



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720945/2018-36
ACÓRDÃO	9101-007.284 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de fevereiro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	ITAU UNIBANCO HOLDING S/A

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO.

Uma vez ausente a similitude fático-jurídica entre as decisões cotejadas (recorrido e *paradigma*), o conhecimento recursal resta prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou pelo conhecimento, e manifestou intenção de apresentar declaração de voto. Votou pelas conclusões, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli– Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 2.909/2.944) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do Acórdão nº **1301-006.176** (fls. 2.837/2.907), o qual, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002 até então vigente, deu provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2012, 2013

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Em resumo, trata-se de processo decorrente de Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão da *glosa* de despesas deduzidas das respectivas bases de cálculo nos anos-base de 2012 e 2013.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 2/38):

[...]

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

[...]

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

Unibanco as correspondentes receitas. Eram esses os objetivos de todo o planejamento sem que houvesse qualquer motivação extratributária.

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

[...]

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

[...]

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

[...]

DA RENOVAÇÃO CDI's

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

[...]

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

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

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

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

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

DO “AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL”

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

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

Os recursos financeiros aqui referidos seriam os captados no mercado pelo Banco Itaú Unibanco para serem emprestados aos seus clientes, com o ganho de *spread*, (receita típica de suas operações). Fazer estes recursos financeiros passearem por sua subsidiária e imediatamente voltarem ao seu domínio, por meio de registros contábeis lastreados em operações simuladas, não podem auferir ao agente os benefícios fiscais advindos do registro contábil de despesas de juros sobre recursos pertencentes a ele próprio.

DAS APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS INTERFINANCEIROS – CDI’s

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

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

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

DA FRAUDE

[...]

DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS (2013)

[...]

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

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

[...]

A contribuinte apresentou impugnação (fls. 1.835/1.889), assim resumida:

- o fato de os recursos recebidos pelo Unibanco em aumento de capital terem sido integralmente utilizados em aplicações financeiras (no caso na aquisição dos CDIs emitidos pelo Impugnante) não descaracteriza o aumento de capital em si, pois não se pode confundir capital social com disponibilidade financeira (caixa), e nenhuma empresa bem administrada recebe um aumento de capital e deixa o dinheiro recebido parado em caixa, sendo que no caso de uma instituição financeira a aquisição de CDI é uma operação absolutamente regular e consentânea ao seu objeto social;

- tanto o aumento como a redução de capital em se tratando de instituição financeira dependem de aprovação do Banco Central do Brasil (Circular nº 2.750/97), o que evidentemente não teria ocorrido se as operações não fossem regulares. Diferentemente de uma captação de recursos mediante emissão de CDIs, uma vez realizado o aumento de capital, sua posterior redução, nos termos do art. 174 da Lei nº 6.404/76, sujeita-se à oposição dos credores quirografários e prévia aprovação pela maioria de eventuais debenturistas;

- não sendo possível ainda a incorporação do Unibanco, em fevereiro de 2009 realizou-se a sua cisão parcial, com a versão das suas diversas unidades de negócios para as unidades equivalentes do Impugnante, visando de um lado evitar o desperdício que decorreria da manutenção de uma estrutura duplicada de negócios e de outro estancar os prejuízos operacionais que vinham sendo auferidos pelo Unibanco;

- a redução do ativo total do Unibanco com a exclusão de suas atividades operacionais e manutenção basicamente das aplicações interfinanceiras de liquidez visou

justamente como visto estancar os prejuízos que vinham sendo auferidos em suas operações e evitar os custos decorrentes da manutenção de uma estrutura duplicada de empresas explorando os mesmos segmentos de negócios, o que também justifica a posterior efetiva incorporação do Unibanco em lugar da absurda possibilidade aventada pela fiscalização de retomada das operações no próprio Unibanco;

- o fato de os ativos remanescentes do Unibanco serem compostos basicamente de aplicações interfinanceiras de liquidez (83% de R\$ 9,7 bilhões como constou do TVF) só evidencia que a realização desse tipo de aplicação era absolutamente usual no desempenho do objeto social daquela instituição financeira;

- A REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES VISANDO À GERAÇÃO DE LUCROS QUE ABSORVESSEM PREJUÍZOS E BASES NEGATIVAS ACUMULADAS DO UNIBANCO É UM PROPÓSITO LEGÍTIMO E NÃO AFASTA A NECESSIDADE DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO IMPUGNANTE;

- por força das normas do CMN e do BACEN as instituições financeiras estão obrigadas a manter (“devem manter”), permanentemente, um Patrimônio de Referência (PR) superior ao Patrimônio de Referência Exigido (PRE), o qual é calculado tendo como um de seus componentes o PEPR, que é a “parcela referente às exposições ponderadas pelo fator de ponderação de risco a elas atribuído”;

- 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 CSLL 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);

- 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%;

- nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 2º da Resolução CMN nº 3.490/2007, “o valor do PRE deve ser calculado de forma consolidada, tanto para o conglomerado financeiro quanto para o consolidado econômico-financeiro”, de modo que a partir da associação em novembro/2008 os prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL do Unibanco passaram a afetar diretamente a capacidade de investimento e obtenção de lucros do Impugnante, sendo absolutamente natural, portanto, e medida de boa gestão que ele envidasse esforços para que aquele crédito tributário pudesse ser utilizado no menor tempo possível!;

- a Comissão de Valores Mobiliários, ao tornar obrigatória para as sociedades anônimas a observância do referido CPC 32, não só reconhece expressamente que o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais consubstancia um ativo diferido que deve ser reconhecido,

como ainda determina sua baixa se não houver uma expectativa concreta para sua utilização, exceto “se estiverem disponíveis para a entidade oportunidades de planejamento tributário (ver item 30) que criam lucro tributável no período em que prejuízos fiscais ou créditos fiscais não utilizados possam ser utilizados.”;

- a realização de aplicações financeiras pelo Unibanco, valendo-se dos recursos que foram aportados por seus acionistas, não pode ser considerada em absoluto uma operação desprovida de propósito negocial, seja do ponto de vista do Unibanco, seja do ponto de vista do Impugnante, pois tais operações estão inseridas no “core business” de qualquer instituição financeira;

- no caso concreto, como se verifica das planilhas anexas, mesmo com a compensação de prejuízos e base negativa da CSLL o valor pago a maior pelo Unibanco a título de IRPJ e CSLL em razão das operações realizadas, em comparação ao que seria devido desconsiderando-se as receitas correspondentes às despesas do Impugnante glosadas pela fiscalização, superaram os valores pagos a menor no período pelo Impugnante;

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

Tramitado o feito, sobreveio decisão de primeira instância (fls. 2.323/2.426) que julgou a defesa parcialmente procedente, tão somente para excluir os valores lançados a título de PIS e COFINS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sem que tal exoneração tivesse atingido o limite de alçada para recurso de ofício.

Em 30/07/2019, o contribuinte foi cientificado da decisão de piso, tendo interposto, em 29/08/2019, Recurso Voluntário (fls. 2.438/2.503), o qual foi provido pelo referido Acórdão nº 1301-006.176.

Cientificada dessa decisão, a Fazenda Nacional interpôs o recurso especial, tendo sido este admitido nos seguintes termos (fls. 2.948/2.960):

[...]

Suscita-se divergência quanto à “**dedutibilidade das despesas decorrentes das operações com depósitos interbancários**”. Indicado como paradigma o acórdão nº **1401-002.345** (processo 16327.721149/2015-78, sessão de 10/04/2018).

[...]

A divergência é proposta nos seguintes termos:

[...]

Pela simples leitura da ementa, percebe-se que a Turma entendeu pela dedutibilidade das despesas decorrentes das operações com depósitos interbancários, por entender tratar-se de despesa necessária.

Segundo o entendimento retratado na ementa “Há de ser reverter a glosa de despesas, decorrentes de operações de Depósitos Interbancários, que se mostraram necessárias, no caso concreto”.

Contudo, como veremos, o aresto merece reforma, pois, contrariou entendimento proferido pelo CARF, que, desde já, salienta, julgando idêntico processo do Itau Unibanco S.A., oriundo da mesma infração aqui discutida, ou seja, caso concreto idêntico, reconheceu a indedutibilidade das despesas financeiras decorrentes das operações com depósitos interbancários, mantendo a autuação.

(...)

DA SIMILITUDE FÁTICA

Inicialmente, repisa-se que ambos os casos envolvem o Itaú Unibanco S.A - Itau, e são, inclusive, oriundos da mesma infração, referente à glosa de despesas financeiras decorrente das operações com depósitos interbancários. A única diferença existente entre os dois processos é referente ao período de apuração. Enquanto nos autos de nº 16327.721149/2015-78 os autos de infração são referentes ao período de 2010 a fevereiro de 2012, nos presentes autos referem-se aos anos-calendários de 2012 e 2013.

A similitude fática e a divergência de entendimentos é hialina, pois, nos autos do processo nº 16327.721149/2015-78 a mesma infração foi mantida pela 1ª Turma da 4ª Câmara, entendendo tratar-se de despesa desnecessária, para manter a glosa 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.

Dessa forma, repete-se, enfrentando a mesma infração, ou seja, mesmos fatos, provas e fundamentos, os Colegiados divergiram quanto à dedutibilidade da despesa financeira decorrente das operações com depósitos interbancários - DIs. Enquanto o acórdão paradigma fixou que a despesa mostrou-se desnecessária, em razão da ausência de propósito negocial nas operações, sendo, pois, indedutível; o acórdão recorrido reconheceu como legítimo o propósito negocial, para reconhecer a dedutibilidade de tais despesas, entendendo serem necessárias.

Importante ainda ressaltar que, o entendimento predominante na Câmara Superior de Recursos Fiscais, no que toca à demonstração de divergência jurisprudencial, é que se aplicando a tese do acórdão paradigma ao caso discutido no recorrido houver mudança na conclusão do julgado, clara é a similitude fática, e a consequente divergência jurisprudencial acerca da interpretação da legislação tributária aplicada ao caso. Aqui o art. 299 do RIR/99.

[...]

O relatório do recorrido confirma que a autuação discutida nestes autos envolve a “continuidade” dos fatos autuados no caso paradigmático – mesmo contribuinte, glosa de despesas decorrentes das mesmas operações (depósitos interbancários entre ITAU e UNIBANCO), períodos diferentes:

[...]

O **paradigma nº 1401-002.345**, julgando caso envolvendo o mesmo contribuinte e despesas decorrentes das mesmas operações (deduzidas em outros anos-calendário), adotou interpretação diametralmente oposta:

[...]

A confirmar a divergência entre os julgados, observa-se que em dado ponto o voto vencedor do acórdão recorrido adota as razões *do voto vencido no aresto paradigmático*:

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

(...)”

(grifou-se)

Ambos julgamentos apreciaram a questão da dedutibilidade sob a ótica do propósito das operações e da necessidade das despesas resultantes.

De um lado, o **acórdão recorrido** considerou-as necessárias e dedutíveis, aos fundamentos: *“no caso de uma instituição financeira (...) a aquisição de CDI é uma operação regular e consentânea ao seu objeto social.(...) a realização de operações visando à geração de lucros que absorvem prejuízos e bases negativas acumuladas do Unibanco é um propósito legítimo e não afasta a necessidade das despesas incorridas pelo Recorrente (...) entende-se por necessária, e por consequência, dedutível, quando a despesa for inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou surgir simplesmente da existência da empresa ou do papel social que a mesma desempenha (...) tratando-se de instituições financeiras há de se reconhecer que as despesas incorridas na captação de recursos por meio de operações de DI estão sim intrinsecamente relacionadas às atividades bancárias desenvolvidas pela Recorrente (...) tais despesas independe do motivo que justifica tais operações (...), pois a regra é que são dispêndios provenientes da atividade da empresa, especialmente em casos como o presente, onde a fiscalização não questiona a efetividade das operações financeiras em questão, tampouco questiona as condições em que as mesmas foram contratadas (...) as operações de DI resultaram em receitas financeiras para o UNIBANCO e despesas financeiras para o Recorrente, que foram por elas, respectivamente, tributadas e deduzidas na apuração do IRPJ e CSLL devidos. Assim, também por esta razão, deve-se reconhecer a dedutibilidade das despesas financeiras incorridas pela Recorrente”*.

De outro lado, o **paradigma** entendeu que as despesas eram desnecessárias e indedutíveis, aos fundamentos: *“realizou-se, sem qualquer justificativa comercial, um aumento de capital por parte do Itaú (...) este aporte foi realizado com recursos de caixa disponíveis do próprio Itaú (...) Novo passo foi dado com a emissão de depósitos interfinanceiros DI por parte do Itaú no sentido de captar recursos para sua operação e, ainda, pagando juros sobre estes valores. O*

conjunto de operações, ou filme (...) não tem um roteiro lógico (...) o Itaú indicou uma necessidade de aporte de capital do Unibanco, que não existia de fato, para lhe enviar recursos que se encontravam no caixa e, desta forma, criar uma necessidade de caixa no Itaú, resolvida pela emissão de CDIs pelo próprio Itaú que foram imediatamente adquiridos pelo Unibanco, realizando assim, a devolução dos recursos e gerando uma despesa financeira no Itaú sem qualquer justificativa negocial ou empresarial senão a de reduzir o pagamento de IRPJ e CSLL mediante a dedução destas despesas (...) as despesas criadas a partir das operações realizadas pelo grupo não possuem o caráter de necessidade e usualidade a permitirem a sua dedutibilidade na apuração dos lucros, haja vista, que carecem de caráter negocial (...) as mesmas eram desnecessárias para a atividade empresarial e (...) geradas a partir de artificialismos provocados pelo próprio grupo empresarial”.

Evidenciado o conflito interpretativo entre Turmas, justifica-se o reexame em via especial.

Conclusão

Pelo exposto, propomos que **SEJA DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial da Procuradoria da Fazenda.

Chamada a se manifestar, a contribuinte apresentou contrarrazões às fls. 2.970/3.014. Questiona o conhecimento recursal e, no mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, Relator

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a analisar o cumprimento ou não dos demais requisitos regimentais, levando em conta a seguinte objeção da parte recorrida:

[...]

Com efeito, logo nas primeiras páginas da impugnação apresentada no caso concreto o Recorrido, após mencionar o processo nº 16327.721149/2015-78 e o acórdão nele proferido (isto é, o acórdão paradigma), já referiu os **novos fundamentos de defesa desenvolvidos após a prolação do acórdão paradigma, “verbis”**:

*“Assim, muito embora entenda o Impugnante que tal interesse já houvesse sido suficientemente justificado na ocasião, **face aos termos daquele voto na presente impugnação demonstrará o Impugnante que as operações realizadas possuíam sim legítimo propósito negocial e são em realidade até mesmo induzidas pelas normas regulamentares do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil e da CVM, estando convicto que se tais normas houvessem sido levadas em consideração na ocasião certamente teria sido outro o resultado daquele julgamento.***

*Não bastasse, como se verá o próprio fiscal autuante, embora tenha tentado passar a impressão contrária, acaba reconhecendo que das operações realizadas **NÃO DECORREU PREJUÍZO ALGUM AO ERÁRIO MAS AO CONTRÁRIO DELAS RESULTOU UM INCREMENTO DE ARRECADAÇÃO NO PERÍODO DE 2009 A 2014 DE R\$ 616.092.108,90 (na data-base 31/12/2014) - docs. 03 e 04 !”** (fl. 1838 – destaques no original e nossos)*

O **primeiro fundamento autônomo** acima (referido no primeiro parágrafo acima transcrito) foi desenvolvido ao longo do **item 1.2 da impugnação**, no qual foi demonstrado, em apertada síntese, que em decorrência da **Resolução nº 3.444/2007 do Conselho Monetário Nacional (CMN), Resolução CMN nº 3.490/2007 e da Circular BACEN nº 3.360/2007**, no âmbito do Grupo Itaú Unibanco constituído por meio da aquisição do Unibanco pelo Itaú, **o crescimento do estoque de prejuízos fiscais gerado pelos prejuízos existentes no Unibanco diminuiu a capacidade de investimento e de obtenção de lucros das empresas de todo o Grupo**, constituindo assim **a redução do estoque de prejuízos propósito negocial extratributário**, tendo sido também demonstrado ao longo desse item que a **Deliberação CVM nº 599/2009 induzia a operação questionada pela fiscalização**.

Já quanto ao **segundo fundamento autônomo** acima (referido no segundo parágrafo acima transcrito), demonstrou o Recorrido no item **1.4 da impugnação** que em razão das operações realizadas **o valor total pago pelo Impugnante e pelo Unibanco a título de IRPJ e CSL no período de 2009 a 2014, quando da incorporação do Unibanco, foram R\$ 511.371.192,41 MAIORES do que teriam sido se as operações em questão não houvessem sido realizadas**, conforme demonstrado nas planilhas anexas à impugnação (docs. 03 e 04 da impugnação), fato confirmado pelo Termo de Constatação elaborado pela KPMG Assessores Ltda (doc. 02 do recurso voluntário), **circunstância que não poderia ter sido desconsiderada pela fiscalização**, já que a jurisprudência administrativa e a própria Coordenação do Sistema de Tributação entendem que antes de proceder à glosa de uma despesa ao argumento de que realizada apenas visando economia fiscal a fiscalização deve considerar **a arrecadação global do tributo, devendo a dedutibilidade de uma despesa ser aceita nesses casos quando devidamente tributada pela outra parte contratante, sem qualquer prejuízo ao Fisco**.

Esses dois novos fundamentos autônomos, que a Recorrente não pode alegar desconhecer posto que especificamente tratados nas contrarrazões de recurso

voluntário que inclusive encontram-se transcritas no recurso especial (fls. 2938/2941), **foram expressamente acolhidos no voto vencedor do v. acórdão recorrido.**

[...]

Nesse contexto, **deveria a Fazenda Nacional ter demonstrado a divergência** da jurisprudência de turma diversa do CARF ou da CSRF **também quanto aos dois primeiros fundamentos expostos no voto vencedor do v. acórdão recorrido**, o que não ocorreu, razão pela qual seu recurso especial não pode ser conhecido.

De fato, desde a defesa o sujeito passivo argumenta que *embora o próprio fiscal autuante afirme textualmente que o presente processo é apenas uma continuação da autuação anterior, e que os créditos tributários teriam sido lançados com base no “mesmo tratamento tributário aplicado no auto de infração anterior”, não houve no auto de infração originário acusação de fraude ou simulação com a consequente exigência de multa qualificada, bem como não foram cobradas as contribuições ao PIS e COFINS. Trata-se de fato realmente incontroverso.*

Além disso, também demonstrou a contribuinte, tanto na defesa quanto no recurso voluntário (fls. 2.441), que a manutenção da glosa pelo *paradigma* (Acórdão nº **1401-002.345**) – mantida exclusivamente sob a premissa de ausência de *interesse* ou *propósito negocial* na operação realizada -, não se sustentaria por outras duas razões que teriam deixado de ser apreciadas naquela ocasião, quais sejam: **(i)** que as operações realizadas *são em realidade até mesmo induzidas pelas normas regulamentares do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil e da CVM, estando convicto que se tais normas houvessem sido levadas em consideração na ocasião certamente teria sido outro o resultado daquele julgamento*; e **(ii)** *das operações realizadas NÃO DECORREU PREJUÍZO ALGUM AO ERÁRIO MAS AO CONTRÁRIO DELAS RESULTOU UM INCREMENTO DE ARRECADAÇÃO NO PERÍODO AUTUADO DA ORDEM DE R\$ 616.000.000,00 (na data-base 31/12/2014).*

Nesse contexto, cumpre notar que o voto vencido da Relatora do acórdão recorrido apreciou e afastou de forma direta a procedência desses argumentos.

Por outro lado, **o voto vencedor reconheceu que as normas regulatórias apontadas autorizariam a implementação do planejamento tributário em questão em conglomerado de instituições financeiras, sendo que a tributação das receitas financeiras para absorver prejuízos fiscais na outra ponta constitui um propósito negocial legítimo.** Confira-se, nesse sentido, a seguinte passagem da decisão recorrida:

[...]

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

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

Nesse aspecto, penso ser relevante o argumento de defesa, quando evidencia que a CVM e BACEN, através de suas normas, obrigam as instituições financeiras a manterem permanentemente um compromisso de capital (“Patrimônio de Referência Exigido”), composto pela somatória de diversos elementos, e dentre elas, o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL, ponderado a 300%. Sustenta, assim, que por força de tais normas, a simples existência dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL do Unibanco já implicaria na redução da capacidade de investimento das instituições financeiras do conglomerado Itaú Unibanco, o que significa dizer que quanto maior os saldos dos mencionados créditos tributários, menor o capital disponível que pode ser utilizado por essas instituições, na consecução de suas atividades sociais.

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

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

[...]

A ementa do julgado, aliás, registra expressamente que tais normas regulatórias inclusive induziram as operações praticadas, conforme atesta a seguinte passagem: *“a realização de operações legítimas visando à geração de lucros capazes de absorver os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, especialmente no caso de instituições financeiras, é **propósito negocial legítimo, induzido por normas do CMN, BACEN e CVM**, e não afasta a necessidade das despesas efetivamente incorridas”*. (grifamos)

Trataram-se as normas regulamentares bancárias, portanto, de elemento fático-jurídico determinante para o desfecho da decisão recorrida.

Quanto à alegada falta de prejuízo ao Erário, também combatida no detalhe pelo voto vencido, verifica-se que o voto vencedor, embora não chegue a reconhecê-la de forma contundente, considerou como vício no lançamento o fato da fiscalização não ter demonstrado um efetivo prejuízo ao Erário. Confira-se:

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

Ocorre que, da leitura integral do Acórdão trazido como *paradigma* (1401-002.345), chama atenção que tal *decisum*, embora tratando da mesma operação, não apreciou a matéria à luz das referidas normas regulatórias, normas estas que sequer foram mencionadas nem nos votos (vencedor e vencido) e nem no relatório, bem como foi omissa quanto à necessidade da fiscalização demonstrar prejuízo ao Erário.

Ao contrário, então, daqui, onde a glosa das despesas financeiras foi afastada em face de normas dirigidas às instituições financeiras (notadamente em torno do *índice Basileia* e do *Patrimônio de Referência*), normas estas qualificadas expressamente como indutoras do planejamento tributário que envolveu o aumento de capital seguido da aquisição dos Certificados de Depósitos Interfinanceiros (CDI's) como meio de absorção de prejuízos fiscais em menor prazo, sem o cumprimento do ônus do Fisco de demonstrar eventual prejuízo ao Estado, a discussão no caso comparado restringiu-se à possibilidade ou não da economia tributária servir de causa deste planejamento, mas sem levar em conta tanto as *regras indutoras* como eventual *prejuízo* com a alegada economia tributária.

Tratam-se, assim, de acórdãos que, embora possuam um ponto comum, qual seja, o tratamento fiscal de juros oriundos da mesma operação, foram julgados sob *perspectivas* distintas, até mesmo porque os argumentos de defesa aqui apresentados podem ser considerados inéditos em relação ao anterior precedente.

Daí a incomparabilidade dos Arestos para o fim pretendido pela Recorrente, afinal não é possível criar a convicção de que, caso o recurso voluntário apresentado neste feito tivesse julgado pelo Colegiado do *paradigma* com base nesses *novos contornos*, de fato a ausência de propósito negocial restaria mantida.

Dessa forma, o recurso especial não deve ser conhecido.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial fazendário apontando que há *dois novos fundamentos autônomos* acolhidos no voto vencedor do acórdão recorrido e desenvolvidos em defesa após a prolação do acórdão paradigma.

O recurso especial da PGFN alinha os casos comparados sob a ótica de que se trata, aqui, de *continuação da operação objeto do processo nº 16327.721149/2015-78*, e confronta a decisão de *reverter a glosa de despesas, decorrentes de operações de Depósitos Interbancários, que se mostraram necessárias, no caso concreto*, por contrariar julgado exarado em face de caso concreto idêntico, que *reconheceu a indedutibilidade das despesas financeiras decorrentes das operações com depósitos interbancários, mantendo a autuação*. A similitude fática é afirmada em face de os acórdãos comparados terem analisado a *mesma infração, ou seja, mesmos fatos, provas e fundamentos*. E enfatiza-se:

Para o presente recurso não é relevante a roupagem atribuída à operação, mas sim, o fato de que diante da mesma infração, envolvendo a mesma operação, os mesmos fatos, as mesmas provas, enquanto o acórdão recorrido concluiu tratar-se de despesa necessária, o acórdão divergente entendeu ser uma despesa desnecessária, mantendo a indedutibilidade da despesa.

Depois de transcrever os fundamentos do voto vencedor do acórdão recorrido, a PGFN pondera que:

Assim, constata-se que a glosa das despesas financeiras decorrentes das operações com depósitos interbancários foi revertida, divergindo frontalmente da decisão proferida pela 1ª Turma da 4ª Câmara, que a manteve.

Como se infere da leitura acima, apesar de discorrer acerca da operação e enfrentar a dedutibilidade das despesas, independentemente da roupagem atribuída a tal operação, conclui-se que a Turma entendeu pela possibilidade de dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes das operações com depósitos interbancários, por entenderem tratar-se de despesas necessárias.

Contudo, como já mencionado, em sentido oposto, decidiu a 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, por meio do Acórdão nº 1401-002.345, analisando a mesma operação, diferenciando-se tão somente quanto aos anos calendários, entendeu desnecessárias as mesmas despesas financeiras decorrentes das operações com depósitos interbancários, mantendo a indedutibilidade da despesa, conforme ementa a seguir transcrita na íntegra:

[...]

Constata-se que o acórdão paradigma analisando o mesmo arcabouço fático e jurídico, entendeu que as despesas financeiras pagas em função da emissão dos

DIs são desnecessárias, por inexistência de propósito negocial, afastando expressamente a possibilidade de dedutibilidade de tais despesas.

Dessa forma, o entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma, quando admite a dedutibilidade da despesa, ao argumento de ser necessária.

Perceba-se que a autuação é idêntica, assim como a operação que deu causa, ambos os casos referem-se à glosa de despesas financeiras decorrentes de operações com depósitos interbancários entre Itaú e Unibanco.

Contudo, acórdão recorrido e paradigma, mais uma vez repisa-se, analisando exatamente as mesmas operações relativas à glosa de despesas com depósitos interbancários, divergiram quanto à necessidade da despesa, nos termos do art. 299, do RIR/99. Enquanto o recorrido entendeu pela dedutibilidade da despesa, amparado em suposto “legítimo propósito negocial”, cancelando-se a autuação; o paradigma manteve a autuação, por entender que, diante da inexistência de propósito negocial, trata-se de despesa desnecessária, ratificando a indedutibilidade da despesa.

No voto declarado no Acórdão nº 9101-006.357, esta Conselheira assim expôs aspectos que, em sua concepção, afetam a caracterização de divergência jurisprudencial na decisão de casos com significativa similitude, como o presente:

A pretensão fazendária, assim, é que se afirme a incompatibilidade dos valores glosados nestes autos com as regras de dedutibilidade de amortização de ágio fundamentado economicamente na aquisição de “fundo de comércio, bens intangíveis e outras razões econômicas”. Contudo, para que este Colegiado possa assim proceder, no exercício da sua competência de instância especial para solução de dissídios jurisprudenciais, é necessário que as diferentes soluções dadas aos casos comparados residam na interpretação da legislação tributária de regência da matéria questionada.

A circunstância de os casos comparados tratarem da mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários e, assim, objeto de lançamento em distintos autos, submetidos à apreciação de diferentes Colegiados do CARF, é um indicativo forte no sentido de as soluções distintas representarem diferentes interpretações da legislação de regência da matéria. Tal, porém, somente se confirmará se as decisões diferentes partirem de discussões sob premissas semelhantes.

E múltiplos fatores podem conduzir os Colegiados a decidir de forma diferente acerca da procedência do lançamento. Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se cogitar que: i) os lançamentos: i.i) sejam aperfeiçoados com o acréscimo de argumentos de reforço nas lavraturas posteriores à primeira; i.ii) sejam depreciados com exposições resumidas ou adaptações incorretas da primeira formalização; ou i.iii) refiram legislação distinta em razão da sua alteração ao longo do período no qual os efeitos tributários se verificaram; ii) as defesas

também sejam aperfeiçoadas ou depreciadas ao tempo em que produzidas; iii) distintas autoridades julgadoras de 1ª instância confrontem as defesas com argumentos específicos ou até reconheçam de vícios de ofício, que motivem recursos voluntários com diferentes construções argumentativas; e iv) Colegiado de 2ª instância ignore argumentos de defesa que outro Colegiado tome como determinante para a solução distinta aplicada ao caso. Esta última circunstância, em regra, demandará atuação da parte interessada para desfazer a dessemelhança entre os cenários mediante oposição de embargos de declaração, isso se distinção não estiver consolidada por insuficiência do recurso voluntário.

Mas, uma vez alinhados os cenários submetidos aos diferentes Colegiados do CARF, as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. A resposta deverá, necessariamente, resultar de interpretação da legislação tributária, e isso inclusive no exercício da livre convicção prevista no art. 29 do Decreto nº 70.235/72², dado tal dispositivo apenas impedir a imposição ao julgador de uma fórmula de apreciação de provas, sem representar um salvo-conduto para edição de atos decisórios imotivados.

No presente caso, as soluções adotadas pelos diferentes Colegiados do CARF são substancialmente distintas e claramente afetadas pela percepção dos fatos extraída da acusação fiscal confrontada pela defesa da Contribuinte. O Colegiado *a quo* entendeu que o *custo dos direitos de crédito adquiridos* seriam passíveis de amortização por fundamento legal distinto daquele adotado pela autoridade lançadora para glosa e, no paradigma, este fundamento foi considerado correto para anular as repercussões no lucro tributável frente a *planejamento fiscal irregular que transformou a aquisição de uma carteira de clientes em uma empresa formalmente constituída para esse fim*.

Importante, assim, verificar se há alinhamento entre os litígios submetidos à decisão dos diferentes Colegiados do CARF.

[...]

Esta Conselheira concorda com a conclusão do I. Relator de que, como o Colegiado do paradigma não analisou a matéria à luz da mesma legislação tributária que foi invocada no acórdão recorrido como razões de decidir, prejudicada estaria a caracterização do dissídio jurisprudencial. Contudo, cabe observar que casos podem existir no qual esta circunstância ocorre e o dissídio jurisprudencial reside, justamente, na análise da matéria sob legislação distinta. Aqui, porém, como demonstrado, é possível afirmar que a distinção dos cenários

² Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

jurídicos decorre da omissão do Colegiado paradigma acerca do art. 325 do RIR/99, que lá não foi alegado, ou se teve por não alegado, como razão de defesa.

Nesta linha, é possível aplicar, aqui, a máxima que tem orientado, frequentemente, a decisão de conhecimento de recurso especial nesta Turma: não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma manteria o presente lançamento porque, embora apreciando a mesma operação e a mesma acusação fiscal, não há evidências de que tenha apreciado os mesmos argumentos de defesa da Contribuinte.

Assim, ausente o enfrentamento, no paradigma, acerca da repercussão do art. 325 do RIR/99 nos efeitos fiscais da operação em debate, o dissídio jurisprudencial não se estabelece. Infere-se, de todo o exposto, que minimamente a defesa apresentada pela Contribuinte nestes autos foi distinta daquela apresentada no paradigma, e assim motivou dessemelhança no contexto fático e jurídico posto sob apreciação do Colegiado *a quo*, impedindo a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Em contrarrazões, a Contribuinte sustenta que em razão do aperfeiçoamento de sua defesa depois da edição do paradigma, o voto condutor do acórdão recorrido estaria sustentado por *dois novos fundamentos autônomos*. Contudo, comparando estas abordagens com os fundamentos invocados no paradigma, não é possível afirmar que tais fundamentos sejam novos ou suficientes para sustentar o acórdão recorrido.

O *primeiro fundamento autônomo* guarda relação com a Resolução CMN nº 3.444/2007, a Resolução CMN nº 3.490/2007 e a Circular BACEN nº 3.360/2007, as quais, juntamente com a Deliberação CVM nº 599/2009, seriam indutoras da operação para redução do estoque de prejuízos fiscais do Unibanco, como forma de restabelecer *a capacidade de investimento e de obtenção de lucros das empresas em todo o Grupo*, evidenciando *propósito comercial extratributário*.

O voto vencedor do acórdão recorrido acolhe este argumento nos seguintes termos:

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

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

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

Nesse aspecto, penso ser relevante o argumento de defesa, quando evidencia que a CVM e BACEN, através de suas normas, obrigam as instituições financeiras a manterem permanentemente um compromisso de capital (“Patrimônio de Referência Exigido”), composto pela somatória de diversos elementos, e dentre elas, o crédito tributário relativo a prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL, ponderado a 300%. Sustenta, assim, que por força de tais normas, a simples existência dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL do Unibanco já implicaria na redução da capacidade de investimento das instituições financeiras do conglomerado Itaú Unibanco, o que significa dizer que quanto maior os saldos dos mencionados créditos tributários, menor o capital disponível que pode ser utilizado por essas instituições, na consecução de suas atividades sociais.

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

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

Veja-se que ao acolher o propósito legítimo da operação que gera lucros para absorção de prejuízos e bases negativas acumulados do Unibanco, o voto condutor do acórdão recorrido diz que tal *não afasta a necessidade das despesas incorridas pelo Recorrente*, e nada adiciona neste sentido, voltando a afirmar a prática como medida de boa gestão administrativa e, também, propósito negocial legítimo. Ou seja, o voto condutor do acórdão recorrido legitima a operação como meio para *reduzir o Patrimônio de Referência Exigido para o grupo, liberando capital a ser utilizado em aquisições e/ou operações mais lucrativas*.

O voto condutor do paradigma, por sua vez, embora também concorde com o interesse em reduzir o saldo de prejuízos fiscais e bases negativas do Unibanco, conclui que isto não legitima a dedutibilidade das despesas apropriadas pela Contribuinte:

A título de explicação, conforme bem debatido no julgamento. Os ativos que remanesceram com o Unibanco montavam em cerca de 7 bilhões, enquanto que o passivo girava em torno de 1 bilhão. Ou seja, não havia necessidade de caixa do Unibanco a ser atendida.

Dentro desta realidade, qual seja, a da manutenção de atividades do Unibanco para realização de seus ativos e quitação do seu passivo, do qual a sobra geraria cerca de 6 bilhões realizou-se, sem qualquer justificativa negocial, um aumento de capital por parte do Itaú no valor de cerca de R\$ 20 bilhões. Detalhe importante, este aporte foi realizado com recursos de caixa disponíveis do próprio Itaú.

Se a operação se encerrasse desta forma, também neste caso admitiria este relator não haver aparente irregularidade. **A realização do aporte, mesmo que sem uma justificativa plausível, poderia obedecer a alguma intenção específica de negócios ou, até mesmo, para facilitar a realização dos seus ativos ou prejuízos em estoque.**

Não foi o que ocorreu. A operação não se encerrou neste ponto.

[...]

Em alguns votos tenho me posicionado no sentido de admitir os negócios realizados pelas empresas quando obedecem uma lógica empresarial e, por outro, não tenho aceito as operações que, além do benefício tributário, não trazem qualquer razão empresarial. Veja-se, neste sentido, de que não estou falando de uma razão empresarial muito desenvolvida. Como já citei mais acima, o aporte de capital realizado pelo Itaú no Unibanco, mesmo em se considerando que este estava em processo de encerramento de atividades, **seria considerado regular quando visando um propósito empresarial, qual seja, o de agilizar a realização de seu ativo e esgotar os prejuízos em estoque.**

Do ponto de vista do grupo Itaú/Unibanco tal operação, mesmo que excessiva diante da situação de caixa do Unibanco poderia ter como objetivo o que fora idealizado desde a realização do negócio, qual seja, propiciar o rápido encerramento das atividades do Unibanco.

Agora, quando seguimos na análise do filme, verificamos que **o interesse não era só esse**. Em verdade o Itaú indicou uma necessidade de aporte de capital do Unibanco, que não existia de fato, para lhe enviar recursos que se encontravam no caixa e, desta forma, criar uma necessidade de caixa no Itaú, resolvida pela emissão de CDIs pelo próprio Itaú que foram imediatamente adquiridos pelo Unibanco, realizando assim, a devolução dos recursos e **gerando uma despesa financeira no Itaú sem qualquer justificativa negocial ou empresarial senão a de reduzir o pagamento de IRPJ e CSLL mediante a dedução destas despesas.** (destacou-se)

Ou seja, o outro Colegiado do CARF concluiu que mesmo se houvesse *alguma intenção específica de negócios* para consumir o estoque de prejuízos fiscais e bases negativas do Unibanco, isto não poderia justificar a dedução das despesas no lucro tributável da Contribuinte.

Veja-se que a transcrição da impugnação apresentada nestes autos, trazida pela Contribuinte em suas contrarrazões, indica que esta argumentação já integrava a defesa do litígio anterior:

Assim, muito embora entenda o Impugnante que **tal interesse já houvesse sido suficientemente justificado na ocasião**, face aos termos daquele voto na presente impugnação demonstrará o Impugnante que as operações realizadas possuíam sim legítimo propósito negocial e são em realidade até mesmo induzidas pelas normas regulamentares do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil e da CVM, estando convicto que se tais normas houvessem sido levadas em consideração na ocasião certamente teria sido outro o resultado daquele julgamento. *(destacou-se)*

O *primeiro fundamento autônomo* invocado pela Contribuinte, portanto, não é propriamente “novo” porque o voto condutor do paradigma cogitou a possibilidade de sua existência e refutou sua eficácia para legitimar a dedução das despesas aqui também glosadas. Assim, aquele argumento somente constituiria fundamento autônomo se no paradigma a glosa fosse mantida sob o entendimento de que a Contribuinte não provara o interesse do grupo econômico em reduzir os prejuízos fiscais acumulados pelo Unibanco.

O *segundo fundamento autônomo* diz respeito à demonstração de que o valor total pago pelo grupo, no período de 2009 a 2014, foi maior do que teria sido se as operações em questão não fossem realizadas. Com base nesta ocorrência, a Contribuinte invocou jurisprudência administrativa e manifestação da Coordenação do Sistema de Tributação no sentido de *a dedutibilidade de uma despesa ser aceita nesses casos quando devidamente tributada pela outra parte contratante, sem qualquer prejuízo ao Fisco*.

O voto condutor do acórdão recorrido adota, sim, este entendimento, mas o faz de forma subsidiária, como se vê na transcrição a seguir, no ponto subsequente à conclusão firmada com base nos fundamentos antes expostos:

[...]

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

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

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

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

Penso diferente.

Primeiro, não há que se falar em consumo de prejuízos fiscais acima do limite, pois inexistente acusação nesse sentido. O prejuízo acumulado foi consumido dentro do limite estabelecido em Lei, ainda que os valores registrados a este título tenham sido consumidos em prazo menor do que teria sido acaso as operações em questão não houvessem disso realizadas.

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

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

[...]

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

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

Frise-se que esta abordagem foi deduzida no âmbito da definição dos requisitos de dedutibilidade das despesas glosadas, e não de nulidade por eventual imprecisão da acusação fiscal. Por esta razão tem o caráter de argumentos subsidiário de mérito e não fundamento autônomo, como defendido pela Contribuinte.

Esta Conselheira, portanto, concorda com a percepção do I. Relator de que, *quanto à alegada falta de prejuízo ao Erário, apesar de combatida no detalhe pelo voto vencido, não chegou a ser reconhecida no voto vencedor, que se limitou a observar que a fiscalização não pode deixar de considerar a arrecadação total do tributo, devendo a dedutibilidade da despesa ser aceita sempre que comprovado ter representado uma receita tributável na outra parte contratante.*

Ademais, como antes demonstrado, o voto condutor do paradigma analisa a questão sob a mesma ótica do voto vencido do acórdão recorrido: *o planejamento tributário engendrado pelo Grupo Itaú teve por objetivo não a redução do tributo pago pelo grupo como um todo, num determinado período, mas sim a utilização de prejuízos fiscais acumulados no Unibanco em limites superiores ao permitido legalmente*. Sob esta diretriz, o voto condutor do paradigma não cogita considerar efeitos de recolhimentos pelo Unibanco na avaliação das repercussões da operação realizada, e decide a questão contrariamente ao interesse da Contribuinte porque o meio buscado para consumir o estoque de prejuízos e bases negativas do Unibanco resultou, no reverso, em indevida redução do lucro tributável da Contribuinte:

Então chegamos a um outro questionamento fundamental. Esta operação seria realizada se o Unibanco não fosse empresa do próprio grupo?

Acho muito difícil. Não sendo empresa do grupo o aporte de capital, mesmo que possível, não traria rendimentos diferentes do que os que poderiam ser obtidos pelo próprio Itaú em suas operações. Segundo, mesmo que assim fosse realizado, a necessidade de caixa do Itaú a ser atendida com a emissão de CDIs, não traria nenhum benefício ao grupo, pois as despesas financeiras seriam auferidas por terceiros e não pelo próprio grupo.

Ora, se houvesse lógica empresarial muito provavelmente tal operação não teria sido realizada o que só corrobora a tese da fiscalização de que as despesas criadas a partir das operações realizadas pelo grupo não possuem o caráter de necessidade e usualidade a permitirem a sua dedutibilidade na apuração dos lucros, haja vista, que carecem de caráter negocial.

Note-se, inclusive, que a existência de recolhimentos promovidos pelo Unibanco estava relatada no acórdão paradigma, quando resumidos os fundamentos da acusação fiscal:

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

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

20) Em 2012, da mesma forma, as receitas com DI incrementaram o lucro contábil do Unibanco em R\$ 287.008.194,726 e, também, o lucro real e a base de cálculo da CSLL. Porém, **o lucro tributável também foi amenizado em razão da existência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL, os quais resultaram em**

um incremento na compensação no mesmo valor para ambos de R\$ 86.102.458,50.

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

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

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

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

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

[...]

26) Pelos demonstrativos extrai-se que no Itaú Unibanco, as despesas com DI reduziram, por óbvio, o lucro líquido antes da CSLL de 2010 a 2012, nos respectivos valores de R\$ 904.943.518,33, R\$ 2.434.780.534,33 e R\$ 287.008.194,72.

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

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

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

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

31) Pelo exposto, o resultado do aporte de capital no Unibanco, subsidiária integral, e o subsequente retorno desse capital ao acionista Itaú Unibanco foi vantajoso para ambos apenas no aspecto tributário sem qualquer outro benefício seja no aspecto societário, empresarial ou negocial.

32) Em suma, em razão dessas operações, o Itaú Unibanco reduziu o seu lucro tributável e o Unibanco, antes de ser extinto, conseguiu zerar todo o saldo de base negativa da contribuição social, no ano de 2013, enquanto que o de prejuízos fiscais restou um montante de apenas R\$ 76.255.217,64, conforme o SAPLI. O Itaú Unibanco registrou despesas com DI e o Unibanco as correspondentes receitas. Eram esses os objetivos de todo o planejamento sem que houvesse qualquer motivação extratributária.

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

O *segundo fundamento autônomo*, portanto, não insere uma circunstância nova desconsiderada na edição do paradigma, que está calcado em interpretação divergente do voto vencedor do acórdão recorrido, vez que alinhado à premissa do voto vencido, de que a operação foi estruturada para indevido aproveitamento de prejuízos e bases negativas acumulados no Unibanco.

A confirmar que este segundo fundamento não tem autonomia para sustentar o acórdão recorrido, vê-se que o recurso especial fazendário é suficiente para revertê-lo mediante definição da interpretação da legislação tributária que deveria prevalecer no seguinte contexto:

Pergunta-se: adequa-se ao conceito de despesas necessárias aquelas realizadas para permitir que uma controlada compense prejuízos fiscais? Despesas para viabilizar a compensação de prejuízos fiscais de uma controlada são necessárias à

atividade da empresa controladora e à manutenção da sua respectiva fonte produtora? As despesas incorridas pelo ITAU UNIBANCO são usuais ou normais, considerando as justificativas apresentadas pelo recorrente?

Os dois casos comparados analisaram precisamente a situação fática apontada. Para o voto vencedor do acórdão recorrido a existência de recolhimentos no Unibanco foi elemento adicional para validar a operação, ao passo que o voto vencido do acórdão recorrido e o voto condutor do paradigma negam a dedutibilidade das despesas glosadas porque decorrentes de operação que se prestou a consumir os prejuízos fiscais e bases negativas acumulados da controlada. Assim, há similitude suficiente que situa a divergência entre as distintas soluções adotadas no âmbito da interpretação da legislação tributária, em especial do art. 299 do RIR/99, no contexto exposto.

Por fim, quanto ao fato de a presente exigência também ter resultado em lançamentos de Contribuição ao PIS e de Cofins, além de ser acrescida de multa qualificada sob a imputação de fraude, são diferenciais que somente afetariam a caracterização da divergência jurisprudencial em situação inversa à presente. Como, no presente caso, o lançamento foi cancelado sob a premissa de que a operação questionada seria legítima, a decisão recorrida se deu sob a parte do contexto fático acusatório que é equivalente ao analisado no paradigma.

Estas as razões, portanto, para divergir do I. Relator e concluir que o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa