



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.721221/2019-91
ACÓRDÃO	1101-001.347 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de julho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BANCO ITAUCARD S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

DESPESAS. COMPROVAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

As despesas não comprovadas documentalmente sujeitam-se à glosa correspondente, visto que a pessoa jurídica é obrigada, por lei, a conservar em ordem, documentos e papéis que se refiram a atos e operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial. Os requisitos gerais de dedutibilidade de despesas operacionais previstos no art. 299 do RIR/99, assim como as regras próprias de dedução de juros previstas nos arts. 374 e 375 do RIR/99, são aplicáveis para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ.

DESPESA OPERACIONAL.

São operacionais as despesas não computadas nos custos, usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, desde que necessárias à sua atividade e à manutenção da respectiva fonte produtora. Caso concreto em que restou demonstrada a dedutibilidade da despesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Vencidos os conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Edmilson Borges Gomes que davam provimento parcial para afastar a multa qualificada.

Sala de Sessões, em 16 de julho de 2024.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, efls. 1431-1480, contra Acórdão da DRJ, e-fls. 1403-1423, que julgou improcedente impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, efls. 410-446, contra autuações referentes a despesas não necessárias ou não dedutíveis (efls. 54-106), por sua vez decorrentes de IRPJ e CSLL, nos anos-calendário 2014 e 2015, acrescidos de multa proporcional qualificada de 150% e juros de mora.

Por bem sintetizar os fatos, reproduzo o relatório do Acórdão combatido – efls. 1403-1423:

No Termo de Verificação Fiscal (TVF), às folhas 54 a 81, o Auditor Fiscal da Receita Federal procedeu ao relato e à fundamentação das exigências que, **em forma resumida**, serão apresentados a seguir:

1 – A Comissão de Valores Imobiliários (CVM), no exercício de suas atividades fiscalizatórias, identificou uma série de **transações atípicas** com contratos de derivativos ocorridas na bolsa B3, que ocorreram entre as contrapartes BANCO ITAUCARD S.A., empresa fiscalizada, e o seu controlador, ITAÚ UNIBANCO S.A., que detinha 97,92% de participação da ITAUCARD, segundo a ECF/2014.

2 – Por meio do DESPACHO - GMA-2, de 11/07/2018, a CVM encaminhou à Receita Federal cópia dos autos do Processo Administrativo Sancionador (PAS) SEI nº19957.005918/2018-10, que contém o **Termo de Acusação**, originado no Processo CVM SEI nº19957.008207/2016-27, instaurado em 09/11/2016, em decorrência de indícios de irregularidades identificados nos trabalhos rotineiros de acompanhamento do mercado de derivativos conduzidos pela GMA-2, envolvendo operações em nome das carteiras próprias do ITAÚ UNIBANCO S.A. e do BANCO ITAUCARD S.A.. O presente TVF é baseado nas informações do referido PAS SEI, especialmente no seu Termo de Acusação.

3 – O ITAÚ UNIBANCO possuía investimentos em contratos de derivativos. Contabilmente, os resultados desses investimentos eram reconhecidos pelo ITAÚ UNIBANCO, à medida que recebia os ajustes diários. Fiscalmente, era necessário o encerramento dessas posições, para que então se pudesse **reconhecer o resultado** acumulado na operação.

4 – Assim, o ITAÚ UNIBANCO executou um conjunto de operações em bolsa, que tiveram, **exclusivamente**, a ITAUCARD (fiscalizada) como contraparte. Estas transações transferiram, do ITAÚ UNIBANCO para o ITAUCARD, os investimentos previamente feitos pelo ITAÚ UNIBANCO, para que este pudesse reconhecer fiscalmente os resultados acumulados até então, tendo seus ganhos tributados.

5 – Após serem mantidos **por poucos dias** pelo ITAUCARD, as posições em derivativos voltavam para o ITAÚ UNIBANCO, sendo que durante os dias em que manteve as posições em contratos de derivativos, o ITAUCARD se expôs a risco de mercado (variação nos preços dos contratos). Em consequência, os preços dos derivativos nas “operações de ida” foram diferentes dos preços nas “operações de volta”. Assim, o ITAUCARD incorreu em despesas de R\$ 843.870.283,01 nos exercícios de 2014 e 2015.

6 – As operações envolveram contratos futuros de cupom cambial de DI1 (código: **DDI**) e de contratos de swap cambial de operações compromissadas de um dia OC1 (código: **SCS**), conforme caracterização constante dos itens 24 a 31 do Termo de Acusação da CVM.

7 – O Termo de Acusação da CVM destaca a **falta de liquidez** dos contratos negociados, conforme seu item 53, onde informa que *“A iliquidez era tanta nos contratos de DDI e de SCS que, nas séries objeto das operações diretas nos seis pregões em análise, foram registrados no mercado um total de 80 negócios com contratos DDI e de 53 negócios com contratos SCS. Por sua vez, as operações diretas entre o Itaú e o Itaucard totalizaram 75 negócios (93,75% do total) com contratos DDI e 52 negócios (98,11% do total) com contratos SCS. A representatividade das operações diretas do Itaú e Itaucard no contexto do mercado põe ainda mais em evidência a artificialidade das operações.”*

8 – O Termo de Acusação da CVM também evidenciou que *“não havia interesse do Itaú em se desfazer definitivamente das posições nos contratos de DDI e SCS, como se observou, pois houve a reconstrução integral da posição transferida ao Itaucard nos pregões seguintes, sem que se perdesse a cobertura propiciada pelo hedge da tesouraria do grupo. Se houvesse o interesse em negociar esses contratos, o Itaú teria buscado no mercado outros investidores interessados em assumir suas posições. Não teria negociado exclusivamente na contraparte do Itaucard, pois ele é uma das instituições que fazem parte do Grupo Itaú.”*

9 – As operações aconteceram em 5 “blocos”. Designando-se por bloco, cada conjunto de transações que transferiu posições em contratos derivativos do ITAÚ UNIBANCO para o ITAUCARD, para fazer o movimento contrário, decorridos poucos dias. No TVF consta, para cada bloco, um resumo esquemático da quantidade de contratos negociados, incluindo a perda ou ganho incorrido pela ITAUCARD.

10 – Todas as operações foram concretizadas através de ofertas diretas e tiveram como contrapartes exclusivamente o ITAUCARD e o ITAÚ UNIBANCO S.A., sendo que todas as operações foram intermediadas pela Itaú Corretora de Valores S.A. (“corretora Itaú”).

11 – As operações com derivativos, objeto deste auto, foram feitas para que o ITAÚ UNIBANCO pudesse reconhecer fiscalmente o resultado contábil positivo já existente dos ativos então detidos pelo Banco. Segundo item 48 do Termo de Acusação da CVM, não é possível identificar nenhum sentido econômico na atuação do ITAUCARD nessas operações, exceto para dar saída ao ITAÚ. O ITAUCARD não tinha qualquer necessidade de ter posições em contratos futuros de DDI ou de swap cambial nos montantes e vencimentos que o ITAÚ tinha interesse em se desfazer. Os volumes de posições adquiridas pelo ITAUCARD eram muito superiores ao porte da instituição, tendo sido inclusive sido a principal razão das reversões terem ocorrido poucos dias depois.

12 – O Termo de Acusação também aponta a **atipicidade** deste tipo de transação para a ITAUCARD quando afirma (item 23) que *“o Itaú Unibanco é o principal veículo de investimento utilizado para concentrar as operações da tesouraria do Grupo Itaú, em especial aquelas que envolvem contratos de derivativos.”* E que (item 33) *“foi apurado que*

o Itaucard não manteve nenhuma posição em contratos de DDI ou de SCS no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, exceto aquelas que serão adiante detalhadas.”

13 – As transações realizadas foram logicamente planejadas para atender interesses da controladora da fiscalizada. A ITAUCARD somente participou destas transações para dar liquidez ao ITAÚ UNIBANCO, num contexto de condições objetivas e materiais de influência em sua administração. Não se pode dizer que há indícios de que o resultado do ITAUCARD nestas operações havia sido previamente ajustado entre as partes, mas é fato que a fiscalizada incorreu em despesas decorrentes de tais transações, as quais **não se configuram necessárias à atividade** da empresa nem à manutenção de sua fonte produtora.

14 – As despesas com derivativos incorridas pela ITAUCARD no caso em questão não podem ser consideradas como normais e usuais, tampouco necessárias à atividade e à manutenção da empresa. Assim, tais despesas são indedutíveis e deveriam, portanto, terem sido adicionadas ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real (e da base de cálculo da CSLL), conforme exige o art. 249, I do RIR/99.

15 – A prática pela fiscalizada das condutas que configuraram o evidente intuito de fraude, sonegação e conluio implicou a **qualificação da multa**, conforme disposto no inciso I e no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996.

- a ITAUCARD tinha o conhecimento e a vontade de participar das negociações com derivativos, que geraram as despesas ora fiscalizadas, cujas quais resultaram em tributação reduzida, ao longo de todo o período fiscalizado, o que caracterizou a sonegação, nos termos do artigo 71 da lei nº 4.502/64.

- Tendo em vista a absoluta artificialidade dos volumes de contratos derivativos transacionados em bolsa, transmitindo uma falsa impressão ao mercado de que aquelas séries possuíam alguma liquidez, quando na realidade a liquidez era inexistente, restou configurado fraude, nos termos do artigo 72 da lei nº 4.502/64.

- O ajuste doloso entre a fiscalizada e sua controladora, visando execução das operações com contratos de derivativos em bolsa que geraram, para a fiscalizada, as despesas em análise, caracterizou o conluio, nos termos do artigo 73 da lei nº 4.502/64.

16 – Foi formalizada, de acordo com o artigo 2º da Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018, a **representação fiscal** para fins penais, perante o Delegado da Receita Federal do Brasil, tendo em vista a identificação de situações que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social.

A Impugnante, cientificada em 27/12/19 (fl.106), protocolou sua peça Impugnatória (fls.410 e ss), juntamente com documentos anexos, em 27/01/2020 (fl.409), onde alegou em **síntese apertada** que:

1 – A autuação fiscal decorre exclusivamente de alegações objeto de acusação inicial constantes do Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.005918/2018-10, que foi instaurado pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários (SMI) para apurar a eventual responsabilidade pela suposta criação de condições artificiais de demanda, oferta de preço em determinadas operações com *contratos futuros de cupom cambial de DI1 (DDI) e contratos de swap cambial de operações compromissadas de um dia OC1 (SCS)*, realizadas entre o ITAÚ UNIBANCO S.A. e a Impugnante, entre dezembro de 2014 e abril de 2015, na BM&FBovespa.

2 – A leitura do TVF revela que a acusação fiscal parte das alegações constantes do Termo de Acusação (doc. 02) objeto do Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº19957.005918/2018-10, no sentido de que não haveria “sentido econômico” nas aquisições dos contratos de DDI e SCS pela Impugnante junto ao ITAÚ UNIBANCO, e que a sua participação nessas operações teria se dado apenas para dar-lhes liquidez.

3 – A operação por parte do ITAÚ UNIBANCO possui justificativa econômica:

As operações envolvendo os contratos de DDI e SCS realizadas a fim de antecipar a tributação dos correspondentes ganhos e, consequentemente, evitar o risco de baixa dos relevantes saldos dos créditos tributários de natureza diferida, tiveram propósito econômico legítimo para o ITAÚ UNIBANCO, tanto que reconhecido pela própria fiscalização e pelo Termo de Acusação da SMI.

Faz menção à trechos da Carta-Circular BACEN nº 3.093 de 04/04/2003 e artigos da Resolução CMN nº 3.059, de 20/12/2002 e conclui que para atender as condições impostas pelo art. 1º da Resolução CMN nº 3.059 e não correr o risco de ter que proceder à baixa contábil do saldo acumulado de prejuízo fiscal, o ITAÚ UNIBANCO decidiu alienar os contratos de DDI e SCS e com isso reconhecer fiscalmente o resultado contábil positivo já existente desses ativos, nos termos do art. 32 da Lei nº 11.051, de 29/12/2004.

4 – A operação por parte da Impugnante possui justificativa econômica:

Diferentemente do que alega a fiscalização, as operações também tiveram propósito econômico legítimo para Impugnante, tendo em vista que a baixa do ativo fiscal diferido do ITAÚ UNIBANCO traria sérias consequências na determinação dos limites operacionais mínimos exigidos pelas normas bancárias, comprometendo a capacidade de investimento da própria Impugnante.

A aquisição dos contratos de DDI e SCS pela Impugnante é plenamente justificada pelas determinações regulamentares do CMN, BACEN e CVM, posto que tais normas induzem as instituições financeiras pertencentes a um mesmo **Conglomerado Financeiro** a adotar medidas visando gerar lucro tributável capaz de absorver os saldos de prejuízo fiscal e demais créditos fiscais diferidos, bem como evitar a todo custo a sua baixa, o que afeta a próprio Impugnante, pois o requerimento de capital prudencial é determinado de forma consolidada por Conglomerado Financeiro.

Discorre sobre a Resolução CMN nº 4.192, de 01/03/2013, Resolução CMN nº 4.280, de 31/10/2013, Resolução CMN nº 4.193, de 01/03/2013, Resolução CMN nº 3.059, de 20/12/2002, Deliberação CVM nº 599/2009 e Pronunciamento Técnico CPC 32 para pormenorizar e corroborar seu entendimento.

5 – As despesas são dedutíveis:

O Fisco reconhece que as perdas incorridas pela Impugnante nas operações de DDI e SCS são efetivas e que não houve qualquer manipulação do resultado de tais operações. Essas alegações estão em linha com a argumentação do Termo de Acusação da SMI (doc. 02), que em diversas passagens reconhece que não houve manipulação na fixação dos preços daqueles contratos, posto que decorrentes de movimento imprevisível do mercado.

As despesas financeiras incorridas pela Impugnante nas operações de derivativos financeiros decorrem de atividades realizadas em conformidade com o seu objeto social, previsto no Artigo 2º de seu Estatuto Social (doc. 01), qual seja “a atividade bancária, nas modalidades autorizadas para banco múltiplo, com carteiras de investimento, (...)”, e foram realizadas com o intuito de preservar a capacidade de investimento do conglomerado financeiro e do próprio Impugnante isoladamente considerado, de acordo com as determinações do CMN, BACEN e da própria CVM, sendo portanto despesas necessárias, normais e usuais. Faz menção à Acórdãos do Conselho de Contribuintes para corroborar sua tese.

6 – Há vício na apuração da CSLL do ano-calendário 2015:

Tendo em conta o ano-calendário 2015, no qual a alíquota da CSLL, a partir de setembro, foi majorada de 15% para 20%, nos termos da Lei nº13.169/2015, entende que o Fisco deveria ter realizado o cálculo da proporcionalidade da base de cálculo da contribuição no ajuste anual, conforme previsto na Instrução Normativa RFB nº1.591, de 05/11/2015, e que, não tendo sido este o critério adotado pela Fiscalização para apurar o montante supostamente devido, há que se reconhecer a improcedência do respectivo Auto de Infração.

7 – Inexiste simulação, fraude ou conluio e há improcedência na qualificação da multa:

As operações realizadas são efetivas e reais, tendo sido submetidas a leilão na BM&FBovespa, sendo que possuíam 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.

Restou reconhecido que as partes, ITAÚ UNIBANCO e Impugnante, não agiram para obter resultado pré-determinado com as operações envolvendo os contratos de DDI e SCS, tendo as perdas apuradas pela Impugnante decorrido de movimento imprevisível do mercado, sendo inquestionável que no caso concreto não se verifica a presença do dolo.

A eventual discordância acerca do tratamento tributário a ser dado a determinado dispêndio incorrido pela pessoa jurídica não caracteriza hipótese de sonegação, fraude ou conluio, a que aludem os arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64.

Faz extenso raciocínio debruçado nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64 (que definem sonegação, fraude e conluio), arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 (que definem os crimes contra a ordem tributária), parecer jurídico do Professor Dr. Otavio Yazbek, Parágrafo Único do art. 116 do Código Tributário Nacional, arts. 13, 14, 17 e 18 da Medida Provisória nº 66/2002, sua Exposição de Motivos MF 211 e entendimentos doutrinários (que distinguem fraude à lei, elisão abusiva, de fraude contra a lei, evasão), para concluir que:

- não pode a autoridade lançadora punir a Impugnante como se tivesse cometido uma fraude contra a lei, merecedora da multa qualificada, eis que operações com derivativos financeiros, realizadas em ambiente bursátil, que são legítimas e foram feitas a valor de mercado, com incontroversa imprevisibilidade de resultados, não podem ser consideradas como omissão de fatos, inserção de elementos inexatos ou como ato doloso para impedir ou retardar a ocorrência de fato gerador ou para excluir ou modificar suas características essenciais.

- ocorre, no caso concreto, mera divergência na qualificação jurídica dos fatos ocorridos, incapaz de deflagrar a aplicação da multa qualificada, por não configurar fraude, restando definitivamente afastada no caso concreto a ocorrência de sonegação ou fraude, muito menos conluio, que justifique a imposição da multa qualificada.

8 – A Impugnante encerra sua peça impugnatória com o seguinte pedido, *in verbis*:

“Diante do exposto, pede e espera o Impugnante que, pelos fundamentos acima aduzidos, seja acolhida a presente impugnação para o fim de se reconhecer a insubsistência dos Autos de Infração lavrados, como medida de Direito e de Justiça.”

Nada obstante, o Acórdão combatido, efls. 1403-1423, julgou improcedente a impugnação administrativa, mantendo o crédito tributário exigido de IRPJ e de CSLL, acrescidos da multa de ofício qualificada no percentual de 150% e demais acréscimos moratórios, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

DESPESAS. DEDUTIBILIDADE. GLOSA DE DEDUÇÕES INDEVIDAS. CABIMENTO.

A dedutibilidade no resultado tributável das despesas incorridas devem preencher os requisitos de usualidade, normalidade e necessidade à atividade das empresas. As despesas operacionais reconhecidas na apuração do resultado do exercício da sociedade, mas que não atendam tais circunstâncias, são indedutíveis da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, por expressa vedação legal.

MULTA QUALIFICADA. OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE E SIMULAÇÃO. APLICABILIDADE.

Demonstrada e comprovada a prática de atos dolosos de fraude fiscal e conluio, cabível a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150%.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

CSLL. APURAÇÃO. APLICABILIDADE.

Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor.

SUPORTE FÁTICO COMUM. MESMA DECISÃO.

Aplica-se aos lançamentos de CSLL, o decidido sobre o lançamento matriz de IRPJ, por ter suporte fático comum.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Devidamente cientificado contribuinte apresentou recurso voluntário, e-fls. 1431-1480, argumentando que: i) **a dedutibilidade das despesas é atestada pelos próprios fundamentos do termo de acusação, já que** “(...) Os fundamentos acima expostos são suficientes por si só para evidenciar a total improcedência da acusação fiscal, pois as perdas financeiras incorridas decorrem de atividades próprias das instituições financeiras, sendo absolutamente usuais e normais no tipo de operações realizadas pelo Recorrente, não estando relacionadas a atos estranhos ao seu objeto social, que pudessem ser tidos como mera liberalidade”; ii) **que, como argumento subsidiário, haveria vício na apuração da CSLL supostamente devida no ano-base 2015;** iii) **que não houve simulação, fraude ou conluio para justificar a qualificação da multa de ofício.**

Após, a Fazenda Nacional, por intermédio de seus procuradores, apresentou suas contrarrazões ao Recurso Voluntário, efls. 1486-1517, sustentando a indedutibilidade das despesas com operações financeiras praticadas pelo contribuinte, as implicações do Processo Administrativo Sancionador CVM SEI N. 19957-005918/2018-10, bem como o cabimento da multa qualificada, repisando, em síntese, a necessidade da manutenção integral da decisão recorrida.

Após, os autos foram encaminhados ao CARF, para análise e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Jeferson Teodorovicz**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e interposto por parte legítima e, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a controvérsia dos autos diz respeito à dedutibilidade de despesas com contratos de derivativos alienados intragrupo.

Inicialmente, gostaria de registrar que uma vez tendo o processo sancionador carreado pela CVM sido finalizado com termo de compromisso, as meras alegações constantes naquele processo não poderiam ser consideradas sem o devido complemento fiscalizatório, conforme estabelece a legislação de regência, mormente o § 6ª do art. 11 da Lei nº 6.385, de 07/12/1976:

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

(...)

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: [\(Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997\)](#) [\(Vide Art. 3º da Lei nº 9.873, de 23.11.1999\)](#)

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

§ 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. [\(Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997\)](#)

Portanto, o processo sancionador da CVM não pode ser mais que um indício inicial a ser aprofundado pela fiscalização, sob pena de violação ao dever de motivação dos lançamentos.

Inclusive a PGFN em suas contrarrazões pondera que *“sendo manifesta a divergência de objetos, não há possibilidade de interferências recíprocas entre os resultados das análises. A avaliação quanto à necessidade e usualidade da despesa, nos termos do art. 299 do RIR/99, a ser promovida neste processo, independente da conclusão acerca da existência de criação artificial de oferta ou manipulação de preços”*. Em sua visão, a relação que se estabelece entre os dois processos, em verdade, é de prova emprestada.

Ao analisar o Termo de Verificação Fiscal, verifiquei que o mesmo parte do Termo de acusação para dele extrair as bases da acusação fiscal: trata-se de operações atípicas, logicamente planejadas para atender interesses da controladora da fiscalizada, do que se concluiria que fica claro, portanto, que as despesas com derivativos incorridas pela Itaucard no caso em questão não podem ser consideradas como normais e usuais, tampouco necessárias à atividade e à manutenção da empresa.

Portanto, ao invés de ponderar a existência ou não de artificialidade das operações, tampouco acerca da razão econômica ou não das operações para o grupo – que há no caso concreto –, **cumpre-se discutir se as despesas eram normais e usuais para a recorrente.**

Para delimitarmos a noção de despesa para fins dedutíveis, vale trazer algumas delimitações doutrinárias.

Nesse sentido, José Bulhões Pedreira definiu a despesas como “mutação patrimonial que importa redução do patrimônio líquido sem ter por contrapartida a aquisição de direito ou aumento de valor de direito existente”¹.

Já Ricardo Mariz de Oliveira, ao tratar da definição de despesas para fins tributários assumiu como pressuposto sua distinção frente aos custos, para quem a distinção entre essas seria estabelecida a partir do “(...) emprego dos recursos despendidos ou a serem despendidos pela pessoa jurídica, estejam esses recursos no seu ativo ou decorram de dívidas que ela contraria para poder fazer aquele emprego”².

Para Edmar Andrade Filho, do ponto de vista contábil e fiscal, “despesa é uma espécie de mutação patrimonial diminutiva”. Ainda, prossegue Andrade Filho, informando que, nos termos da alínea “a” do parágrafo 2º do art. 6º do Decreto-Lei n. 1598 de 1977³, as mutações patrimoniais diminutivas podem assumir o caráter de custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido⁴. E para fins tributários:

¹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões de. Op.cit., p. 196 e ss. Também lembrado por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 829.

² “Assim, quando ela emprega recursos do seu ativo, ou incorre em dívidas, para aquisição de um bem ou direito de qualquer natureza, na verdade não está tendo despesa (nem prejuízo, nem perda), pois está investindo para ter a propriedade do referido bem ou sua titularidade, ou, em outras palavras, está trocando um bem ou direito já existente no seu ativo, ou os recursos de uma “dívida”, para fazer a aquisição. Neste caso, ela tem um custo, correspondente ao montante que empregou, ou à dívida que contraiu, para a obtenção do bem. Estamos falando em aquisição de um bem ou direito de qualquer natureza para referência de alguma relação jurídica atributiva de direito a uma das partes, e sem esquecer a noção, vista deste o Capítulo I, de que o patrimônio é uma universalidade jurídica formada por relações jurídicas que atribuam, ao seu titular, direitos e obrigação com conteúdo econômico. Assim, em última análise, toda aquisição é aquisição de um direito sobre um objeto material ou imaterial. Ao contrário, quando a pessoa jurídica emprega recursos ou incorre em dívida para pagar um encargo que não representa algo que ainda remanesça no seu ativo, portanto, algo que já tenha sido usado ou consumido, ela tem uma perda. Neste caso, ela tem uma despesa, correspondente àquele valor empregado ou contraído como dívida”. (...) A estrita observância desta distinção é de capital importância, pois um gasto que deveria ser debitado ao ativo, por representar inversão na aquisição de um bem ou direito, se for debitado à despesa acarretará uma indevida redução do lucro real, além de distorcer o lucro líquido e o balanço patrimonial”. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 828-829.

³ Decreto-Lei 1598/1977: “Art 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1º - O lucro líquido do exercício é a soma algébrica de lucro operacional (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

§ 2º - Na determinação do lucro real serão adicionados ao lucro líquido do exercício:

a) os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real: (...). ”.

⁴ “Na prática, todas essas espécies de mutações patrimoniais são tratadas como “despesas” ou “custo” enquanto eventuais perdas derivadas de bens de uso contínuo (ativo imobilizado ou investimentos) são qualificadas como “perdas de capital”, que, na legislação tributária, têm caráter não operacional”. A palavra “despesa” é utilizada, de um

Para fins tributários (IRPJ e CSLL, em algumas circunstâncias), as despesas são dedutíveis ou não, de acordo com diversos critérios legais de caráter formal, material e temporal.

Além da observância desses critérios, o que habilita um gasto a ser dedutível é a sua existência e certeza, que são fatores importantes para a correta aplicação do regime de competência.

A Legislação Tributária também estabeleceu distinções entre custos e despesas, conforme pode ser observado no próprio artigo 47 da Lei 4506 de 1964:

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

modo geral, como sinônimo de “gasto”, e, nesse sentido, representa o valor pago ou empenhado na aquisição de bens não vinculados ao processo de produção de mercadorias, produtos e serviços destinados à venda. Logo, deste ponto de vista, o conceito de despesa é primeiramente determinado por um processo de exclusão; ou seja, despesa é toda espécie de gasto não computável entre os custos de produção. Outro elemento que deve ser considerado em cada caso é a caracterização do gasto como aplicação de capital; despesa é elemento do resultado, enquanto aplicação de capital é ativo. Em regra, a ideia subjacente ao conceito de despesa (tomada a palavra na acepção de “gasto”) é a de retribuição, de modo que uma cifra qualificada como despesa representa sempre um benefício adquirido, e que pode ser fruído imediatamente ou não. Ocorre que a palavra “despesa” tem outras significações, e, portanto, o seu conceito não se resume à ideia de gasto. Há casos em que há dispêndio sem contrapartida para a pessoa jurídica: assim, por exemplo, é considerado como despesa o valor pago a título de multa por infração à legislação de trânsito, e que, na prática, trouxe um malefício para a entidade. O valor despendido no pagamento dessa multa representa, e de fato e de direito, uma perda patrimonial da mesma natureza daquela que ocorre em caso de indenização por ato ilícito e que é paga a alguém que foi lesado pela pessoa jurídica ou por alguém a ela vinculado. Esse tipo de perda, todavia, difere daquela que decorre da diminuição da substância econômica de ativos em virtude de obsolescência ou de oscilações de preços, cujos valores são também qualificados como “despesa”. Ademais, despesa significa também o registro contábil de ajuste patrimonial para equalização, como ocorre nos casos em que o valor de certos ativos é diminuído para refletir as diferenças decorrentes do valor do dinheiro no tempo: tal é o caso do denominado “ajuste a valor presente” e dos registros para refletir acréscimos de passivos ou decréscimos de ativos em virtude de índices de inflação ou flutuação do valor de moedas estrangeiras”. FILHO, Edmar Oliveira de Andrade. Imposto de Renda das Empresas. 13 Edição. São Paulo: Atlas – GEN, 2018, p. 211-212.

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

Esse dispositivo legal também foi absorvido pelo próprio RIR/99 (Decreto-Lei 3000/99), no artigo 299⁵. Da mesma forma, pode-se dizer que as discussões envolvendo os requisitos ou critérios (e limites) para a dedutibilidade das despesas operacionais mantiveram-se e atualizaram-se, mas sempre se centrando nas dificuldades de delimitação desses critérios em casos concretos.

Para Hiromi Higuchi, Fábio Hiroshi Higuchi e Celso H. Higuchi, as despesas operacionais necessárias são aquelas nas condições previstas no supracitado dispositivo, isto é, “ (...) necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora de receitas. As despesas necessárias, ainda de acordo com a legislação fiscal, “são as despesas pagas ou incorridas e que sejam usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa”⁶.

Na mesma linha, a partir dos dispositivos normativos acima mencionados, Edmar Andrade Filho também considera que as despesas dedutíveis são aquelas que possam ser qualificadas como operacionais e que sejam necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Não por acaso, o próprio parágrafo 1º, dispõe que são necessárias todas as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, ao passo que o parágrafo 2º, destaca que são despesas operacionais admitidas para fins da norma aquelas que são usuais ou normais no tipo de transações, operações

⁵ Decreto 3000/99: Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

⁶ “A definição de que despesas necessárias são as usuais e normais no tipo de transações, operacionais ou atividades da empresa, é muito importante para delimitar as despesas dedutíveis das indedutíveis. A usualidade ou normalidade da despesa, no entanto, não pode ser interpretada com todo o rigor do texto da lei quando a despesa não usual ou normal servir para promover a venda da mercadoria ou produto”. “(...) O PN n. 32/81 definiu o conceito de despesa necessária dizendo que o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos. Despesa normal, diz o Parecer, é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio”. HIGUCHI, Hiromi; Fábio Hiroshi Higuchi; HIGUCHI, Celso H. Imposto de Renda das Empresas. Interpretação e Prática. 25 Edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168 e ss.

ou atividades empresariais⁷. É claro que, na prática, passou-se a diferentes discussões acerca dos limites ao poder de legislar para aceitar ou negar determinadas deduções a despesas⁸⁻⁹⁻¹⁰.

⁷ FILHO, Edmar Oliveira Andrade. Op.cit., p. 212-213.

⁸ Recurso Especial n. 1.113.159 da Primeira Seção do STJ, de 11 de novembro de 2009. Recurso Especial n. 1.168.038, de 9 de junho de 2010.

⁹ Exemplo dessa discussão pode ser trazida pelo Parecer Normativo CST 239/1970: Pessoa jurídica beneficiada de seguro de vida de seus sócios: não dedutível do lucro real o pagamento dos prêmios de seguro". "Consulta de pessoa jurídica, proponente de um contrato de seguro de vida comercial, da qual a mesma é também a beneficiária, se o pagamento dos prêmios respectivos é dedutível do lucro real, a título de despesas gerais, na rubrica de seguro de qualquer espécie. O Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto-Lei nº 58.400, de 10/05/66, define em seu art. 162 e parágrafos as despesas operacionais. São admitidas como tais somente as despesas não computadas nos custos, necessárias às transações ou operações da empresa, usuais ou normais ao tipo de atividade da mesma, ou à manutenção da fonte produtora. A lei refere-se às pessoas jurídicas em geral, não distinguindo entre firmas individuais ou sociedades. Não havendo qualquer relação entre as atividades normais da empresa ou a sua continuidade, com as estipulações do contrato de seguro, o pagamento dos prêmios respectivos não poderá ser admitido como despesa dedutível do lucro real. Na mesma linha de raciocínio observa-se que o art. 245 do Regulamento citado, em sua letra e exclui do lucro real o capital das apólices de seguro ou pecúlio em favor da pessoa jurídica, pago por morte do sócio segurado. Não sendo considerado como integrante do lucro real o capital da apólice não seria lógico deduzir desse mesmo lucro o valor dos prêmios pagos para a formação daquele capital.

¹⁰ Parecer Normativo n. 32/1981: "EMPRESAS QUE OPERAM COM A COMERCIALIZAÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO DO FUMO PRETENDEM VER ESCLARECIDAS DÚVIDAS QUE SÃO SUSCITADAS A PROPÓSITO DA QUALIFICAÇÃO, PARA EFEITO DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO SUJEITO AO IMPOSTO DE RENDA, DE DESPESAS HAVIDAS COM A ASSISTÊNCIA QUE PRESTAM AO PLANTADOR DA MATÉRIA-PRIMA OBJETO DE SEU NEGÓCIO. 2. Esclarecem os interessados que constitui prática reiterada, adotada pela generalidade das empresas fumageiras, o reembolso que fazem ao produtor rural - quase todos minifundiários e carentes de recursos financeiros necessários à manutenção regular da produção do fumo - das despesas financeiras decorrentes de financiamentos bancários, ajustados para a aquisição de suprimentos agrícolas e/ou para construção de estufas e galpões. Diante dessas informações, indagam se os encargos referidos são admitidos, como despesas operacionais, na formação do lucro real da pessoa jurídica. 3. A qualificação dos dispêndios de pessoa jurídica, como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito. Assim é que o Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, dispõe que: "Art. 191. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. § 1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. § 2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa."

4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

5. Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de "usualidade" deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

6. No caso que ora se nos apresenta, é pública e notória a prática tradicional, reiterada e genérica segundo a qual os compradores de fumo - visando a garantir o regular suprimento da matéria-prima - prestam assistência financeira

Já para Marcelo Magalhães Peixoto, as despesas, que são “sacrifícios necessários para a obtenção de receitas de uma entidade (...)”, para serem dedutíveis, devem ser necessárias, usuais e normais – como prescreve o art. 311 do RIR/2018, e estar vinculadas a dois princípios: o da transparência e o princípio da causalidade.¹¹

Os dois princípios foram referidos por Ricardo Lobo Torres¹², sobre as características das despesas dedutíveis (necessidade, usualidade, causalidade e transparência). A causalidade foi inspirada na doutrina de Klaus Tipke (que impede que o direito à dedução fique preso aos critérios de necessidade e usualidade, mas também à ética e à racionalidade do

efetiva ao plantador rural, mediante o reembolso de despesas de financiamentos bancários contraídos para implantação e manutenção da produção agrícola.

7. A legislação complementar do imposto de renda contempla caso em que encargos havidos por terceiros são admitidos como despesa operacional, imputável na formação do lucro real da pessoa jurídica. É aquele focalizado na Instrução Normativa SRF nº 22/72 (DOU de 18.07.1972), quando o valor das despesas bancárias é ressarcido ao produtor agrícola. Exige-se que o encargo constitua parte do ajuste da operação de compra e venda.

8. Em face dos fatos expostos, entendemos que o antecedente referido é perfeitamente aplicável à cultura do fumo, visto que as características daquela produção agrícola justificam plenamente sejam reconhecidos os usos e costumes observados da forma tradicional e generalizada na comercialização do produto; por isso mesmo, julgamos que o valor dos encargos de financiamentos bancários, contratados especificamente para aquisição de suprimentos agrícolas e para a construção de equipamentos da atividade, quando comprovadamente ressarcido ao produtor rural, constitui despesa operacional da empresa adquirente do fumo, dedutível na formação do lucro real.

9. Todavia, para tal fim, urge que a operação de financiamento bancário ao produtor rural fique devidamente caracterizada nos documentos hábeis, mediante comprovação de sua destinação específica à implantação ou manutenção da cultura fumageira. Além disso, é indispensável que o compromisso de reembolso das despesas financeiras integre o ajuste da operação de compra e venda.

10. Finalmente, convém lembrar que o valor ressarcido ao produtor agrícola deve integrar a receita bruta da pessoa física, classificável na cédula G”.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, vol. IV, 2007, p. 130-132. Também consultada por: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Novo RIR. Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018. Coord: JR, Jimir Doniak. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 483-497.

¹² “O exato desenho de renda líquida só se completará se, ao núcleo do fato gerador definido no art. 43, I e II, do CTN, se acrescentarem, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da proibição de confisco, da proteção do mínimo existencial e da igualdade, as regras necessárias à quantificação da sua base de cálculo. O CTN se encarrega de estabelecer no art. 44: “A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”. O acréscimo de patrimônio suscetível de imposição é, em princípio, o total das entradas, em determinado período, abatido dos custos e despesas necessários à produção do rendimento. Compete à lei determinar como se apura o lucro real para a incidência do imposto, eis que não há, como se tem visto, conceitos apriorísticos aplicáveis à matéria. Bulhões Pedreira preleciona: “A aplicação da lei tributária não se baseia em definição geral de lucro, e o conceito legal de lucro varia com a modalidade de determinação da base de cálculo do imposto ... Somente o lucro real é determinado a partir da demonstração do resultado do exercício. E mesmo nessa hipótese a lei não define o que é lucro mas regula sua determinação (com base na escrituração do contribuinte), dispondo sobre as receitas e as deduções que devem ou podem ser incluídas ou excluídas para se chegar ao montante de lucro que é base de cálculo do imposto”. Conclui-se, portanto, que o direito à dedução integra o conceito constitucional de renda e compõe o fato gerador definido nos artigos 43 e 44 do CTN. Resta verificar quais as características de que se deve revestir”. TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, vol. IV, 2007, p. 129.

mercado. A transparência, está ligada à segurança jurídica, à escrituração e à contabilidade das despesas¹³.

De certa forma, ainda que por linhas diferentes, entendo que há semelhanças de raciocínio trazidas pelas reflexões acima, com as ponderações de Ricardo Mariz de Oliveira que, nesse aspecto, traz-nos quatro regras básicas para a dedutibilidade de despesas operacionais: a) “primeira regra: não serem custos”, já que a lei declara que são operacionais as despesas não computadas nos custos; b) “segunda regra: serem despesas necessárias”, que seria a “regra de ouro” da dedutibilidade (e que geraria as maiores discussões), considerando ainda que “a expressão “despesa necessária” apresenta-se verdadeiramente como “dedução necessária” e não se trata de benefício legal”;¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶; b.1.) em geral, devem ser despesas usuais e normais no âmbito da atividade produtiva da empresa¹⁷⁻¹⁸; d) terceira regra: serem despesas comprovadas e devidamente escrituradas; d) quarta regra: serem deduzidas do período base competente¹⁹. Não pretendo avançar sobre casos específicos em que a dedutibilidade de despesas operacionais é

¹³ Idem, p. 130-132.

¹⁴ Acórdão n. CSRF/01-0900, de 1989: “IRPJ – DESPESAS OPERACIONAIS – DEDUTIBILIDADE – NECESSIDADE – COMPROVAÇÃO. O art. 47 da Lei n. 4506/64, consolidado no art. 191 do RIR/80, ao estabelecer que são operacionais as despesas não computáveis nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, criou na área do imposto de renda o que comumente se denomina de cláusula geral. Isto significa que o legislador evitou baixar norma exemplificativa ou, muito menos, taxativa. Se a pessoa jurídica consegue provar, por qualquer meio lícito de prova, que o gasto existiu e se trata de despesa normal ou usual no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, ainda que mediante simples notas fiscais simplificadas, não há como se glosar tal gasto” (...). Citado por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 850-851.

¹⁵ Ex: Parecer Normativo CST n. 582/71; Parecer Normativo CST n. 113/75; Parecer Normativo CST n. 4/82. Também citados por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 859.

¹⁶ E arremata: “o referencial legal para se constatar a necessidade é a relação objetiva entre a despesa e a empresa, isto é, entre a despesa e as atividades da empresa ou a sua fonte produtora! É isto, e nada mais, que importa para a lei! Qualquer outro referencial, que alguém queira subjetivamente utilizar, é imaterial e irrelevante perante a lei”. OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 861.

¹⁷ Contudo, reforça que o parágrafo 2º não elimina o parágrafo 1º, e muito menos o caput do art. 47, pois, como visto, os parágrafos são sempre complementos da disposição principal inserida na cabeça de um artigo, formando, juntamente com esta e com os demais parágrafos uma norma unitária, completa e coerente. Isso significa que a dedutibilidade não é assegurada apenas quando uma espécie de despesa seja comumente – um possível sentido para “usual” – incorrida pelas pessoas jurídicas em geral, ou pelas de um determinado setor, embora este possa ser um critério, como ocorre na situação da indústria fumageira, que costuma reembolsar ao produtor de fumo as suas despesas financeiras, caso em que o Parecer Normativo CST n. 32/81, por esta razão reconheceu a dedutibilidade delas. (...) Portanto, é possível que uma despesa necessária embora não seja usual ou comumente adotada pelas demais, ainda que de um determinado setor. Exemplifica trazendo a Solução de Consulta CGT n. 74/14, que adotou entendimento análogo para tratar de despesas para treinamento de funcionários. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 871-873.

¹⁸ Parecer Normativo CST 32/81, já mencionado.

¹⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 871-910.

questionada ou discutida, mas recomendando consulta às decisões jurisprudenciais e administrativas sobre essas hipóteses²⁰.

Ademais, considerando os critérios acima, pode-se deduzir que o legislador possui certa liberdade para eleger quais são as despesas dedutíveis.

Contudo, complementa Andrade Filho: “(...) essa liberdade encontra limites, isto é, ela se esgota quando o uso desmedido desse raio de arbítrio possa vir a desnaturar o conceito constitucional de renda”²¹. Na mesma linha, Marcelo Magalhães Peixoto, ao mencionar expressamente o conceito constitucional de renda²². Entendimento que se coaduna à visão de Ricardo Lobo Torres, para quem “(...) o direito à dedução integra o conceito constitucional de renda e compõe o fato gerador definido nos artigos 43 e 44 do CTN. Resta verificar quais as características de que se deve revestir”²³.

Em outras palavras, o reconhecimento da dedutibilidade das despesas operacionais demanda o cumprimento de certos requisitos: ser a despesa necessária; ser, via de regra (mas admitindo exceções), a despesa normal ou usual no âmbito da atividade produtiva da empresa.

Retornando à análise do caso concreto, segundo a Recorrente, **a operação era necessária.**

No caso dos autos, é inquestionável que as despesas financeiras incorridas pelo Recorrente em operações de derivativos financeiros, que foram glosadas pela fiscalização, decorrem de atividades realizadas em conformidade com o seu objeto social, previsto no Artigo 2º de seu Estatuto Social (doc. 01), qual seja “a atividade bancária, nas modalidades autorizadas para banco múltiplo, com carteiras de investimento, (...)”, e foram realizadas com o intuito de preservar a capacidade de investimento do conglomerado financeiro e do próprio Recorrente isoladamente considerado, de acordo com as determinações do CMN, BACEN e da própria CVM.

O fato de o Recorrente ser responsável pela emissão e administração de cartões de crédito, ao contrário do que pretende levar a crer a r. decisão recorrida, não lhe retira a natureza de “banco múltiplo, com carteira de investimento”, sendo da essência dos bancos múltiplos, no mínimo, duas carteiras (Resolução CMN nº 2.099, de 17/08/1994, art. 7º).

E acresce, ademais, apesar de alegar que “nos anos de 2014, 2015 e 2016 (...) a Impugnante não manteve nenhuma posição em contratos de DDI e SCS”, a r. decisão recorrida convenientemente ignora que esses contratos são espécies do gênero derivativos financeiros,

²⁰ Sobre o assunto, recomenda-se consultar os Acórdãos do CARF e da CSRF que tratam de diferentes situações envolvendo a dedutibilidade de despesas. Disponível em: <https://acordaos.economia.gov.br>. Último acesso em 03/09/2023.

²¹ FILHO, Edmar Oliveira Andrade. Op.cit., p. 214-215.

²² PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Novo RIR. Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018. Coord: JR, Jimir Doniak. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 489.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, vol. IV, 2007, p. 129.

tendo sido demonstrado na Impugnação que o Recorrente, nos anos 2014 e 2015, possuía em seu ativo circulante “títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos” em valores de aproximadamente R\$ 3,9 bilhões e R\$ 9,8 bilhões (doc. 09 da Impugnação).

As operações realizadas nos mercados de balcão e de bolsa, envolvendo valores mobiliários e ativos financeiros, não são excepcionais ou estranhas às atividades desenvolvidas pelo Recorrente, fazendo parte de seu “core business”, enquanto banco múltiplo, com carteiras de investimento.

O recurso afirma que a adoção de medidas para utilização do crédito tributário por parte de ITAÚ UNIBANCO era relevante para ITAUCARD porque sua baixa poderia comprometer a manutenção do Patrimônio de Referência do grupo econômico, o que impactaria a capacidade de investimento do conglomerado financeiro.

Destaca que o Patrimônio de Referência é calculado em bases consolidadas para o conglomerado financeiro, conforme art. 3º da Resolução CMN nº 4.192, de 01/03/2013.

Reporta-se, ainda, ao Pronunciamento CPC 32 para defender a normalidade das operações realizadas, que entende análogas à operação mencionada item 30 “c” do aludido Pronunciamento. Assim, conclui que *“as operações realizadas apresentam sim motivação econômica absolutamente legítima e verdadeiramente induzida pelas normas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil”*.

A PGFN, por sua vez, pondera que a autoridade responsável pelo lançamento concluiu que as despesas assumidas pelo BANCO ITAUCARD em virtude das operações com contratos de derivativos firmadas com ITAÚ UNIBANCO não apresentam as características enumeradas ao identificar circunstâncias indicativas de operações artificiais: (i) operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico; (ii) transações desfeitas decorridos curto lapso temporal; (iii) operações realizadas de forma atípica, divergindo das práticas de mercado.

Alega ainda que o cotejo dos aspectos fáticos acima descritos com as regras sobre dedutibilidade de despesas já referenciadas impele à conclusão pela indedutibilidade das despesas em discussão, pois não se afiguram como **necessárias à atividade** da empresa e **à manutenção da fonte produtora de receitas**, e muito menos são **usuais ou normais** no tipo de operações ou atividades da entidade. As operações realizadas, como admitido pelo recurso, não estão relacionadas com a exploração da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, nem, tampouco, estão vinculadas com a fonte produtora de rendimentos.

Como cediço, segundo a PGFN, prestaram-se a assegurar a manutenção de créditos tributários de ITAÚ UNIBANCO, i.e., não guardam relação com a atividade operacional de ITAUCARD. A despesa também não condiz nem está relacionada com a realização dos negócios de ITAUCARD, que é a sociedade do Grupo Itaú voltada a cartões de crédito e financiamento. Sequer é preciso adentrar o exame da usualidade, pois ausentes os demais requisitos legais, mas é evidente que não se trata de despesa habitual à espécie de negócio realizado pelo contribuinte, mas sim decorrência de manobra contábil-fiscal do Grupo Itaú.

Acresce que a existência de interesse meramente econômico não basta para justificar uma operação, é preciso que ela seja *formatada* de forma lícita e *motivada* por um propósito negocial legítimo.

Ademais, segundo a PGFN, não se vislumbra a necessidade exigida pelo art. 299 do RIR/99 nas operações realizadas para ITAUCARD que atenderiam ao interesse econômico *mediato* de manter a capacidade de investimento de ITAÚ UNIBANCO. Ao defender que o interesse de ITAUCARD se iguala ao interesse econômico do grupo, o recorrente ignora a autonomia patrimonial e jurídica de ITAUCARD. Não se pode olvidar que as regras para apuração de IRPJ e CSLL adotam por referência a pessoa jurídica, não o grupo econômico.

A contratação entre partes relacionadas e a reversão da operação de forma a impedir qualquer efeito prático do contrato são diferenças significativas que obstam a analogia entre o exemplo do Pronunciamento Contábil e as operações investigadas neste feito. Contratos artificiais desprovidos dos efeitos econômicos que lhe são típicos não são comparáveis a contratos regulares em ambiente de mercado livre entre partes independentes.

Sobre este ponto, ao ler e reler as razões da Recorrente e as contrarrazões da PGFN, **entendo que assiste razão à Recorrente.**

Primeiro, lembro que não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que requeira propósito negocial legítimo. É a prática jurisprudencial que, influenciada pela doutrina, consolidou o condicionante do propósito negocial como requisito de legitimidade do planejamento tributário. Mas, ainda que assim não o fosse, no caso, **entendo que nessa circunstância há evidente propósito negocial, sob a perspectiva do conglomerado.**

Importa ressaltar que atuando no mercado financeiro a Recorrente deve respeitar tanto a legislação regulatória quanto à fiscal. Nesse cenário, uma vez que a legislação requer que o patrimônio de referência deve considerar o patrimônio consolidado do grupo, de sorte que este elemento afeta diretamente cada uma das empresas do grupo, independentemente de a apuração tributária consolidar bases individualizadas.

Nesse sentido, o Parecer de Lavra do Professor Octavio Yazbek identifica com clareza a ausência de artificialidade no caso concreto:

A. A lógica das operações entre partes relacionadas no caso sob análise

4.1 Um conglomerado financeiro é definido pelo Banco Central do Brasil como "o conjunto de entidades financeiras vinculadas diretamente ou não, por participação acionária ou por controle operacional efetivo, caracterizado pela administração ou gerência comum, ou pela atuação no mercado sob a mesma marca ou nome comercial" (cf. Circular 1.273, de 29/12/1987). Trata-se, no Brasil, de uma definição mais estrita que aquela de grupo econômico, que engloba também um conjunto de sociedades não financeiras, unidas por vínculos contratuais ou de participação²⁵⁻²⁶.

4.2 As motivações para a organização de um conjunto de sociedades na forma de um grupo são diversas, mas usualmente incluem a possibilidade de aproveitamento de economias de escala e oportunidades de cross-selling. A conglomeração também não raro permite que se racionalizem os esforços de administração de empresas ligadas, de

alguma forma, por vínculos societários. Este modo de organização é particularmente vantajoso quando se está falando de empresas familiares.

4.3 No setor financeiro, a conglomeração também gera outros efeitos, além daqueles benefícios referidos acima. O principal deles é a possibilidade de utilização de sociedades do grupo como veículos, para finalidades específicas²⁷. Isso ocorre por duas razões principais, que podem, à primeira vista, parecer contraditórias, mas que se mostram absolutamente coerentes com o modo de atuação dos grandes conglomerados financeiros internacionais. Para explorar um pouco mais essa questão, é necessário dar um passo atrás e aprofundar o entendimento sobre aquelas razões, que estão intimamente ligadas à própria lógica de constituição dos grupos.

4.4 A primeira daquelas razões tem a ver com o fato de que o mero pertencimento a um conglomerado não desnatura a natureza de uma determinada sociedade como ente dotado de personalidade jurídica e com interesses apartados das demais entidades que compõem o grupo. Esta constatação pode parecer um truismo, mas ela tem profundas implicações práticas. Com efeito, para diversos fins, como o planejamento tributário e outros aspectos relacionados à mitigação do risco de insolvência ou à administração de outros riscos, o recurso a outras sociedades autônomas pode corresponder a uma técnica bastante adequada. Em muitos casos, essa é uma exigência dos próprios terceiros com quem a sociedade contrata, que podem contar com maiores proteções por força da segregação do patrimônio que decorre da separação da personalidade jurídica²⁸.

4.5 A outra razão está relacionada ao fato de que, sem prejuízo daquela separação, a situação de conglomeração permite que a sociedade - ou as sociedades que controlam o grupo possam fazer a gestão deste de forma mais abrangente e coordenada, uma vez que passam a ter uma fotografia mais completa sobre o desempenho e as necessidades das sociedades controladas e coligadas. E isso, claro, a partir de "uma estrutura jurídica e operacional despida de personalidade jurídica", composta por entidades legalmente independentes, como já referi²⁹⁻³⁰.

4.6 Mas, de que forma a lógica que descrevi acima não só se aplica, como também guarda estreita relação com o modo de atuação das grandes instituições financeiras internacionais?

4.7 O fenômeno da conglomeração financeira tem sido objeto de atenção já há algumas décadas. Em larga medida, os processos de constituição de grupos, em estruturas com diferentes níveis de complexidade, foram estimulados por regulamentações que restringiam a concentração de atividades em uma mesma pessoa jurídica - o que ocorria, por exemplo, sob a égide do Glass-Steagall Act que, em 1933, separou nos Estados Unidos as atividades bancárias "comerciais" e "de investimento"³¹. Por outro lado, em outros contextos, os conglomerados se justificam também por motivos mais estritamente comerciais. O fato é que, em especial desde a década de 1980 e, mais acentuadamente, a partir da década seguinte, os reguladores começaram a prestar especial atenção no fenômeno.

(...)

4.15 O que quero dizer com a breve exposição que fiz acima é que essa lógica de atuação, que leva em consideração o interesse do grupo — seja em razão da prestação de um serviço, seja no caso de uma operação de origem proprietária — é não só coerente com o modelo de inserção dos grandes conglomerados financeiros, mas também absolutamente legítima. Negar o fundamento econômico para a realização de uma operação apenas porque ela se deu entre partes relacionadas pode ser um equívoco no contexto de outras espécies de grupos econômicos, mas é uma posição um pouco insólita no caso dos conglomerados financeiros, nos quais essas operações ocorrem — e devem ocorrer — de forma corriqueira.

4.16 Sob esta perspectiva, não identifiquei elementos, nas operações sob análise, que caracterizem hipótese de transferência de resultados ou de simulação⁴² das finalidades

do negócio, nem mesmo elementos que demonstrem que se teria buscado criar impressão ou direcionamento para terceiros (mesmo porque não há também nenhum benefício que decorreria daquela impressão). O que há são operações que, no limite, podem ser justificáveis em mais de um nível.

4.17 Do ponto de vista do Itaú Unibanco, havia uma evidente necessidade de movimentação, decorrente de um regime regulamentar que foi, inclusive, posteriormente alterado, e cuja incidência geraria efeitos graves. Para o **Itaucard, a aquisição daquelas posições era coerente, no mínimo, com os seus próprios interesses, enquanto sociedade do Grupo Itaú Unibanco que realizava (e realiza até hoje) diversas operações em mercados de balcão e de bolsa.**⁴³ Além disso, por ser parte do grupo econômico e, consequentemente, por ser afetado diretamente pela situação daquele grupo, a aquisição daquelas posições era coerente para o Itaucard também sob esta perspectiva — isso até o momento em que a manutenção daqueles contratos de DDI e SCS em carteira se mostrou demasiado onerosa, por motivos supervenientes e alheios aos defendentes.

4.18 E, sobretudo, o conjunto das operações atacadas pela Acusação (nos dois movimentos — de transferência original e de "volta") fazia sentido do ponto de vista das estratégias de gestão de risco e posições do Grupo Itaú Unibanco como um todo. Esse é, no fim das contas, o efeito final da conglomeração: da combinação daqueles dois atributos dos grupos de que tratei acima — de um lado, de sociedades dotadas de personalidade e patrimônio autônomos, de outro, um direcionamento único — "surge um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas".

4.19 E esse último ponto é particularmente importante porque a Acusação busca desconstruir a legitimidade das operações atacando justamente o fato de elas terem sido realizadas entre sociedades integrantes de um mesmo conglomerado. A existência de operação entre partes relacionadas, repito, não invalida, a meu ver, as conclusões acima⁴⁵ — pelo contrário, ela a reforça. E há outras razões que reiteram a legitimidade das movimentações efetuadas.

(...)

E conclui o renomado parecerista:

(ii) "À luz desses elementos e dos interesses tutelados pela Instrução CVM nº 08/79, há criação de condições artificiais de demanda ou oferta de valores mobiliários por meio de operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico (i) a preços de mercado e sem a finalidade de transferência de resultados financeiros previamente acordados de uma instituição à outra; e (ii) por meio de leilões efetivados em Bolsa, sujeitos a regras próprias de apregoação e interferência?"

Resposta: Não. De acordo com a posição adotada hoje pela CVM, para a caracterização de uma conduta como "criação de condição artificial" deve-se estar diante de operações "simuladas" ou "ilusórias" — cursadas, por exemplo, com a finalidade precípua de transferir resultados pré-definidos. Se a artificialidade não estiver presente, seja porque existia fundamento econômico para a realização daquelas operações bursáteis, seja porque as partes assumiram exposição aos riscos de mercado, não se pode dizer que a operação é fictícia, e, portanto, não se configura a criação de condição artificial.

Nas seções anteriores, discuti como, sob o prisma dos grupos, a fundamentação econômica pode existir em pelo menos dois níveis — no âmbito das sociedades individualmente consideradas, que permanecem autônomas mesmo pertencendo a um conglomerado; e também no do próprio grupo, quando as operações ocorrem sob a lógica e em atendimento aos interesses deste (que podem se sobrepor aos interesses das próprias sociedades). Nesse contexto, a realização de operações intragrupo nas quais fique demonstrado que havia fundamento sob um daqueles dois ângulos (ou por ambos,

como no caso em análise), não invalida nem contradiz minhas conclusões parciais, e também não deve ser considerada criação de condição artificial.

Além disso, um indício bastante contundente para aferir a legitimidade das operações efetuadas é o procedimento utilizado para a sua realização. **A utilização do procedimento de leilão é, nesse sentido, um forte indicativo da inexistência de criação de condições artificiais, por ser um procedimento destinado a garantir a idoneidade do processo de formação de preços, dotado de ampla transparência e sujeito aos controles do órgão autorregulador.**

A meu ver, portanto, entendo que a operação realizada, no contexto do conglomerado, que buscou adequar o Patrimônio de Referência às exigências regulatórias, e que acarretou custos efetivos para a Recorrente, não pode ser reputado como indedutível, posto que usual e necessário no contexto das atividades das entidades financeiras.

A reforçar esse entendimento, conforme demonstrado pela Recorrente, ela se caracteriza como banco múltiplo com, no mínimo, duas carteiras de investimento e possuía, nos anos de 2014 e 2015, em seu ativo circulante “títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos” em valores de aproximadamente R\$ 3,9 bilhões e R\$ 9,8 bilhões (doc. 09 da Impugnação), o que indica que suas atividades não estavam limitadas a gestão de cartão de créditos como quer fazer crer a fiscalização.

Assim, entendo pelo **provimento do Recurso Voluntário para afastar a glosa suscitada.**

Ante o exposto, conheço do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz