no período em que prejuízos fiscais ou créditos fiscais não utilizados possam ser utilizados.

4. As despesas financeiras glosadas representam receitas financeiras do Banco Itauleasing, tendo sido oferecidas à tributação por essas instituições financeiras. No presente caso, analisando-se os tributos pagos (IRPJ e CSLL) pelas 3 empresas envolvidas nas operações questionadas, verifica-se que no período de 2012 a 2015, quando do término de todas as referidas operações, o valor pago a maior a título de IRPJ e CSLL pelo Banco Itauleasing superou o valor lançado no caso concreto como tendo sido recolhido a menor pelo Impugnante. A arrecadação total dos tributos quando considerado as operações realizadas superou os valores apurados sem considerar as operações.

4.1. Traz posição doutrinária e jurisprudencial defendendo que a desconconsideração de atos ou negócios jurídicos pela autoridade fiscal deve ser consistente, não cabendo a desconconsideração apenas dos atos com consequência favorável ao fisco, mas sim devendo ser desconconsiderados todos os atos ou negócios. Nesse sentido, caberia a análise da arrecadação global dos tributos.

4.2. Quanto às contribuições para o PIS e a COFINS, entende a impugnante que como as exclusões da base de cálculo realizadas pelo Banco Itauleasing foram objeto de glosa em outro processo, deveria a fiscalização necessariamente partir dessa premissa para sua análise, caso em que, à exclusão procedida pelo Impugnante, evidentemente, corresponderá uma tributação no mesmo valor pelo Banco Itauleasing. Por outro lado, caso seja reconhecida a improcedência daquela autuação, estará confirmada a legitimidade daquelas bases negativas, e nesse caso sua compensação pelo Banco Itauleasing nada mais é do que decorrência direta da aplicação da legislação em vigor.

Como argumentos subsidiários ao mérito, a impugnante alega em síntese:

1. A autoridade fiscal ao calcular o montante do tributo devido a ser constituído por meio de auto de infração deveria considerar os valores de tributos efetivamente pagos, constituindo apenas a diferença. No presente caso, alega a interessada que apurou saldo negativo no período, assim, caberia a fiscalização considerar as estimativas efetivamente pagas sendo objeto de lançamento a diferença entre o tributo efetivamente pago a menor em relação ao que entender devido pela fiscalização.

1.1 Para a impugnante, os valores efetivamente pagos somente poderiam ser descartados caso já houvessem sido compensados por meio de compensação homologada.

1.2 Destaca que os saldos negativos do período foram objeto de PERDCOMP ainda não homologada.

2. Alega que em todas as competências para as quais houve lançamento de multa isolada o impugnante apurou o valor das estimativas devidas com base em sua receita bruta, e não poder balancete de suspensão ou redução, portanto, a glosa de despesas empreendida não interfere no valor de estimativa devida.

3. Não caberia a aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em relação ao lançamento de PIS/COFINS a impugnante alega em síntese:

1. A fiscalização justificou a glosa de despesas financeiras para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS nos mesmos elementos utilizados para o lançamento de IRPJ/CSLL, dessa forma, demonstrada a efetiva necessidade das despesas, devem ser cancelados os lançamentos de IRPJ e CSLL, e consequentemente, o de PIS e COFINS.

2. A fiscalização entendeu que as despesas glosadas não teriam fundamentação econômica, assim, não seriam despesas de intermediação financeira, portanto inaplicável o disposto na alínea "a" do inciso I do § 6º do art. 3 da Lei 9.718/98. Entretanto, argumenta a impugnante que as despesas deduzidas das bases do PIS e da COFINS não são relativas a intermediação financeira, mas sim a despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, devendo ser deduzidas das bases de cálculo do PIS e da COFINS nos termos da alínea "a" do inciso III do art. 1º da Lei 9.701/98 e do §5º do art. 3º da Lei 9.718/98.

3. Caso se entenda correto os valores lançados em relação ao PIS e a COFINS, tais valores deveriam ser deduzidos para fins de apuração do IRPJ e da CSLL constituídos no mesmo procedimento por força do disposto no art. 41 da Lei 8.981/95.

Quanto à qualificação da multa, assim se pronunciou a interessada:

1. Defende a impugnante que não houve a ocorrência de fraude na operação de circulação interna de recursos:

1.1 A operação realizada foi efetiva e real, tendo sido submetida à aprovação do BACEN, e possuía propósito extrafiscal legítimo, tendo em vista que os atos normativos 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

1.2. Eventual discordância acerca do tratamento tributário a ser dado a determinado dispêndio incorrido pela pessoa jurídica não caracteriza hipótese de fraude, a que alude o art. 72 da Lei nº 4.502/64 1.3. A leitura dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 demonstram que está implícito no conceito de fraude a ideia de ocultar das autoridades fiscais a existência da obrigação tributária, o que não ocorreu no presente caso, o Impugnante demonstra convicção quanto à licitude das operações realizadas, não tendo 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.

2. Ainda que as operações tivessem sido realizadas com a única intenção de obter economia tributária, o que se admite apenas para fins de argumentação, a conduta do Impugnante não pode ser classificada como dolosa para efeito da qualificação da multa de ofício.

3. Por fim, demonstrada a inocorrência de fraude, alega a impugnante a decadência parcial dos lançamentos visto que estando todos os tributos lançados sujeitos a lançamento por homologação, operou-se já a decadência quanto ao crédito tributário de IRPJ e CSLL relativamente ao ano-base de 2012, bem como no que diz respeito aos créditos tributários lançados a título de PIS e COFINS relativamente aos meses de competência de janeiro a setembro/2013, pois efetuou os recolhimentos dos valores que entendia devido e foi notificado do lançamento em 26/10/2018.

A DRJ julgou a **impugnação** improcedente através de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS. AUMENTO DE CAPITAL. FALTA DE INTERESSE NEGOCIAL. OPERAÇÕES DISSIMULADAS. APLICAÇÃO DO ART. 299 DO RIR/99.

Correta a glosa de despesa de juros por serem não necessários a atividade da empresa quando comprovado que as operações entre partes relacionadas que as originaram foram dissimuladas.

ARRECADAÇÃO GLOBAL DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 299 DO RIR/99.

Ainda que se prove que as operações entre partes relacionadas acarretaram eventual aumento global de arrecadação, esse fato isoladamente não é suficiente para afastar a aplicação do art. 299 do RIR/99, vez que não reveste as despesas dos requisitos de usualidade e necessidade a permitir a sua dedutibilidade do lucro real.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. OPÇÃO PELA APURAÇÃO COM BASE EM BALANÇO OU BALANCETE DE SUSPENSÃO/REDUÇÃO.

Tendo o sujeito passivo optado por apurar as estimativas mensais com base em balanço ou balancete de suspensão/redução, a glosa de despesas de juros empreendida pela autoridade fiscal impacta o valor das estimativas devidas, portanto, correta a aplicação da multa isolada.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

EXCLUSÃO DOS VALORES DE PIS E COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL EXIGIDOS NO LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que, via de regra, os valores apurados de Contribuição para o PIS e COFINS sejam dedutíveis das bases tributáveis da IRPJ e da CSLL, após a lavratura da autuação, havendo contencioso administrativo, sua exigibilidade resta suspensa, não sendo autorizada tal dedução, nos termos do § 1º do art. 344 do RIR/99.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

DESPESAS DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. CONCEITO QUE ENGLOBA DESPESAS DE CAPTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE DESPESAS ATÍPICAS

O termo Despesa de Intermediação Financeira engloba o conceito de captação, assim, impossível deduzir da base de cálculo do PIS/PASEP despesas de juros geradas em atividades atípicas de instituições financeiras, vez que originadas em operações dissimuladas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

DESPESAS DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. CONCEITO QUE ENGLOBA DESPESAS DE CAPTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE DESPESAS ATÍPICAS

O termo Despesa de Intermediação Financeira engloba o conceito de captação, assim, impossível deduzir da base de cálculo do PIS/PASEP despesas de juros geradas em atividades atípicas de instituições financeiras, vez que originadas em operações dissimuladas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. OPERAÇÕES DISSIMULADAS. APLICAÇÃO.

Comprovado pela autoridade fiscal que o sujeito passivo construiu operações dissimuladas com o único intuito de reduzir sua base de tributos fica caracterizada a fraude, assim, correta a qualificação da multa com base no art. 72 da lei 4.502/64.

Em **27/06/2019**, o contribuinte foi cientificado da decisão da DRJ (Termo fl. 1996). Ainda irresignado, em **29/07/2019** (Termo fl. 1997), apresentou **Recurso Voluntário** no qual aduz:

I – QUANTO AOS LANÇAMENTOS DE IRPJ E CSL

I.1 – As operações realizadas pelo Recorrente possuem efetiva substância econômica, não se tratando de mera movimentação escritural de valores, sujeitando-se inclusive (no caso do aumento e redução de capital) à aprovação do Banco Central do Brasil, o que evidentemente não teria ocorrido se as operações não fossem regulares.

I.2. – A realização de operações legítimas visando à geração de lucros capazes de absorver os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSL é propósito negocial legítimo, induzido por normas do CMN, BACEN e CVM, e não afasta a necessidade das despesas incorridas pelo Recorrente.

I.3 – No caso concreto, as operações realizadas geraram para o Recorrente receitas de DI muito superiores às despesas de DI glosadas, sendo inquestionável que tais operações de fato contribuíram para as suas atividades operacionais, não havendo como se negar a legitimidade das despesas financeiras decorrentes das operações de DI adquiridos do Banco Itauleasing à luz das diretrizes objetivas do art. 299 do RIR/99.

I.4 – A alegação fiscal de que as operações em questão teriam sido realizadas com o único propósito de obter vantagens fiscais cai por terra quando se constata que, no caso concreto, as operações narradas pela fiscalização geraram para o Recorrente e para o Banco Itauleasing a obrigação de recolher IRPJ e CSL em valores maiores do que os que teriam sido recolhidos se aquelas operações não tivessem sido realizadas.

I.5 – Na hipótese de os lançamentos não serem integralmente cancelados, subsidiariamente (i) faz-se necessária a recomposição das bases de cálculo dos IRPJ e CSL lançados em função dos saldos negativos apurados nos períodos autuados; e (ii) quanto às multas isoladas lançadas, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não cabe a sua aplicação concomitante com a multa de ofício, mesmo após a Lei nº 11.488/07.

II – QUANTO AOS LANÇAMENTOS DE PIS/COFINS

II.1 – Há expressa previsão legal autorizando a dedução das despesas de captação realizadas no mercado interfinanceiro das bases de cálculo do PIS/COFINS, não se aplicando a essas contribuições sociais as regras específicas do IRPJ/CSL.

II.2 – Sendo mantidos total ou parcialmente os lançamentos de PIS/COFINS, deve ser admitida a dedutibilidade dos valores lançados das bases de cálculo do IRPJ/CSL.

III – QUANTO À QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Em qualquer hipótese, não cabe o lançamento da multa de ofício qualificada, na medida em que no caso concreto não se vislumbra a ocorrência de fraude ou qualquer outra conduta que justificasse a imputação da multa de ofício no percentual de 150%.

III.1 – A simples intenção de obtenção de economia tributária, único argumento que no entender da fiscalização justificaria a lavratura dos autos de infração em questão, não pode ser tida como dolo para a qualificação da multa de ofício.

III.2 – Diante da inexistência de fraude no caso concreto, sendo todos os tributos lançados sujeitos ao chamado lançamento por homologação, operou-se a decadência quanto aos créditos tributários do IRPJ e CSL, relativamente ao ano-

base 2012, e do PIS e COFINS, em relação aos meses de janeiro a setembro de 2013.

Por fim, o contribuinte requereu o provimento integral de seu recurso e a declaração da total insubsistência do auto de infração.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou **contrarrazões** às fls.3039-56, através da qual alega, em síntese, que:

- O planejamento efetivado pelo Grupo Itaú consistiu na “circulação de recursos” entre as três empresas (Itaú Unibanco, Itaúcard e Itaúleasing), através de operações sem substância, que geraram receitas e despesas financeiras para as empresas, todavia, restou demonstrado pela Fiscalização que todos os recursos envolvidos são de propriedade do Recorrente, e que houve um mero “trânsito” de valores entre as empresas do grupo econômico, sem representar efetivamente investimento ou empréstimo para resolver problemas de liquidez;

- Argumenta que não houve nenhuma justificativa empresarial, mercantil, para essa circulação de recursos, a não ser a geração de despesa dedutível em determinadas empresas do grupo Itaú, e de receitas correspondentes em outras empresas do mesmo grupo, as quais sofreram o abatimento de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL. De fato, não se tratou de empréstimo entre bancos para resolver problemas de liquidez;

- Acrescenta que o Recorrente, no seu recurso voluntário, não logrou êxito em apresentar nenhuma justificativa mercantil, empresarial, para essa “circulação de recursos”, a não ser uma suposta “necessidade” de gerar receitas em determinadas empresas do grupo Itaú, para compensar prejuízos;

- Afirma que haveria um enorme equívoco no argumento do Recorrente, de que o aproveitamento de prejuízos do Unibanco seria induzido por normas de regulação bancária, pois, inexistente qualquer norma regulamentar que determine ao Recorrente a realização de “esquemas de circulação de recursos” para obter a compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL;

- Aduz ainda que o laudo elaborado pela KPMG para o Recorrente não auxilia a resolução do litígio, uma vez que, ao se expurgar as receitas e despesas decorrentes apenas das transações com CDI, chega-se apenas a uma situação hipotética, em que as operações de circulação de recursos não teriam ocorrido. Acrescenta que o Recorrente deveria ter demonstrado que apesar da ocorrência das operações de circulação de recursos, a arrecadação *global* não teria sido afetada, porque a dedução da despesa, em uma empresa do Grupo Itaú, teria sido contrabalançada pela tributação de uma receita em outra empresa;

- Defende não ser 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, pois isto afrontaria o instituto da compensação tributária, ao se extinguir 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;

- Argumenta que após a alteração legislativa promovida pela Lei n.11.488/2007 é possível a concomitância da multa isolada com a multa de ofício;

- Acerca da exigência de PIS/COFINS, trata-se na verdade de lançamento reflexo/decorrente, uma vez que, como bem argumentado pela autoridade de primeira instância, “as despesas não poderiam ser deduzidas das bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois foram geradas em operações atípicas das instituições financeiras e dissimuladas”, como amplamente demonstrado pela autoridade fiscal;

- Quanto à multa qualificada, defende que foi demonstrado que o auto de infração está baseado na desconsideração de operações de aumento de capital e empréstimo de recursos, que foram utilizadas para dissimular a “produção” de despesas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e em razão da dissimulação, restou caracterizada a fraude;

- Como consequência da aplicação da multa qualificada, não há que se falar em decadência.

Ao final, a PFN requer que seja negado provimento ao recurso do contribuinte.

É o relatório.

Voto

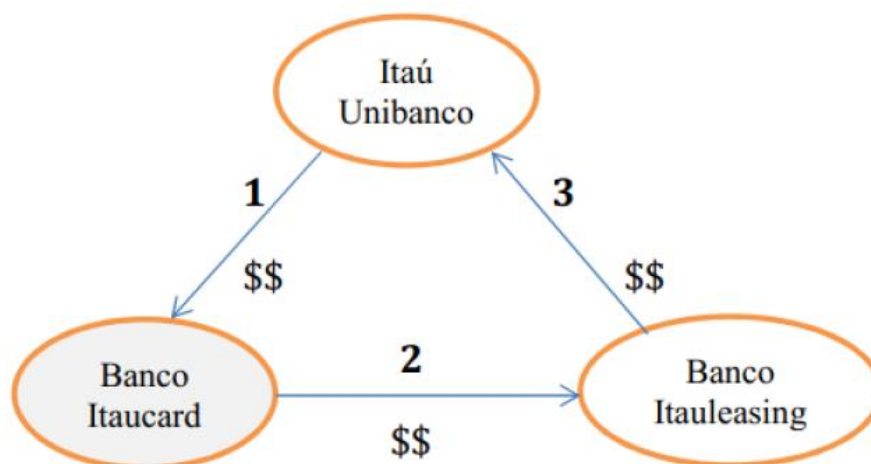
Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

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

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL, bem como PIS e COFINS reflexos, referentes aos anos-calendários 2012 a 2015, decorrentes de glosa de despesas consideradas desnecessárias. Ao lançamento foi aplicada multa de ofício qualificada, na medida em que a autoridade fiscal considerou que a operação foi dissimulada, enquadrando-se na hipótese de fraude (art.72 da Lei n.4502/64), bem como foram autuadas multas isoladas por falta de recolhimento de estimativa mensal.

A autoridade fiscal descreve a operação como uma Circulação Interna de Recursos Financeiros envolvendo o Banco Itaucard S.A., o Itaú Unibanco S.A. (controlador do grupo financeiro) e Banco Itauleasing S.A.. Segundo o Auditor, nessa operação houve o trânsito de valores pelas contas bancárias e contábeis dos envolvidos, criando suposta obrigação ao pagamento de juros ao controlador, apropriados como despesas, e consequentemente, gerando redução da base tributável. O diagrama abaixo produzido pela autoridade fiscal demonstra essa circulação:

Fl. 19 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45



O fluxo financeiro está resumido pelas setas acima, que indicam as seguintes movimentações, segundo o TVF (fl.65):

1 – O Itaú Unibanco (controlador do Grupo) transfere recursos financeiros para o Itaucard, em operação de aquisição de CDI's, emitidos pelo Banco Itaucard;

2 – O recursos recebidos pelo Banco Itaucard são repassados para o Banco Itauleasing, em operação denominada de “aumento de capital”;

3 – O Itauleasing devolve os recursos para o Itaú Unibanco, em operação de aquisição de CDI's, emitidos pelo Itaú Unibanco.

Em verdade, na etapa 3 houve não apenas a aquisição de CDI's, como a quitação de CDI's anteriormente emitidos.

Após analisar minuciosamente cada etapa da circulação de recursos, concluiu:

A Circulação Interna de Recursos Financeiros dentro do Grupo Itaú Unibanco não apresenta motivação econômica ligada à atividade empresarial de qualquer das partes envolvidas, visto que os recursos saem e retornam ao seu ponto inicial, proporcionando somente o registro escritural das transferências realizadas intragrupo.

Realizada ano de 2011, a operação passou a gerar direitos e obrigações escriturais nas empresas envolvidas, como pagamentos/recebimentos de juros, pagamentos/recebimentos de dividendos por lucros, apropriação de resultados de equivalência patrimonial, etc., que, ao serem contabilizados, não apresentaram modificações econômicas para o conglomerado, mas que possibilitaram, de forma irregular, a utilização de vantagens ou benefícios fiscais ao longo da operação.

Com o registro contábil de despesas de juros, o Itaú Unibanco S.A. passou a beneficiar-se fiscalmente com a operação, pela redução das bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Em contrapartida às despesas registradas pelo Itaú Unibanco, teria havido o registro de receitas no Itaú Leasing, em relação a tal fato, a autoridade fiscal consigna que:

Ainda que se alegue que as despesas do Itaú Unibanco correspondem a receitas registradas em sua controlada – Banco Itauleasing S.A. - devemos considerar:

Fl. 20 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

1º - Despesas Desnecessárias – em seu conceito legal – não se transformam em despesas necessárias pelo reconhecimento de receitas de mesmo valor por outra companhia.

2º - Ainda que se admitisse a ilegal hipótese descrita no item anterior, sob a extrajurídica alegação da “compensação dos tributos”, ou denominação similar, deveria-se, então, verificar se as “correspondentes” receitas compuseram as bases de cálculos dos tributos na outra companhia. O que não aconteceu no caso.

Na época dos fatos analisados - 2011 a 2015 - o Banco Itauleasing registrava receitas contábeis por suas operações de arrendamento mercantil, as quais foram irregularmente excluídas da apuração das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, substituídas por receitas ou ganhos relativos a “lucros na alienação dos bens arrendados”, que não integraram as bases de cálculo das referidas contribuições. Ao excluir as receitas provenientes das operações de arrendamento das bases de cálculo das contribuições sociais, restariam bases de cálculos negativas para as referidas contribuições, sem aproveitamento fiscal, caso não fossem infladas pela inclusão de vultosas receitas financeiras, advindas das aplicações financeiras realizadas com os valores dos supostos aumentos de capital (apresentados na etapa 2 da operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros).

(...)

O Grupo Itaú teria criado, desta forma, receitas financeiras que não eram tributadas no Banco Itauleasing e despesas financeiras que eram deduzidas pelo Itaú Unibanco na apuração de todos os tributos (pelo pagamento dos juros das aplicações financeiras). (grifei)

Por fim, o Auditor Fiscal concluiu que a montagem da operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros configurou fraude, tendo como agente o Itaú Unibanco S.A., ao tentar impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos pela inserção de despesas desnecessárias, criadas artificialmente, na determinação (redução) de seu lucro e/ou resultado apurado em cada período.

O contribuinte apresentou impugnação, a qual foi julgada improcedente pelo Colegiado da DRJ. Ainda irrisignado, apresenta recurso voluntário, através do qual alega em síntese que as operações realizadas possuem efetiva substância econômica, que a realização de operações legítimas visando à geração de lucros capazes de absorver os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSL é propósito negocial legítimo, induzido por normas do CMN, BACEN e CVM, e não afasta a necessidade das despesas incorridas pelo Recorrente.

Acrescenta que, no caso concreto, as operações realizadas geraram para o Recorrente receitas de DI muito superiores às despesas de DI glosadas, sendo inquestionável que tais operações de fato contribuíram para as suas atividades operacionais, não havendo como se negar a legitimidade das despesas financeiras decorrentes das operações de DI adquiridos do Banco Itauleasing à luz das diretrizes objetivas do art. 299 do RIR/99.

A Recorrente apresenta laudo da KPMG e argumenta que a alegação fiscal de que as operações em questão teriam sido realizadas com o único propósito de obter vantagens fiscais cai por terra quando se constata que, no caso concreto, as operações narradas pela fiscalização geraram para o Recorrente e para o Banco Itauleasing a obrigação de recolher IRPJ e CSL em valores maiores do que os que teriam sido recolhidos se aquelas operações não tivessem sido realizadas.

Fl. 21 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

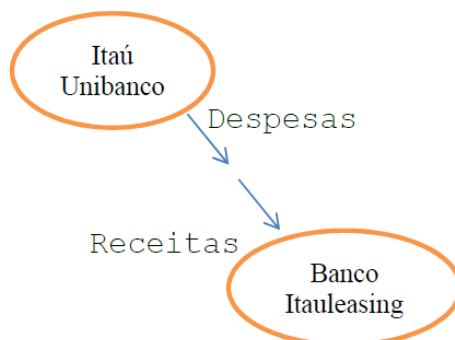
Defende ainda que os efeitos da desconsideração dos negócios jurídicos seja *consistente*, nesse sentido, se desconsiderada a despesa incorrida pelo Itaú Unibanco, na mesma medida deveria ser desconsiderada a receita auferida pelo Itaú Leasing na mesma operação. Nesse sentido, segundo a Recorrente, deveria ser considerada 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 haveria qualquer prejuízo ao Fisco.

Primeiramente, há de se ressaltar que o planejamento tributário engendrado pelo Grupo Itaú poderia ter por objetivo não a redução do tributo *devido* pelo grupo como um todo, mas sim a redução do tributo *a pagar* através da utilização de prejuízos fiscais acumulados no Itaú Leasing ou simplesmente a compensação de prejuízos fiscais em limites superiores ao permitido legalmente. Isto porque o lucro decorrente da contrapartida da receita no Itaú Leasing foi consumido pelos prejuízos fiscais acumulados.

Então não procede o argumento da Recorrente de que inexistente prejuízo ao erário. O prejuízo existe na medida em que o planejamento tributário implicou redução de tributos a pagar pelo Grupo Itaú através da antecipação de compensação de prejuízos que somente poderiam ocorrer no futuro, quando o Itaú Leasing obtivesse resultado positivo.

Tal fato restou devidamente consignado no TVF:

O Grupo Itaú teria criado, desta forma, **receitas financeiras que não eram tributadas no Banco Itauleasing** e despesas financeiras que eram deduzidas pelo Itaú Unibanco na apuração de todos os tributos (pelo pagamento dos juros das aplicações financeiras).



A descrição das operações de arrendamento mercantil que estavam gerando artificialmente bases de cálculos negativas da Contribuição ao PIS e da Cofins consta no processo administrativo 16327.720.411/2017-29, que cuida do lançamento de crédito tributário de PIS e Cofins do anos de 2012 e 2013 no Banco Itauleasing S.A.

O resultado do julgamento final do referido processo é irrelevante para a caracterização da desnecessidade das despesas de juros do contribuinte (infração tratada no presente termo), pois restariam duas hipóteses:

1ª) Se o auto de infração lavrado for julgado *improcedente*: significa que parte das receitas de juros de suas aplicações financeiras obtidas pelo Banco Itauleasing S.A. não sofreram a incidência das contribuições sociais, (conforme Dacon).

2ª) Se o auto de infração lavrado for julgado *procedente*: recompostas as bases de cálculos das contribuições, as receitas de juros passam a compor a base tributável, todavia, as receitas tributas no Banco Itauleasing S.A. não servem para compensar as despesas desnecessárias registradas pelo Itaú Unibanco S.A., ora glosadas.

Fl. 22 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Em relação ao Imposto de Renda, ressaltamos que 30% do valor das receitas financeiras registradas pelo Banco Itauleasing nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014 foram excluídos de suas bases de cálculo, por meio da compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores, que ao final de 2010, era de R\$ 3.523.996.609,45, segundo sistema de controle da Receita Federal. Tipo de operação também já combatida nos autos do processo do PAF 16327.721.149/2015-78.

O auditor fiscal faz referência ao processo administrativo **16327.720.411/2017-29**, no qual teriam sido tributadas as receitas decorrentes das operações de arrendamento mercantil que estavam gerando bases de cálculos negativas da Contribuição ao PIS e da Cofins no Banco Itauleasing S.A.

Em consulta ao *site* do CARF, constata-se que a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção, através do acórdão n. 3301-006.040, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte e negou provimento o recurso de ofício, cancelamento integralmente a autuação. Sendo assim, consumou-se a hipótese do item “1” acima, demonstrando que parte das receitas de juros de suas aplicações financeiras obtidas pelo Banco Itauleasing S.A. não sofreram a incidência das contribuições sociais, pois foram compensadas com as bases negativas do PIS e da COFINS resultantes de suas operações de arrendamento mercantil.

Não cabe neste momento questionar se a decisão foi ou não acertada, mas tão somente analisar os efeitos daquela decisão (acórdão n. 3301-006.040) neste processo. Ou seja, restou comprovada a não tributação de parte da receita financeira auferida pelo Banco Itauleasing.

O Auditor Fiscal também cita um segundo processo de n. **16327.721149/2015-78**, no qual o Itaú Unibanco foi autuado nos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 por infração caracterizada por glosa de despesas de captação de CDI, consideradas desnecessárias. Nesse processo a autoridade autuante analisou a reorganização societária decorrente da unificação das operações financeiras entre as instituições Itaú e Unibanco, tendo considerado que o aporte de capital 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 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. O auditor concluiu que por entender que "não cabe no conceito de despesa necessária, aquela feita sem propósito empresarial", a autoridade autuante considerou que as despesas com depósitos interfinanceiros registradas no Itaú Unibanco careciam dos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, não se enquadrando entre aquelas consideradas dedutíveis nos termos do art. 299 do Decreto nº 3.000/1999.

A 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção 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

Fl. 23 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 admita 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), em operações bastantes semelhantes àquelas que nos deparamos no presente, as despesas foram consideradas desnecessárias pela Turma Ordinária do CARF, em decisão da qual não cabe mais recurso sobre a matéria.

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 não ter sofrido alteração. Tal argumento não procede. Conforme passo a expor.

A Recorrente apresenta a seguinte tabela que resumiria os efeitos fiscais no resultado global do Grupo (fl.2040):

Resultado Global - Visão SEM DI		
Descrição	DE 2012 a 2015	
Receitas com DI (Itaú)	3.353.859.488,29	
Receitas de DI	3.353.859.488,29	
Efeitos Fiscais	Bases PF e BN	IRPJ e CSLL
Prejuízo Fiscal Compensado a maior	799.579.166,93	199.894.791,73
IRPJ recolhido a maior	-	609.419.998,33
Base Negativa da CSL Compensada a maior	-	-
CSLL recolhida a maior		482.265.775,26
Total - Cred.Tributário, IRPJ e CSLL a MAIOR	799.579.166,93	1.291.580.565,32

Observa-se que essa tabela não se presta a demonstrar os prejuízos efetivamente causados ao Erário, uma vez que limita-se às receitas decorrentes de Depósitos Interbancários (DI), mas deixa de lado as receitas decorrentes de operações de leasing realizadas pelo Banco Itaú Leasing e que estavam gerando bases negativas do PIS e da COFINS, bem como prejuízos acumulados ao longo dos anos.

Fl. 24 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

O planejamento tributário foi elaborado justamente para que houvesse essa “compensação” de receitas auferidas com outras atividades desenvolvidas pelo Banco Itauleasing, e que ao fim e ao cabo, resultaram em tributos efetivamente recolhidos a menor, quando analisada a totalidade das receitas e despesas e os tributos apurados pelo Grupo Itaú.

E neste mesmo sentido manifestou-se o Colegiado *a quo*:

Um eventual aumento momentâneo de arrecadação em um período não é suficiente para comprovar que não houve lesão ao erário em decorrência de supostas operações criadas intra-grupo. Destaque-se que sequer está comprovado esse aumento de arrecadação, vez que os cálculos do contribuinte não consideraram o impacto gerado na arrecadação do PIS e da COFINS.

Não há como se conceber, como prática de boa gestão empresarial, que o sujeito passivo crie operações dissimuladas de circulação de recursos intra-grupo para ao final aumentar o valor arrecadado de tributos.

Analizando a planilha anexada pelo contribuinte (doc.4) não é possível se concluir que com a operação de circulação interna de recursos financeiros houve aumento da arrecadação global de tributos. Tal cálculo efetivado pelo sujeito passivo compara os valores arrecadados pelo Banco Itauleasing com e sem a operação, concluindo que com a operação houve arrecadação a maior de IRPJ no valor de R\$ 609.419.998,33 e de CSLL no valor de R\$ 482.265.775,26, sem considerar os efeitos na arrecadação de tributos no Banco Itaúcard e Itaú Unibanco.

Portanto, ainda que um eventual aumento na arrecadação global de tributos não seja suficiente para afastar a aplicação do art. 299 do RIR/99 quando comprovado que as despesas foram geradas a partir de operações dissimuladas, no presente caso, o sujeito passivo não conseguiu comprovar que de fato houve um aumento na sua arrecadação global de tributos.. (grifei)

O contribuinte questiona a decisão da DRJ, e afirma que considerou todo o período autuado e que o resultado foi favorável ao Fisco. Destaca que inicialmente fez um estudo englobando apenas o IRPJ e a CSLL, mas que solicitou à KPMG novo estudo incluindo os efeitos no PIS e na COFINS, e que ainda assim o resultado teria sido mais favorável à Fazenda Pública.

Reitera-se que tal estudo não poderia se limitar apenas às receitas e despesas decorrentes das operações de DI, e para que se pudesse afirmar que não houve prejuízo ao Fisco, faz-se mister calcular o impacto do planejamento tributário sobre o conjunto das operações do Grupo Itaú.

Isto porque, conforme devidamente abordado no TVF o Banco Itauleasing possuía bases de cálculo negativas para o PIS e a COFINS que foram compensadas com as receitas financeiras decorrentes das operações com DI.

A Recorrente cita o acórdão n. 1402-002.066, através do qual o I. Relator negou provimento aos recursos de ofício e voluntário num processo da Companhia Paranaense de Energia. Primeiramente há de se ressaltar que o acórdão citado como paradigma aborda situação fática distinta daquela abordada nos presentes autos, uma vez que naquele processo o Relator afastou a glosa de uma parcela das despesas, por considerar que não houve prejuízo ao Erário, e manteve outra parcela da autuação, referente ao repasse de recursos sem a cobrança de encargos ou em percentuais inferiores. Transcreve-se parte da ementa:

Fl. 25 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

REPASSE PARA SUBSIDIÁRIA INTEGRAL, OPERACIONAL, DE RECURSOS CAPTADOS MEDIANTE EMPRÉSTIMOS, SEM OBTENÇÃO DE VANTAGEM TRIBUTÁRIA ILÍCITA. IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA DE DIFERENÇA DE JUROS.

Não pode ser considerado desnecessário o repasse de recursos captados de terceiros mediante empréstimo para subsidiária integral, mesmo à taxa inferior àquela suportada, quando comprovadamente não se trata de artifício para obtenção de vantagem tributária ilícita, posto que ambas as empresas são tributadas com base no lucro real, sendo que o lucro da subsidiária é superior ao lucro da controladora e, em um dos exercícios, a subsidiária apresentou imposto devido, e a controladora não.

(...)

IRPJ. GLOSA. ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMOS REPASSADOS A CONTROLADAS.

Na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL somente são dedutíveis os encargos financeiros de empréstimos indispensáveis à manutenção da fonte produtora. Considera-se liberalidade o repasse, a terceiros, de valores sem a cobrança de encargos ou em percentuais inferiores.

(...)

Pois bem, na jurisprudência apresentada pela Recorrente, constatou-se que não houve prejuízo ao Fisco, tendo em vista que controladora e subsidiária eram optantes pelo lucro real e a subsidiária apurava lucro superior ao da controlada, ao mesmo tempo em que foi considerada uma liberalidade a concessão de empréstimos sem encargos financeiros. Ou seja, a situação fática daquele processo difere completamente da operação discutida nos presentes autos.

Enquanto naquele processo, na análise de um dos pontos não se vislumbrou prejuízo à Fazenda Pública, nos presentes autos, esse prejuízo para o Fisco restou devidamente caracterizado.

A Recorrente argumenta que:

Saliente-se, por fim, que em relação às contribuições ao PIS e COFINS, em que pese o silêncio da r. decisão recorrida a respeito dessa questão, os argumentos da fiscalização são no mínimo contraditórios. Com efeito, se ela própria sustenta que as exclusões da base de cálculo realizadas pelo Banco Itauleasing no período são indevidas e já foram objeto de glosa pela fiscalização, deveria necessariamente partir dessa premissa para sua análise, caso em que evidentemente à exclusão procedida pelo Recorrente corresponderá a uma tributação no mesmo valor pelo Banco Itauleasing. Por outro lado, vindo a ser reconhecida a improcedência daquela autuação, como se espera, estará confirmada a legitimidade daquelas bases negativas, e nesse caso sua compensação pelo Banco Itauleasing nada mais é do que decorrência direta da aplicação da legislação em vigor.

Mostra-se improcedente tal argumento, posto que não poderia a autoridade fiscal considerar que a existência de um auto de infração no Banco Itauleasing impondo tributação à receita de leasing já seria suficiente para justificar a legitimidade da despesa no Itaú Unibanco, primeiramente porque um lançamento não poderia ser condicional, a depender do resultado do outro lançamento, ao mesmo tempo em que, como dito anteriormente, o fato de a receita ser tributada numa ponta, não transforma a despesa em necessária no outro polo da relação contratual.

Fl. 26 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Com efeito, após a análise da autuação no Banco Itauleasing, restou pacificado que a receita financeira obtida pelo mesmo não foi tributada, na medida em que foi compensada com os prejuízos das operações obtidas nas operações de leasing.

Dessarte, os argumentos trazidos pela Recorrente não conseguem infirmar a acusação fiscal de que a despesa era desnecessária para o Itaú Unibanco, devendo ser excluída da base de cálculo para fins de apuração do lucro real.

O Auditor Fiscal demonstrou que a operação de circulação interna de recursos financeiros não teve outra finalidade que não a redução da carga tributária nas empresas que compõem o Grupo Itaú, através da criação artificial de despesas desnecessárias na Recorrente, em contrapartida a receitas financeiras que não foram tributadas no Banco Itauleasing.

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 está preocupado com a repercussão *tributária* na emissão e resgate dos CDI (Certificado de Depósito Interbancário). A análise do Banco Central está focada na liquidez das instituições e no Patrimônio de Referência. Inclusive, no que diz respeito ao Patrimônio de Referência, o Patrimônio de Referência - PR 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. Pelo contrário, do ponto de vista do Bacen, um conjunto de operações que implique utilização de prejuízo fiscal acumulado numa das instituições financeiras (Banco Itauleasing) 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

Fl. 27 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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).

Sob a ótica do Bacen, não há problema algum 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 aumenta a liquidez e diminui a exposição de risco do Grupo Itaú.

Todavia, o aumento da liquidez do Grupo Itaú vem a reboque da evasão tributária.

A própria Recorrente reconhece o objetivo de consumir o máximo de prejuízo acumulado em uma das empresas do grupo (Banco Itauleasing), tendo em vista que este prejuízo aumenta o risco da Instituição e provoca no aumento do Patrimônio de Referência Exigido, na proporção de 300%, conforme declara em seu recurso (fl. 2025):

Por outro lado, parte das exposições que compõem o PEPR corresponde aos créditos tributários, sendo que aqueles relativos a prejuízos fiscais e bases negativas da CSL sujeitam-se a uma ponderação de 300%, de modo que a consequência disso é que **quanto maior o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais/base negativa, maior o Patrimônio de Referência Exigido (na proporção de 300% do crédito).**

Por fim, a norma regulamentar exige que se considere para efeitos do PEPR um mínimo de 11% do total das exposições ponderadas.

Ou seja, exige-se das instituições financeiras que mantenham permanentemente um comprometimento de capital ("Patrimônio de Referência Exigido") composto pela somatória de diversos elementos, um dos quais (o PEPR) equivalente no mínimo a 11% das exposições ponderadas, dentre elas o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL, ponderado a 300%.

Fl. 28 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Significa isso dizer, portanto, 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! (destaques originais e nosso)

Com efeito, resta claro que as operações com Depósito Interbancário (DI) tiveram por finalidade exclusiva a redução da carga total de tributos do Grupo Itaú, através da utilização de prejuízos fiscais no Banco Itauleasing e a criação de despesas desnecessárias no Itaú Unibanco, entre outros efeitos tributários que prejudicaram o Erário e foram objeto de lançamento em outros processos.

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

No caso em tela, a Recorrente e outras empresas do Grupo Itaú se utilizaram de Depósitos Interbancários para circular recursos financeiros e com isso gerar receitas financeiras que para serem compensadas com prejuízos decorrentes de operações de leasing no Banco Itauleasing, 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.

Em **29/09/2011** o Itaú Unibanco transferiu ao Itaucard o valor de R\$ 11 bilhões para através de aquisição de CDI. Nesse mesmo dia **29/09/2011**, o Banco Itauleasing transfere ao Itaú Unibanco o valor de aproximadamente R\$ 10,99 bilhões, também a título aquisição de CDI. Ou seja, no mesmo dia, os valores saem e retornam à Recorrente. Este fluxo financeiro foge ao escopo da emissão e resgate dos Depósitos Interbancários, posto que não há que se falar em excedente e déficit. Transcrevo excerto do TVF (fls. 66-67):

Etapla 2.1 – Em 29/09/2011, o Itaú Unibanco transfere os R\$ 11 bilhões para o Banco Itaucard, por meio da aquisição de 2 CDIs.

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CO8	21/09/2012
29/09/2011	6.000.000.000,00	DI001101CO9	21/09/2012

Etapla 2.2 – O valor então “captado” pelo Itaucard – R\$ 11 bilhões - é transferido para o Itauleasing pela integralização da segunda tranche do “aumento de capital”.

Verifica-se que os mesmos R\$ 11 bilhões utilizados pelo Itaucard para realização da primeira tranche do aumento de capital do Itauleasing foi utilizado para a integralização da segunda tranche, de mesmo valor.

Etapla 2.3 – O valor recebido pelo Itauleasing é devolvido na mesma data ao Itaú Unibanco por meio da aquisição de dois CDI's:

Fl. 29 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CTO	21/09/2012
29/09/2011	5.994.130.000,00	DI001101CTP	21/09/2012

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 possuiu 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 IASB¹.

(...)

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

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.

¹ International Accounting Standards Board

Fl. 30 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 da carga tributária.

A Recorrente defende que as operações realizadas apresentam 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 *“Com efeito, a compensação dos prejuízos do Banco Itauleasing viabilizada pelas operações realizadas consistia 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”*(fl. 2032).

Já foi esclarecido alhures que não houve reflexo favorável ao Erário, mas sim redução na arrecadação global do Grupo Itaú, o que foi objeto de vários autos de infração por parte da Receita Federal (processos n. 16327.721149/2015-78, 16327.720411/2017-29 e 16327.720946/2018-51, este último citado nas contrarrazões da PGFN e ainda não julgado no CARF).

Outrossim, 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:

Fl. 31 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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.

Ou seja, o Bacen e a CVM prezam pela saúde financeira das instituições bancárias, mas não estimulam práticas de sonegação fiscal como instrumento para aumentar a liquidez das mesmas.

A Recorrente cita a prática da 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. Pode ter sido a operação efetuada pelo Banco Itauleasing, mas que não está em discussão no presente processo. Neste sentido, despidi sua análise.

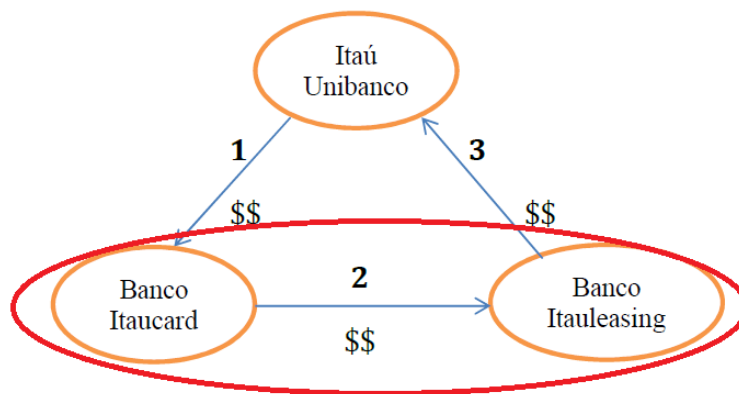
A Recorrente afirma que “*não há dúvida de que aplicações financeiras entre instituições financeiras são operações normais e usuais, tendo o Conselho Monetário Nacional regulamentado expressamente os Depósitos Interfinanceiros, como instrumento de captação de recursos ou de aplicação de recursos excedentes 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 redução da arrecadação global. Há de ressaltar que houve a saída de R\$ 11 bilhões do Itaú Unibanco no dia 29/09/2011 e o retorno da quase

Fl. 32 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

totalidade deste valor no mesmo dia. Logo, não há que se falar em excedente nem em necessidade de suprir o fluxo de caixa.

Além da operação com DI, sem que houvesse necessidade, houve ainda a integralização de capital do Banco Itaúcard no Banco Itaúleasing, com o objetivo de fazer circular os recursos financeiros, que depois retornariam à Recorrente. Essa operação consta do esquema abaixo e está representado pelo item seta '2':



Na etapa 2, os recursos recebidos pelo Banco Itaúcard são repassados para o Banco Itaúleasing através de “aumento de capital”. Segue resumo dessa etapa:

Etapa 2.1 – Em 29/09/2011, o Itaú Unibanco transfere os R\$ 11 bilhões para o Banco Itaúcard, por meio da aquisição de 2 CDIs.

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CO8	21/09/2012
29/09/2011	6.000.000.000,00	DI001101CO9	21/09/2012

Etapa 2.2 – **O valor então “captado” pelo Itaúcard – R\$ 11 bilhões - é transferido para o Itaúleasing pela integralização da segunda tranche do “aumento de capital”.**

Verifica-se que **os mesmos R\$ 11 bilhões utilizados pelo Itaúcard para realização da primeira tranche do aumento de capital do Itaúleasing foi utilizado para a integralização da segunda tranche, de mesmo valor.**

Etapa 2.3 – O valor recebido pelo Itaúleasing é devolvido na mesma data ao Itaú Unibanco por meio da aquisição de dois CDI's:

Data da Operação	Valor Principal	Código do Ativo	Vencimento
29/09/2011	5.000.000.000,00	DI001101CTO	21/09/2012
29/09/2011	5.994.130.000,00	DI001101CTP	21/09/2012

Detalhes da Etapa 2 – O “Aumento de Capital” do Banco Itaúleasing S.A. –

A operação de transferência de recursos financeiros do Itaúcard para o Itaúleasing foi feita por meio de operação denominada de “Aumento de Capital Social”, realizada sob a aparência da forma prevista e regulada na Lei 6.404/64:

(...)

Fl. 33 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Ressalte-se que 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 aumento2).

O “aumento de capital” no Banco Itauleasing - de R\$ 22.000.000.000,00 (Vinte e dois bilhões de reais) - 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 - Itaú Unibanco - em operações correspondentes às etapas 1.3 e 2.3 descritas.

Os R\$ 22 bilhões recebidos pelo foram devolvidos ao Itaú Unibanco, utilizados em duas finalidades:

1 – Liquidação de CDI's, de cerca de R\$ 9,1 bilhões, emitidos em março de 2011, que haviam sido adquiridos pelo Itaú Unibanco3.

2 – Aplicação de cerca de R\$ 12,9 bilhões em CDI's emitidos pelo Itaú Unibanco, para geração de receitas financeiras contábeis (principal objetivo da operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros, como veremos adiante).

Esta fiscalização não carimbou o dinheiro (11 bilhões) entregue pelo Banco Itaúcard para o Banco Itauleasing, repassado ao Itaú Unibanco, novamente repassado ao Itaúcard, repassado ao Itauleasing e repassado ao Itaú Unibanco. Mas percebe-se que estas operações de “aumentos de capital” e “aplicações financeiras” poderiam ser realizadas indefinidamente, aumentando o capital do Banco Itauleasing para R\$ 22 bilhões, R\$ 33 bilhões, R\$ 44 bilhões, R\$ 55 bilhões, ..., visto que os recursos utilizados para o “aumento de capital” - R\$ 11 bilhões - sempre retornam para o controlador do grupo econômico, que toma decisões do que fazer como os recursos financeiros fabricados.

O montante de capital financeiro destinado de modo permanente à realização do objeto social da companhia foi empregado em aplicações financeiras e seus rendimentos distribuídos aos sócios, permanecendo no Banco Itauleasing até 2015, quando foi realizada a redução de “capital”.

Verifica-se que o aumento de capital foi seguido aquisição/resgate pelo Banco Itauleasing de Depósitos Bancários emitidos pelo Itaú Unibanco, fazendo o recurso financeiro circular, retornando à sua origem. E essa circulação de recursos financeiros pode acontecer inúmeras vezes indefinidamente. É de se questionar a necessidade de um aumento de capital, que deveria ser destinado ao objeto social da entidade, mas que não permaneceu nela, e que passados alguns anos, após a utilização e redução do prejuízo fiscal do Banco Itauleasing, houve a redução desse capital. A lei n. 6.404/76 dispõe que a Assembleia-geral poderá reduzir o capital se houver perda ou se julgá-lo excessivo, vide:

Art. 173. **A assembleia-geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo.**

§ 1º A proposta de redução do capital social, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da assembleia-geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento.

§ 2º A partir da deliberação de redução ficarão suspensos os direitos correspondentes às ações cujos certificados tenham sido emitidos, até que sejam apresentados à companhia para substituição. (grifei)

Pergunta-se: qual seria a razão para a redução do capital social? Seria por ter se tornado excessivo? Se foi essa a razão, em verdade o aumento nunca foi necessário, se foi em

Fl. 34 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

razão das perdas, poderia o Banco Itauleasing tê-lo feito antes mesmo do aumento, pois já acumulava prejuízo fiscal. Mais um vez estamos diante de uma operação desprovida de essência econômica, ainda que formalmente válida.

Mas do ponto de vista contábil, nos termos do CPC-00 que define princípios gerais de caráter estruturante, há de se levar em consideração a essência econômica dos contratos e operações em prevalência ao seu aspecto meramente formal, em respeito ao princípio da representação fidedigna. Transcreve-se novamente trecho do CPC-00:

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).

(...)

Representação fidedigna

5.18 O reconhecimento de ativo ou passivo específico é apropriado se fornecer não apenas informações relevantes, **mas também representação fidedigna desse ativo ou passivo e de quaisquer receitas, despesas ou mutações do patrimônio líquido resultantes.** A possibilidade de representação fidedigna ser fornecida pode ser afetada pelo nível de incerteza na mensuração associado ao ativo ou passivo ou por outros fatores. (grifei)

As operações de emissão e resgate de Depósitos Interbancários, bem como a integralização e redução de capital social, ainda que formalmente válidas, devem ser analisadas do ponto de vista dos efeitos contábeis, pela sua essência econômica, e como tal, as despesas decorrente de pagamento de juros de depósitos interbancários mostraram desnecessárias, e não atendem ao disposto no art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda, para fins de dedutibilidade.

Restou **demonstrado que não foram despesas eram desnecessárias, isto posto, há de ser mantida sua glosa.**

Da Recomposição dos Lucros Tributáveis em função dos Saldos Negativos Apurados

A Recorrente informa que em todos os anos-base autuados 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.

Fl. 35 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Confessa que o saldo negativo foi objeto de pedido de compensação, mas 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 e não homologar as compensações correspondentes.

Nesse ponto, não merece reparos a decisão recorrida, que esclareceu 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, inclusive porque conforme indicado pelo contribuinte quando de sua impugnação, havia DCOMP homologadas e outras sob análise, e outras retificadas.

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 recorrida, abaixo transcritos:

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*:

(...)

Fl. 36 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 Multa Isolada

Fl. 37 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

O contribuinte se insurge contra a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada. Cita jurisprudência não vinculante do STJ e defende que mesmo após a Lei nº 11.488/07 a aplicação do princípio da consunção impede a exigência concomitante da multa isolada decorrente do não pagamento de estimativa com a multa de ofício cobrada juntamente com o tributo.

O lançamento refere-se aos anos-calendários 2012 a 2015, portanto, a aplicação das multas teve como fundamento o art.44 da lei nº 9.430/96, com redação dada pela lei nº 11.488/2007, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

(...) (grifei)

Havia discussão acerca da possibilidade de concomitância da multa isolada e de ofício. Foi editada a Súmula CARF nº 105 que impedia a exigência simultânea de ambas as penalidades. Todavia essa súmula foi editada levando em consideração a redação da lei nº 9.430/96, sem as alterações promovidas pela lei nº 11.488/2007.

As discussões acerca da concomitância das multas restaram pacificadas quando referentes a imposição de multa isolada até o ano-calendário 2006. A partir do ano-calendário 2007, abrem-se novamente as divergências.

Entendo que a alteração promovida pela lei nº 11.488/2007 buscou afastar a dubiedade e a imprecisão do comando anterior, circunstâncias que levaram à elaboração da citada Súmula CARF, que conferiu, à luz do art. 112, I, do CTN, interpretação jurídica mais favorável ao contribuinte.

A nova redação do art.44 da lei nº 9.430/96 distingue claramente duas hipóteses de incidência, uma para cada penalidade. A multa isolada, prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, é exigida isoladamente, ainda que não seja apurado lucro tributável ao final do ano-calendário. Tem por fato gerador a inobservância do dever de antecipar, o que causa prejuízo aos cofres da União, desde a mora até o encerramento do ano-calendário.

Por sua vez, a multa de ofício proporcional de 75%, prevista no inciso I do artigo em comento, é aplicada sobre lançamento de ofício da totalidade ou da diferença do

Fl. 38 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário, após descontadas as antecipações mensais.

A imposição da multa isolada se assemelha a um descumprimento de obrigação acessória, que por sua inobservância, transforma-se em principal. Neste diapasão, resta claro que as multas isolada e de ofício são penalidades distintas, que podem ser aplicadas de maneira concomitante.

No caso dos autos as multas isoladas se referem à falta de pagamento de estimativas mensais posteriores à vigência da nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, entendo como jurídica e obrigatória a aplicação concomitante das infrações nele previstas, por considerar que tais multas são completamente distintas e autônomas.

A Recorrente apresenta alguns julgados, mas que não vinculam este Colegiado. A lei deve ser aplicada, salvo nas hipóteses de jurisprudência vinculante consoante art.62, §1º. do Regimento Interno do CARF, o que não é o caso em tela.

Pelo exposto, **voto pela manutenção da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais e da multa de ofício proporcional de 75%.**

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 deveriam 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)

Fl. 39 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 Recorrente defende que, ainda que se mantivesse a cobrança do PIS e da COFINS, nos termos do que dispõe o art. 41 da Lei nº 8.981/95, essas contribuições seriam dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência, de modo que os valores lançados a título de PIS e COFINS como decorrência da mesma acusação deveriam ser deduzidos para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL lançados no mesmo processo. Acrescenta que constituindo os valores relativos ao PIS e COFINS indubitavelmente despesa operacional, como aliás dá conta o próprio art. 299 do RIR/99, o art. 16 do Decreto-lei nº 1.598/77 e o art. 41 da Lei nº 8.981/95, impõe-se sejam abatidos os respectivos valores da base de cálculo do IRPJ e também da CSLL.

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 no mesmo dia.

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.

Nesse sentido, o acórdão recorrido traz definição de despesas de intermediação financeira como um gênero, da qual as despesas de captação são espécie. E ao final, conclui o Colegiado que é 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 dissimuladas, não se enquadrando nem numa hipótese, nem em outra. Portanto, ratifico o entendimento da Turma da DRJ, o qual adoto e transcrevo abaixo:

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

Fl. 40 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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.)

Fl. 41 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 KAUFMAN1.

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

Fl. 42 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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)

A Recorrente faz um pedido subsidiário que caso não se entenda que as despesas deveriam ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS, defende que as contribuições deveriam ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Não é possível a exclusão do lançamento do PIS e da COFINS na apuração do lucro real e, por conseguinte da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois estas parcelas não são definitivas e se encontram suspensas em decorrência do recurso ora interposto. O art. 344 do Regulamento do Imposto de Renda impede a dedução na apuração do lucro real de tributos que estejam com exigibilidade suspensa por depósito, recurso administrativo ou medida judicial, *verbis*:

Art. 344. Os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência (Lei nº 8.981, de 1995, art. 41).

§1º O disposto neste artigo não se aplica aos tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos incisos II a IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 1966, haja ou não depósito judicial (Lei nº 8.981, de 1995, art. 41, §1º).
(grifei)

Desta feita, não procede o argumento de que as contribuições deveriam ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Da Multa Qualificada X Do Intuito Doloso

A autoridade fiscal aplicou multa de ofício qualificada, pois entendeu que houve a montagem da operação de Circulação Interna de Recursos Financeiros configurou a hipótese prevista no art. 72 da Lei 4.502/64, tendo como agente o Itaú Unibanco S.A., ao tentar impedir a ocorrência do fato gerador dos tributos pela inserção de despesas desnecessárias, criadas artificialmente, na determinação (redução) de seu lucro e/ou resultado apurado em cada período, consoante art. 44, § 1º da Lei 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos **arts. 71, 72 e 73** da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

O citado dispositivo faz remissão aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.4.502/64, que assim dispõem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Fl. 43 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Observa-se que em todas as hipóteses para qualificação da multa de ofício 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. Transcreve-se trecho do TVF (fl.79):

Observa-se a astúcia do agente - fiscalizado - ao criar todo um esquema de Circulação Interna de Recursos Financeiros, por meio de enganosos “aumentos de capital” e operações de “emissões de CDI’s”, que não atendem seus propósitos legais econômicos e que serviram tão somente para embasar o registro de despesas de juros, sobre valores que já pertenciam a ele mesmo, utilizadas para reduzir seus lucros, **fatos geradores** dos tributos, previstos na norma anti-evasão fiscal que tipifica a fraude. (grifei)

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.

Fl. 44 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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, mas que analisadas em conjunto são desprovidas de essência econômica.

O conceito de essência econômica pode ser extraído do Pronunciamento Técnico CPC-00 (R1) emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis², o qual tratou da estrutura conceitual para elaboração e divulgação de relatório contábil e financeiro:

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 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.

² Criado pela Resolução CFC n. 1.055/05

Fl. 45 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

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 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 relativamente aos fatos geradores de janeiro a setembro de 2013, 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 26/10/2018, data em que se considera efetuado o lançamento, por conseguinte, **reconhece-se a decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSL relativos ao ano-calendário 2012 e do PIS e da COFINS de janeiro a setembro de 2013.**

Conclusão

Fl. 46 do Acórdão n.º 1301-006.297 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.720774/2018-45

Por tudo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, e no mérito, por DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para afastar a multa de ofício qualificada, reduzindo-a para o patamar de 75%, bem como para reconhecer a decadência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2012 e do PIS e da COFINS de janeiro a setembro de 2013.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite

Declaração de Voto

Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso.

Após o voto da Ilma. Conselheira Relatora e da divergência instaurada pelo Ilmo. Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, pedi vista dos autos para melhor examinar as questões envolvidas neste Processo Administrativo, que dizem respeito, essencialmente, à dedutibilidade de despesas financeiras formadas dentro do mesmo grupo econômico, sob a ótica dos limites ao planejamento tributário.

Em síntese, a situação fática envolve a seguinte operação:

- (i) O Banco Itaucard emite Certificados de Depósito Interbancário (CDIs), mediante aplicação feita pela Recorrente, das quais decorre a transferência dos recursos financeiros correspondentes;
- (ii) Com esses recursos financeiros, o Banco Itaucard realiza aumento de capital no Banco Itauleasing, repassando recursos financeiros de quantia equivalente aos recebidos, em ato subsequente;
- (iii) O Banco Itauleasing, por sua vez, realiza aplicação em CDIs emitidos pela Recorrente, em negócio jurídico que acaba fazendo com que recursos equivalentes retornem à pessoa jurídica que iniciou a operação.

Referida operação, segundo a Fiscalização, teria o propósito de “criar” (i) receitas financeiras no Banco Itauleasing, que não seriam integralmente tributáveis em função do aproveitamento de prejuízos fiscais existentes nesta pessoa jurídica e (ii) despesas financeiras na Recorrente, pagas em função da aplicação feita no Banco Itauleasing com recursos que, em momento anterior, ela havia disponibilizado ao Banco Itaucard.

Com base nisso, a Fiscalização concluiu que referidas despesas da Recorrente não seriam dedutíveis do lucro real, por não atenderem aos requisitos prescritos pela legislação (art. 47 da Lei nº 4.506/64, art. 299 do RIR/99 e Parecer Normativo CST nº 32/1981). Isso porque, se os recursos recebidos pela Recorrente foram os mesmos entregues ao Banco Itaucard, não há que se falar em necessidade ou usualidade da despesa financeira. Noutros termos: se a Recorrente transfere recursos a uma pessoa jurídica do grupo e empresta o mesmo montante, a despesa

correspondente não seria dedutível, pois não haveria necessidade de se contrair um empréstimo de uma quantia antes disponibilizada.

A mesma falta de necessidade e usualidade decorreria do propósito exclusivamente fiscal da operação. Segundo a Fiscalização, haveria na circulação dos recursos promovida pela Recorrente um “propósito exclusivo de economia tributária” (fls. 67), tanto por meio da dedução das despesas financeiras quanto pelo aproveitamento do prejuízo fiscal existente no Banco Itauleasing. O acórdão recorrido acolheu referido argumento, sustentando expressamente a “ausência de propósito negocial diverso da economia de tributos”, bem como a “prática de ato dissimulado” (fls. 1.965) para manter a autuação.

Deste modo, entendo que a adequada resolução da controvérsia depende de uma avaliação das seguintes questões centrais: (i) cumprimento dos requisitos prescritos no art. 299 do RIR/99 com relação às despesas financeiras da Recorrente, a partir do cenário exposto pela Fiscalização e (ii) relevância e existência do propósito negocial da operação.

Isso porque, do meu ponto de vista, são questões que devem ser tratadas em separado, por serem independentes. Se a despesa financeira não preenche os requisitos previstos na legislação, será indedutível. Contudo, mesmo que se verifiquem tais requisitos, caso aplicado o teste do *propósito negocial* como citado pela Fiscalização e pela DRJ, é possível que se declare a inoponibilidade do referido negócio jurídico entre a Recorrente e o Banco Itauleasing ao Fisco, o que também acabaria por tornar as despesas incorridas indedutíveis. Ou seja, uma coisa é a dedutibilidade da despesa considerando eficazes os negócios jurídicos praticados. Outra é a conclusão de que os mesmos negócios jurídicos são inoponíveis ao Fisco, desconsiderando seus efeitos de modo a concluir que referida despesa seria indedutível.

Deste modo, passo a analisar as questões mencionadas.

I. Dedutibilidade das despesas financeiras na operação intragrupo apurada pela Fiscalização

O art. 47 da Lei nº 4.506/1964 prescreve que são operacionais “as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora”. Nos seus §§ 1º e 2º, o dispositivo legal explicita que (i) as despesas necessárias são aquelas “incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa” e (ii) as despesas operacionais admitidas são as “usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa”. Referidos dispositivos fundamentaram o art. 299 do RIR/1999, atualmente reproduzido no art. 311 do RIR/2018.

A respeito desses conceitos, é necessário formular alguns esclarecimentos, ainda que breves. *Primeiro*, é importante destacar que, *a priori*, todos os custos e despesas são dedutíveis, uma vez que o sistema parte do lucro líquido como ponto de partida para a apuração do lucro real.³ Assim, as despesas qualificadas como desnecessárias a partir da regra citada são adicionadas no cálculo do lucro real. Isso significa que a vedação à dedutibilidade da despesa é a

³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda (2020). - São Paulo/SP: IBDT, 2020, v. 2, p. 852.

exceção, e não a regra. Como tal, deve ser interpretada restritivamente, conforme destacado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

"A interpretação restritiva pode conter vaguidade denotativa ou ambiguidade conotativa. O primeiro é o caso das normas excepcionais. Não obstante a possibilidade de a *facti species* cobrir outros conteúdos, a doutrina recomenda que a extensão não se faça."⁴

Segundo, o requisito da *necessidade* deve ser aplicado de acordo com um critério objetivo, segundo o qual o que deve ser verificado é a “existência de uma relação entre as despesas e as atividades da empresa ou a sua fonte produtora”.⁵ Essa relação deve ser objetiva, a fim de evitar que o aplicador da lei acabe substituindo o juízo de conveniência feito pela direção da pessoa jurídica, aplicando indevidamente a denominada “teoria do ato anormal de gestão”. Nesse sentido:

No presente caso observase, que as assertivas feitas pela autoridade fiscal lançadora invadem o campo da denominada "Teoria do Ato Anormal de Gestão", pela qual **não é atribuição do fisco emitir qualquer juízo de valor a propósito da qualidade ou dos resultados da gestão financeira ou empresarial empregada pela empresa. Tal atribuição, por outro lado, compete aos sócios ou acionistas, os quais, em razão dos investimentos realizados, têm interesse nos resultados alcançados pelo empreendimento, e, de consequência, podem questionar os atos de gestão praticados pelos dirigentes.**

Ao fisco, ainda que seu interesse também esteja voltado para o desempenho positivo do empreendimento, vez que quanto maior o lucro maior será o valor do tributo devido, é defeso questionar os denominados atos de gestão, principalmente quando não há como julgar se tais atos visam mais o interesse pessoal dos administradores que os do empreendimento.

As despesas operacionais como sendo aquelas: "necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora."

A necessidade diz respeito a despesas pagas ou simplesmente incorridas, desde que concorram "para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa". Evidentemente, que tal definição afasta de plano qualquer gasto cuja realização não se vincule à própria empresa, pois mesmo que por ela assumidas não podem ser apropriadas como despesas operacionais, por não necessárias.

No tocante à condição de usualidade ou normalidade, o que se apresenta como relevante é a natureza ou o tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica, e não a frequência com que tal gasto se apresenta dentro de certo período de tempo. Deve ser registrado, por relevante, que a Fiscalização não colocou qualquer dúvida quanto à ocorrência das despesas, e a glosa resultou tão somente com relação à efetividade dos pagamentos, atestada pelos comprovantes respectivos. (Acórdão nº 1402-001.517, Rel. Cons. Paulo Cortez, Sessão de 03/12/2013 – destaquei).⁶

⁴ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. - 6ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 269.

⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda (2020). - São Paulo/SP: IBDT, 2020, v. 2, p. 862.

⁶ O mesmo entendimento foi reproduzido no Acórdão nº 1402-001.923, Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Sessão de 03/03/2015.

Nesse sentido, esclarece HUMBERTO ÁVILA⁷ que “o que define a dedutibilidade do ponto de vista legal é a relação com o modelo de atividade operacional”. Se a despesa estiver vinculada ao modelo de atividade, deve ser computada como despesa operacional.

Terceiro, de acordo com o mesmo precedente citado, o requisito da usualidade ou da normalidade faz referência não à ocorrência habitual da despesa, mas sim ao fato de ser típica na execução do objeto social da pessoa jurídica. Excluem-se, assim, aquelas despesas que mesmo vinculadas abstratamente ao objeto social da pessoa jurídica, foram incorridas em condições anormais – como se dá na celebração de mútuo com juros muito acima dos praticados no mercado.

O ponto central, neste caso, diz respeito à falta de preenchimento dos referidos requisitos, pois o empréstimo que deu origem às despesas financeiras fez com que a Recorrente recebesse recursos que, no início, ela mesma transmitiu a outra pessoa jurídica do seu grupo econômico.

De fato, a questão da dedutibilidade de despesas financeiras é controvertida exatamente porque, na verificação da sua necessidade, a Fiscalização costuma avaliar quais os *motivos* que justificariam o empréstimo.

Aqui, é importante destacar que referida avaliação dos motivos do empréstimo deve ser feita de modo cuidadoso, evitando que se resvale para um juízo sobre a correção das decisões gerenciais da pessoa jurídica, o que significaria aplicar a teoria do “ato anormal de gestão”. Sendo assim, a avaliação da dedutibilidade da despesa financeira deve se concentrar não na referida correção, mas na vinculação objetiva do empréstimo às atividades da pessoa jurídica.

Neste ponto entendo ser essencial para este caso realizar uma distinção entre pessoa jurídica que é instituição financeira e a que não é. Se uma pessoa jurídica que se dedica ao comércio ou à indústria realiza um empréstimo, incorrendo em despesas financeiras, faz sentido verificar se existe e qual é a relação objetiva entre os recursos obtidos e a sua atividade. No caso de instituição financeira, porém, o seu objeto social é exatamente a atividade bancária, que abrange indiscutivelmente a captação e o direcionamento de recursos. Ou seja, *a priori* não há como se falar que a captação de recursos, via CDI, não tem relação com a atividade da instituição financeira.

Entendo ainda que o fato de a cessão dos recursos ter sido feita dentro do grupo econômico não modifica a conclusão adotada, especialmente porque as transferências foram feitas seguindo remuneração padrão de mercado, correspondente à taxa DI. Ou seja, a Recorrente poderia ter obtido os mesmos recursos junto a outra instituição financeira, com o pagamento de despesas financeiras equivalentes, que seriam dedutíveis.

Por fim, segundo a Fiscalização, a primeira etapa da citada operação correspondeu à transferência de recursos pela Recorrente ao Banco Itaúcard, por meio de CDI. Apesar desse fato não ter sido avaliado na autuação, os empréstimos feitos pela Recorrente ao Banco Itaúcard, via CDI, geraram receitas financeiras que foram tributadas. Nesse sentido, entendo que, se a Fiscalização indicou a existência de circularidade dos recursos, seria imprescindível a apuração

⁷ ÁVILA, Humberto. Contribuições e Imposto sobre a Renda: Estudos e Pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 221.

das receitas financeiras geradas a partir dos mesmos valores obtidos pela Recorrente por meio da aplicação do Banco Itauleasing em CDIs por ela emitidos.

Veja-se que referida problemática já foi objeto de análise pela C. CSRF deste CAREF:

Dessa forma, como seria possível compatibilizar as receitas tributáveis oriundas desses empréstimos, com a operação – como um todo – caso fossem considerados desnecessários os respectivos empréstimos tomados? Ora, se é taxado de indedutível todo o custo financeiro incidente sobre o empréstimo tomado, ao argumento de que a empresa possuía recursos equivalentes aplicados no mercado financeiro, da mesma forma, também dever-se-ia considerar não tributáveis as receitas advindas da mencionada aplicação financeira, cujos recursos foram os motivadores da glosa levada a efeito. Nada mais lógico do que isso.

Vimos que a autoridade fiscal considerou desnecessários os recursos de terceiros havidos por empréstimo e glosou as despesas dele decorrentes ao argumento de que a empresa possuía em seu ativo, recursos financeiros equivalentes àqueles tomados como empréstimo, aplicados no mercado, porém, em relação às receitas decorrentes das aplicações, a fiscalização silenciou, sequer efetuou um confronto entre as despesas decorrentes dos empréstimos com as receitas auferidas dos valores mantidos em aplicação financeira. **No caso, admissível seria a glosa da parcela correspondente às despesas financeiras que superassem as receitas financeiras tributadas e que não foram consideradas pelo Fisco. Aliás, sequer houve qualquer manifestação a respeito pelo ilustre fiscal.**

Tenho para mim, que recursos financeiros captados a um custo consentâneo com aqueles praticados no mercado, e também, com expectativa de retorno, tem sempre a faculdade que depende apenas da vontade do administrador e não cabe ao Fisco determinar qual a forma de captação ou aplicação que a empresa deve ou não realizar. O que não é admissível é a tomada de empréstimo com pessoa ligada a um custo superior àquele existente no mercado e que os recursos permaneçam inertes no caixa da empresa, fato esse que não se verifica nos presentes autos. (Acórdão nº 9101-001.394, Rel. Cons. Paulo Roberto Cortez, Sessão de 17/07/2012)

Nesse sentido, entendo que a conclusão pela indedutibilidade não pode se dar somente a partir dos critérios do art. 47 da Lei nº 4.506/1964, reproduzido no art. 299 do RIR/99, que entendo estarem presentes neste caso. A indedutibilidade depende, por isso, da desconsideração dos efeitos dos negócios jurídicos praticados pela Recorrente, que foi defendida pela Fiscalização e pelo acórdão da DRJ. É o que passo a analisar a seguir.

II. A alegada ausência de propósito negocial ou extrafiscal e a sua aplicação no caso concreto

Ao fundamentar a autuação, a Fiscalização destacou que a operação não teria sido realizada com propósito negocial, mas sim com o objetivo exclusivo de redução da base tributável, tanto por meio do aproveitamento de prejuízos fiscais no Banco Itauleasing quanto pela dedução de despesas financeiras da Recorrente.

De outro lado, o acórdão da DRJ sustentou que o aumento de capital feito no Banco Itauleasing e a aplicação de recursos via CDI foram utilizados fora dos objetivos definidos pela legislação para essas figuras. Por isso, concluiu que teria ficado constatada a

existência de “atos dissimulados” (fls. 1.969), que configurariam “planejamento tributário abusivo” (fls. 1.970).

A respeito desses fundamentos, são necessárias algumas considerações preliminares, pois toda questão envolvendo planejamento tributário é resolvida a partir de premissas que definem o quadro normativo dentro do qual a operação é analisada. É impossível avaliar os fatos sem expor os critérios jurídicos que serão tomados como programa para tanto.

O art. 149, VII, do CTN impõe à Fiscalização o dever de efetuar o lançamento tributário “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. As mesmas hipóteses são mencionadas no art. 150, § 4º, do mesmo diploma normativo, que impõe a modificação do marco temporal para a homologação do lançamento feito pelo sujeito passivo nesses casos.

Quando da edição da Lei Complementar nº 104/2001, foi acrescentado ao art. 116 um parágrafo único, segundo o qual “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Assim, foi inserida uma verdadeira *norma antielisiva*,⁸ no mesmo molde do modelo francês, cuja constitucionalidade foi recentemente declarada pelo E. Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2.446/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 11/04/2022).

Apesar de ter a sua constitucionalidade declarada, é fato que referido dispositivo não foi regulamentado, como exigido na sua parte final pelo legislador complementar. Sendo assim, referido dispositivo é inaplicável, conforme entendimento já manifestado por este CARF em outras oportunidades, inclusive nesta C. Turma:

SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. A utilização de uma empresa componente do grupo (Subsidiária integral) para a organização de negócios e a válida implementação da estrutura análoga às dos “correspondentes bancários” (Resolução BACEN no 3.110/2003 e 3.954/2011), mesmo que essa não possua estrutura própria, não se mostra suficiente para presumir a ocorrência de fraude. O reconhecimento da existência de “objetivo negocial” não está atrelado à existência de empregados, escritórios ou demais elementos materiais, mas sim, de sua efetiva presença e atuação nos negócios considerados, o que efetivamente restou validamente comprovado nos autos. A caracterização de “simulação”, na presente vertente, sem a necessária configuração das hipóteses próprias do art. 167 do Código Civil, somente seria possível com a aplicação das disposições do parágrafo único do Art. 116 do CTN, o que, atualmente - por falta de específica regulamentação -, não pode ser promovido pelos agentes da fiscalização fazendária. (Acórdão nº 1301-001.356, Rel. Cons. Carlos Augusto de Andrade Jenier, Sessão de 04/12/2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 CTN. ERRO DE FUNDAMENTAÇÃO. O parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/2001, trata-se de regra anti-

⁸ Não se ignora a existência de discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica da norma formulada a partir do art. 116, parágrafo único, do CTN. Contudo, adotamos a posição de que se trata de norma antielisiva, conforme defendido em TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 3,

dissimulação, e prevê a possibilidade de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária que até o momento não foi editada, não podendo, portanto, ser utilizado como fundamento da decisão. (Acórdão nº 3401-005.228, Rel. Cons. Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Sessão de 27/08/2018)

Assim, não há, nos dispositivos mencionados, previsão a respeito da necessidade de *propósito comercial*, que é aplicado no direito norte-americano a partir do conhecido caso *Gregory v. Helvering* (1935). Tanto é assim que houve a tentativa de inclusão expressa deste teste, conforme art. 14, § 1º, I da MP nº 66/2002, que foi expressamente rejeitado pelo Congresso Nacional. Inclusive, como bem destacado por PAULO AYRES BARRETO,⁹ o sistema político refutou, em outras três oportunidades, a ampliação semelhante dos poderes da Administração Tributária para declarar a ineficácia de negócios jurídicos.

Há, no entanto, vícios que são prescritos expressamente no Código Civil, e que podem legitimamente pautar a atuação fiscal, como o abuso de direito (arts. 187 e 421), a simulação (art. 167) ou a fraude à lei imperativa (art. 166, VI).¹⁰ No meu entendimento, é a partir desses dispositivos que deve se pautar qualquer atuação relativa à utilização de planejamento tributário.

Ocorre que a Fiscalização não adentrou na análise dos referidos vícios, limitando-se a mencionar que a operação não possuía “propósito comercial” (fls. 65), mas sim o “propósito exclusivo de economia tributária” (fls. 67). Como mencionado, porém, entendo que este fundamento é insuficiente para se declarar a ineficácia dos negócios jurídicos praticados.

Contudo, ainda que se considere necessária a existência de um propósito extrafiscal, na linha do que já entendeu este CARF noutros precedentes (Acórdão nº 9101-004.817, Rel. Cons. Viviane Vidal Wagner, Sessão de 03/03/2020 e Acórdão nº 9101-004.117, Rel. Cons. Demetrius Nichele Macei, Sessão de 10/04/2019), entendo que referido requisito estaria preenchido. Isso porque entendo que ficou justificada a necessidade de aproveitamento dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas dentro do grupo econômico, que é analisado conjuntamente para fins de apuração do Patrimônio de Referência Exigido (PRE) pelo Banco Central, conforme Circular BACEN nº 3.360/2007. O próprio BACEN exige que as instituições financeiras devem manter, permanentemente, o Patrimônio de Referência (PR) acima do Patrimônio de Referência Exigido (PRE), conforme art. 2º da Resolução BACEN nº 3.490/2007, sendo que os créditos tributários detidos estão excluídos do referido cálculo (art. 5º, VII e VIII, da Resolução BACEN nº 4.192/2013), sendo relevantes para a manutenção das instituições acima do exigido de acordo com o Índice da Basileia.

Nesse sentido, vale destacar a existência de precedente neste CARF envolvendo a glosa de despesas financeiras decorrentes de transferência de recursos para utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa dentro de grupo econômico destinado à atividade bancária (Acórdão nº 1401-003.729, Rel. Cons. Eduardo Morgado Rodrigues, Sessão de 17/09/2019). Naquela oportunidade, ficou destacado o seguinte:

⁹ BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. - São Paulo: Noeses, 2016, p. 163-168.

¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento Tributário, este Incompreendido. In: Estudos de direito tributário. - São Paulo: Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, 2018, p. 29-30.

Conforme apontou a Fiscalização, essas operações geraram, de um lado, despesas financeiras para a Recorrente pelas operações com DI realizadas e, de outro lado, receitas excepcionais ao BERJ que impactou o lucro líquido, o lucro real, a base de cálculo da CSLL e as compensações de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.

No entender da Autuante toda a operação tinha por escopo unicamente a geração de base tributável que permitisse ao BERJ zerar seu saldo de prejuízos acumulados e saldos negativos gerando despesas dedutíveis ao Banco Bradesco, ora Recorrente, não havendo qualquer outro propósito negocial. Uma vez que tal desiderato fora cumprido, houve redução de capital da BERJ, retornando à Recorrente os valores anteriormente capitalizados. (...)

Desta forma, entendo que eventual interesse da Recorrente em promover a utilização desse prejuízo fiscal e base de cálculo negativa não esta fora de seu propósito negocial.

Inclusive, essa foi a conclusão adotada no Acórdão nº 1301-006.176, julgado por esta Turma em 17/11/2022 – na forma do art. 19-E da Lei nº 10.522/2022 então vigente – reconhecendo a legitimidade do referido propósito negocial. Avaliando detidamente os fatos deste processo, entendo não haver distinção fática suficiente a modificar a conclusão adotada naquela oportunidade.

Diante do exposto, acompanho a divergência instaurada pelo Ilmo. Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, pelo cancelamento da autuação.

(assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso