



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>PROCESSO</b>    | <b>13502.722223/2017-79</b>                          |
| <b>ACÓRDÃO</b>     | 1201-006.998 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA |
| <b>SESSÃO DE</b>   | 10 de setembro de 2024                               |
| <b>RECURSO</b>     | VOLUNTÁRIO   |
| <b>RECORRENTE</b>  | BRASKEM S/A  |
| <b>INTERESSADO</b> | FAZENDA NACIONAL                                     |

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Data do fato gerador: 31/12/2012

NULIDADE. LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente, contra o qual o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, e em que constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. INOCORRÊNCIA. PROPÓSITO NEGOCIAL NÃO SIMULADO.

A caracterização do planejamento tributário abusivo requer que se demonstre um fenômeno pelo qual o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de causa, simula uma situação que se enquadre em regime fiscal mais favorável. A existência do negócio no mundo jurídico, validamente firmado, cuja causa objetiva (finalidade econômico-social) é compatível com a declaração de vontade, legalmente possível, e cuja realização fática corresponde aos efeitos típicos do propósito negocial, não constitui simulação.

VARIAÇÃO CAMBIAL PASSIVA. DESPESA VINCULADA À CONTRATO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO.

O pagamento de variação cambial passiva por sociedade controladora à sua controlada, em decorrência de mora na liquidação de obrigação regularmente pactuada entre elas, constitui-se em despesa dedutível em favor da primeira, por se revelar como necessária ao negócio jurídico avençado, impondo-se o cancelamento da respectiva glosa.

CSLL. REFLEXO.

Aplicam-se aos lançamentos da CSLL os mesmos argumentos esposados para o IRPJ, naquilo em que há similitude dos motivos do lançamento e das razões de impugnação.

## ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

*Assinado Digitalmente*

**José Eduardo Genero Serra** – Relator

*Assinado Digitalmente*

**Neudson Cavalcante Albuquerque** – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Evaristo Pinto, José Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

## RELATÓRIO

Trata-se de processo decorrente de lançamento de imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) e de contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), referentes ao ano-calendário 2012.

O enquadramento legal é o que consta dos autos de infração.

Por bem descrever os fatos ocorridos até a sua prolação, sirvo-me do relatório da decisão recorrida:

Tratam-se de Autos de Infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Fls. 02 a 12, lavrados contra a

contribuinte já qualificada nos autos, com a apresentação de impugnação tempestiva.

Exigem-se a redução de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL.

### 1) Termo de Verificação Fiscal - TVF.

Trata-se o presente processo dos autos de infração de IRPJ e CSLL, lavrados no âmbito da SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL da 5ª RF, por meio dos quais são exigidos da Interessada, acima identificada, a **redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, nos montantes de R\$ 306.649.346,34.**

De acordo com a descrição dos fatos constante do TVF, fls. 14 a 100, **o autuante glosou as despesas de variações cambiais que a interessada teria apropriado indevidamente ao resultado do ano calendário de 2012, incidentes sobre pagamentos em atraso e sem qualquer tipo de ônus moratório, efetuadas a fornecedor de matéria prima a ela ligada no exterior (Braskem Inc., sua subsidiária integral).**

Conforme o TVF, "verificou-se que a intermediação nas importações de nafta, envolvendo Braskem S/A e Braskem Inc., da forma como ocorreu, no período de 2012, fez surgir uma **enorme despesa com variação cambial considerada indedutível para fins fiscais, a teor da não usualidade, anormalidade, liberalidade e desnecessidade para as atividades e fins da companhia, no valor de R\$ 303.546.252,64** (trezentos e três milhões, quinhentos e quarenta e seis mil, duzentos e cinquenta e dois reais e sessenta e quatro centavos)".

Com vistas a subsidiar o presente julgamento seguem as constatações mais relevantes, extraídas do referido TVF:

O Fisco constatou, conforme Termo de Verificação Fiscal nº 0003 - TVF, que a empresa praticou as seguintes irregularidades:

...

1. EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL RELATIVA A DESPESA INDEDUTÍVEL COM VARIAÇÃO CAMBIAL, A TEOR DA **NÃO USUALIDADE, ANORMALIDADE, LIBERALIDADE E DESNECESSIDADE** PARA A CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS DA BRASKEM S/A, REFERENTE AO ANO CALENDÁRIO 2012;
2. EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL RELATIVA A DESPESA INDEDUTÍVEL COM VARIAÇÃO CAMBIAL, PELA **NÃO COMPROVAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA DA AQUISIÇÃO DE NAFTA**, REFERENTE AO ANO CALENDÁRIO 2012;
3. EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL RELATIVA A DESPESA COM VARIAÇÃO CAMBIAL, GLOSADA POR **ERRO SISTÊMICO ADMITIDO PELA BRASKEM S/A**, REFERENTE AO ANO CALENDÁRIO 2012;

...

(...)

**- DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO FISCAL**

Passa então o Fisco a demonstrar o "Desenvolvimento da Ação Fiscal", identificando os montantes deduzidos na apuração do lucro real, a título de variação cambial, que foram consideradas indedutíveis.

A primeira conclusão do Fisco refere-se a arqueações cujos **contratos de câmbio não foram apresentados pela Braskem**. A não comprovação dos valores levou ao lançamento de ofício "em face da exibição parcial dos referidos Contratos, **documentos esses essenciais a comprovação da liquidação financeira da operação, e, por conseguinte, da viabilidade do registro da despesa com variação cambial** reconhecida pelo regime de caixa".

O Fisco apresentou "o montante de despesas com variação cambial consideradas indedutíveis na apuração do lucro real, pela falta de documentos comprobatórios que evidenciasse a liquidação financeira das operações correlatas" no demonstrativo de fl. 25, que reproduzo a seguir:

...

Demonstrativo nº 03 - Despesas indedutíveis (não apresentação de contratos de câmbio)

| Mês          | Contratos de câmbio não apresentados | Mês          | Contratos de câmbio não apresentados |                     |
|--------------|--------------------------------------|--------------|--------------------------------------|---------------------|
| jan/12       | 280,35                               | jul/12       | 2.078.365,14                         |                     |
| fev/12       | 0,00                                 | ago/12       | 0,00                                 |                     |
| mar/12       | 0,00                                 | set/12       | 0,00                                 |                     |
| abr/12       | 15.237,54                            | out/12       | 0,00                                 |                     |
| mai/12       | 0,00                                 | nov/12       | 828.356,97                           |                     |
| jun/12       | 177.991,33                           | dez/12       | 0,00                                 | <b>Total Geral</b>  |
| <b>Total</b> | <b>193.509,22</b>                    | <b>Total</b> | <b>2.906.722,11</b>                  | <b>3.100.231,33</b> |

...

Prossigue o Fisco, analisando **distorções verificadas na utilização das taxas de câmbio de contratação e liquidação, que geravam distorções no resultado apurado pela empresa.**

Segundo informa, a Braskem, em resposta à intimação, apresentou arrazoado através do qual conclui pela **existência de erros sistêmicos nos cálculos**, que teriam provocado pequenas divergências nos valores dos resultados apurados.

O Fisco apresentou as diferenças verificadas através do demonstrativo de fl. 27, reproduzido a seguir, pelo qual apura uma divergência de R\$ 2.862,37, glosada através do auto de infração:

Demonstrativo nº 05 - Glosa de despesas em face de erro sistêmico no cálculo da variação cambial

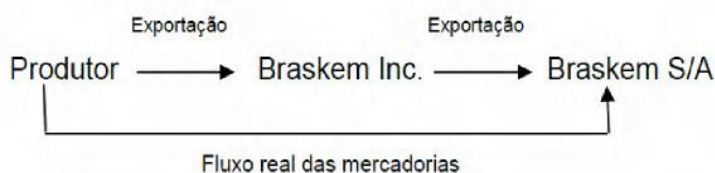
| Mês          | Cálculo variação cambial - Braskem (a) | Cálculo variação cambial - ofício (b) | Glosa 1º semestre<br>c = a-b | Mês          | Cálculo variação cambial - Braskem (d) | Cálculo variação cambial - ofício (e) | Glosa 2º semestre<br>f = d-e | Total da glosa<br>g = c+f |
|--------------|--|---------------------------------------|------------------------------|--------------|--|---------------------------------------|------------------------------|---------------------------|
| jan/12       | 4.985.266,70                           | 4.962.909,01                          | 22.357,69                    | jul/12       | 77.480.127,28                          | 77.403.682,60                         | 76.444,68                    | 98.802,37                 |
| fev/12       | 7.248.796,20                           | 7.231.698,07                          | 17.098,13                    | ago/12       | 78.024.171,47                          | 77.982.465,27                         | 41.706,20                    | 58.804,33                 |
| mar/12       | 5.921.860,39                           | 5.921.860,40                          | -0,01                        | set/12       | 21.274.444,05                          | 21.181.542,53                         | 92.901,52                    | 92.901,51                 |
| abr/12       | 0,00                                   | 0,00                                  | 0,00                         | out/12       | 17.747.850,71                          | 17.760.840,47                         | -12.989,76                   | -12.989,76                |
| mai/12       | 0,00                                   | 0,00                                  | 0,00                         | nov/12       | 180.178.233,62                         | 170.443.816,77                        | 9.734.416,85                 | 9.734.416,85              |
| jun/12       | 174.953.050,49                         | 174.677.768,85                        | 275.281,64                   | dez/12       | 48.744.214,12                          | 58.988.568,69                         | -10.244.354,57               | -9.969.072,93             |
| <b>Total</b> | <b>193.108.973,78</b>                  | <b>192.794.236,33</b>                 | <b>314.737,45</b>            | <b>Total</b> | <b>423.449.041,25</b>                  | <b>423.760.916,33</b>                 | <b>-311.875,08</b>           | <b>2.862,37</b>           |

Total da glosa levando-se em consideração as transações com nafta, envolvendo a Braskem S/A, Braskem Inc. e compradores alternativos mensurados na coluna "e", do demonstrativo nº 02, exclusive o recálculo da variação cambial referente aos contratos de câmbio não apresentados.

Dando continuação, o Fisco também glosou valores relativos a **operações vencíveis em 2011, mas liquidadas em 2012**, além de outras, "como o primeiro e segundo casos observados nos negócios acordados entre 2011 e 2012, com prazo e liquidações ocorridos em 2012": conforme segue:

...

1º caso:



2º caso:



...

Concatenando as informações e documentos apresentados pelo contribuinte com os levantamentos realizados por essa Auditoria em bases da Receita Federal do Brasil, pode-se constatar, sinteticamente, que **as importações de nafta da forma como foram realizadas, com utilização de intermediários, originaram os seguintes montantes de despesas com variação cambial consideradas indedutíveis, a teor da não usualidade, anormalidade, liberalidade e desnecessidade para atividades e fins da companhia**, cujo efeito no lucro real se deu mediante exclusão no livro fiscal:

Demonstrativo nº 06 - Despesas indedutíveis com variação cambial (AC 12)

| Fornecedor da Braskem S/A | Operações iniciadas em 2011 e liquidadas em 2012 | Operações iniciadas e liquidadas em 2012 | Total despesas indedutíveis |
|---------------------------|--|--|-----------------------------|
| Braskem Inc.              | 239.906.009,18                                   | 63.640.243,46                            | <b>303.546.252,64</b>       |

...

## - DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PREMISSAS DA AUDITORIA

Em novo tópico, o Fisco aprofunda a análise relativa às operações contratadas e com prazo para pagamento em 2011, todavia liquidadas em 2012, item 3.1 do TVF.

Da análise apresentada, o Fisco conclui que, **apesar dos contratos firmados preverem liquidação das transações em até 38 dias, a Braskem, por pura liberalidade, efetuou as liquidações em prazos muito superiores, sem qualquer tipo de penalidade, elevando ilicitamente as despesas com variação cambial, consideradas indedutíveis, conforme demonstrativos nºs 07 a 09, fls 32 a 34, consolidados no demonstrativo nº 10, fl. 34:**

...

Demonstrativo 07 - Diferença de apuração após triangulação (Despesas indedutíveis - AC 12)

| Nome do Produtor     | Prazo p/ liquidação   | Nome do intermediário | Prazo p/ liquidação na exportação | Nome do importador | Despesas líquidas c/ variação cambial incorridas (respeitando Contrato e Invoice) (a) | Prazo médio p/ liquidação (data do embarque) | Variação cambial incorrida declarada (b) | Despesa indedutível, exclusive erro sistêmico c = (b-a) |
|----------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------------------|--------------------|---|--|--|---|
| PDVSA Gás e Petróleo | 30 dias após embarque | Braskem Inc           | Entre 29 e 30 dias do embarque    | Braskem S/A        | 2.536.186,53  | 335 dias                                     | 80.806.858,23                            | 78.270.671,70   |

...

Demonstrativo 08 - Diferença de apuração após triangulação (Despesas indedutíveis - AC 12)

| Nome do Produtor | Prazo p/ liquidação     | Nome do intermediário | Prazo p/ liquidação            | Nome do importador | Despesas líquidas c/ variação cambial incorrida (respeitando Contrato e Invoice) (a) | Prazo médio p/ liquidação (data do embarque) | Variação cambial incorrida declarada (b) | Despesa indedutível, exclusive erro sistêmico c = (b-a) |
|------------------|-------------------------|-----------------------|--------------------------------|--------------------|--|--|--|---|
| Sonatrach        | 30 dias após o embarque | Braskem Inc           | Entre 29 e 30 dias do embarque | Braskem S/A        | 15.650.518,19  | 328 dias                                     | 169.421.538,84                           | 153.771.020,65  |

...

Demonstrativo 09 - Diferença de apuração após quadrado (despesas indedutíveis - AC 12)

| Nome do Produtor | Trading | Prazo p/ liquidação     | Nome Fornecedor/ exportador | Prazo p/ liquidação | Nome importador | Receitas c/ variação cambial incorrida (respeitando Invoice) (a) | Prazo médio p/ liquidação (data do embarque) | Variação incorrida declarada (b) | Despesa indedutível, exclusive erro sistêmico* c = a+b |
|------------------|---------|-------------------------|-----------------------------|---------------------|-----------------|--|--|----------------------------------|--|
| LLC - RN Tuapse  | Gunvor  | 38 dias após o embarque | Braskem Inc                 | 325 após o embarque | Braskem S/A     | 154.164,98   | 507 dias                                     | 8.120.675,82                     | 8.274.840,80   |

\* Ressalta-se que no consolidado não há auferimento de receita, tampouco de tributação, mormente o demonstrativo visar apenas detalhar individualmente as operações

...

Demonstrativo nº 10 - Diferença de apuração após Auditoria (despesas consolidadas indedutíveis - AC 12)

| Despesas líquidas c/ variação cambial incorrida declarada (a) | Despesa oriunda de erro sistêmico (b) | Despesas líquidas declaradas, exceto as oriundas de erro c = a-b | Despesas líquidas recalculadas (considerando Contratos e/ou Invoices - AC 11/12 (d)) | Despesas Indedutíveis e = c-d |
|---|---------------------------------------|--|--|-------------------------------|
| 258.349.072,89  | 410.523,96                            | 257.938.548,93   | 18.032.539,75  | 239.906.009,18                |

...

Através do item 3.2 do TVF, analisa as operações contratadas em 2011 e 2012, vencíveis e liquidadas em 2012.

Aqui o Fisco apresenta dois tipos de transações, com pequenas diferenças entre si, mas que, porém, apresentavam a similitude de ter sua liquidação efetuada pela Braskem, também por mera liberalidade e sem qualquer penalidade, em prazo superior ao estabelecido, **sempre utilizando como intermediária a empresa Braskem Inc.**, conforme Demonstrativos 11 e 12, respectivamente às fls. 35 e 36, totalizados no Demonstrativo nº 13, de fl. 36, reproduzidos a seguir:

...

Demonstrativo 11 - Diferença de apuração após triangulação (despesas indedutíveis - AC 12)

| Nome do Produtor             | Prazo p/ liquidação     | Nome do intermediário | Prazo p/ liquidação            | Nome importador | Receitas c/ variação cambial auferidas (respeitando Invoice e Contrato) (a) | Prazo médio p/ liquidação (data do embarque) | Variação incorrida declarada (b) | Despesa indedutível*, exclusive erro sistêmico c = a+b |
|------------------------------|-------------------------|-----------------------|--------------------------------|-----------------|---|--|----------------------------------|--|
| PDVSA Gás e Petróleo e ANCAP | 30 dias após o embarque | Braskem Inc           | Entre 29 e 30 dias do embarque | Braskem S/A     | 1.336.524,33  | 188 dias                                     | 14.194.265,90                    | 15.530.790,23  |

\* A infração de despesa indedutível e não parcialmente de receita omitida (a), ocorre em face do cálculo consolidado, levando-se em consideração as duas formas como as operações foram executadas (triangulação e quadrado), apontarem despesas líquidas. Aqui, a discriminação das receitas apenas para melhor compreensão dos casos individuais ocorridos.

...

Demonstrativo nº 12 - Diferença de apuração após quadrado (despesas indedutíveis - AC 12)

| Nome do Produtor | Trading  | Prazo p/ liquidação (registro da DI) | Nome do intermediário | Prazo p/ liquidação (data do embarque) | Nome do importador | Despesas c/ variação cambial incorrida (respeitando Contrato e Invoice) - (a) | Prazo médio p/ liquidação (data do embarque) | Variação incorrida declarada (b) | Despesa indedutível, exclusive erro sistêmico c = b-a |
|------------------|----------|--------------------------------------|-----------------------|--|--------------------|---|--|----------------------------------|---|
| Diversos         | Diversas | 353 dias                             | Braskem Inc.          | 359 dias                               | Braskem S/A        | 251.208.000,08  | 451 dias                                     | 298.845.945,99                   | 47.637.945,91   |

...

Demonstrativo nº 13 - Diferença de apuração após Auditoria (despesas consolidadas indedutíveis - AC 12)

| Despesas líquidas c/ variação cambial incorrida declarada (a) | Despesas oriundas de erro sistêmico (b) | Despesas líquidas declaradas, exceto as oriundas de erro c = a-b | Despesas líquidas recalculadas (considerando Contrato ou Invoice - AC 11) (d) | Despesas indedutíveis e = c-d |
|---|---|--|---|-------------------------------|
| 313.040.211,89  | -471.507,32                             | 313.511.719,21   | 249.871.475,75  | 63.640.243,46                 |

...

No item 4 do TVF o autuante encadeia os fatos, razões e indícios que culminaram na lavratura do auto de infração, caracterizada pela glosa de despesas com variação cambial nas importações de nafta, com a intermediação formal da Braskem Inc., localizada em paraíso fiscal.

(...)

Ao fim do item o Fisco descreve o enquadramento legal relativo às infrações constatadas.

No item 6 do TVF o Fisco faz uma análise dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL, acumulados em períodos anteriores e passíveis de utilização para absorver as infrações constatadas.

Dessa análise, concluiu pela necessidade de intimar o contribuinte "a corrigir as informações constantes da Parte "B" dos LALUR respectivos, para que evidenciem corretamente os saldos de prejuízo fiscais a compensar em exercícios

subsequentes após os resultados obtidos em todas as Auditorias realizadas pelo Fisco Federal", conforme demonstrativo nº 33 apresentado, fl. 92, reproduzido a seguir:

...

Demonstrativo nº 33 - Valores declarados de lucro/prejuízo utilizados no Auto de Infração Braskem (OFÍCIO)

| Ano  | 2011                  | 2012                   | 2013                |
|--|-----------------------|------------------------|---------------------|
| Lucro/prejuízo declarado pelo contribuinte | -50.552.207,93        | -1.107.031.283,25      | -37.585.684,68      |
| AI 13502.721354/2013-13                    | 156.680.642,83        | 93.325.848,05          | 0,00                |
| AI 13502.721043/2014-27                    | 53.637.892,85         | 5.492.941,28           | 0,00                |
| AI 13502.721091/2017-68                    | 56.057.939,61         | 59.836.787,95          | 40.674.505,57       |
| <b>Total</b>                               | <b>215.824.267,36</b> | <b>-948.375.705,97</b> | <b>3.088.820,89</b> |

...

Quando à CSLL, da mesma forma que ocorreu com o IRPJ, o Fisco, após a devida análise, concluiu que a Base de Cálculo Negativa da contribuição, apta a utilização no presente auto de infração, consta do demonstrativo nº 43, de fl. 98, reproduzido a seguir, intimando o contribuinte a corrigir as informações constantes da Parte "B" do LACS, "para que evidenciem corretamente os saldos da base de cálculo negativa de CSLL a compensar em exercícios subsequentes após os resultados obtidos em todas as Auditorias realizadas pelo Fisco Federal":

...

Demonstrativo nº 43 - Valores declarados de base de cálculo antes das compensações utilizados no Auto de Infração Braskem (OFÍCIO)

| Ano  | 2011                  | 2012                   | 2013                  |
|--|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| Lucro/prejuízo declarado pelo contribuinte | -64.731.150,89        | -1.113.161.681,81      | -53.253.728,74        |
| AI 13502.721354/2013-13                    | 156.680.642,83        | 93.325.848,05          | 0,00                  |
| AI 13502.721043/2014-27                    | 53.637.892,85         | 5.492.941,28           | 0,00                  |
| AI 13502.721091/2017-68                    | 56.057.939,61         | 59.836.787,95          | 40.674.505,57         |
| <b>Total</b>                               | <b>201.645.324,40</b> | <b>-954.506.104,53</b> | <b>-12.579.223,17</b> |

...

O Fisco apresenta suas conclusões, consolidando no demonstrativo nº 44, de fl. 100, os valores das despesas consideradas indedutíveis:

...

Demonstrativo nº 44 - Despesas indedutíveis Braskem (Ofício)

| Ano  | Despesa variação cambial - contratos de câmbio não apresentados | Despesa variação cambial - erro sistêmico na quebra de pagamentos | Despesa variação cambial - Não usualidade, anormalidade, desnecessidade e liberalidade | Total                 |
|------|---|---|--|-----------------------|
| 2012 | 3.100.231,33  | 2.862,37  | 303.546.252,64   | <b>306.649.346,34</b> |

...

Informa também que **devido a empresa ter incorrido em prejuízo fiscal no exercício, no montante de R\$ 1.093.144.525,25, foi lavrado o auto de infração sem aplicação da multa de ofício, contendo unicamente a redução de prejuízo fiscal apurado para o IRPJ e do resultado negativo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.**

## **2) Impugnação.**

Irresignada, a interessada apresentou impugnação tempestiva em 09/01/2018, de fls. 13.419 a 13.474, através da qual contesta as infrações a ela imputadas, cujo conteúdo, em apertada síntese, relato a seguir:

....

### **2. SÍNTESE DA AUTUAÇÃO**

Traz o impugnante, informações sobre seu objeto social que, dentre outros, está incluído a industrialização de produtos petroquímicos, sendo **sua principal matéria prima a nafta**, adquirida tanto no mercado interno como no externo. Prossegue:

...

**Com o objetivo de minimizar os riscos inerentes à importação da nafta petroquímica, garantir o fornecimento e viabilizar o acesso a determinados produtores situados no exterior, grande parte das importações dessa matéria prima é feita perante a Braskem Incorporated Limited ("INC"), subsidiária integral da Braskem constituída no exterior, que tem por objeto social, dentre outros, a celebração de operações comerciais, incluindo a exportação e importação de mercadorias.**

...

Descreve resumidamente sua atuação na aquisição de produtos no exterior, além de reproduzir os **motivos que levaram o Auditor Fiscal a considerar indedutíveis as despesas de variação cambial:**

...

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal ("TVF"), **as operações de importação seriam, em verdade, realizadas entre os produtores e a Braskem, sendo a INC e demais tradings independentes meros intermediários formais.** A autoridade fiscal chegou a tal conclusão pelo fato de a nafta ser movimentada diretamente do produtor para a Braskem; de a Braskem garantir em determinados contratos as obrigações assumidas pela INC; e de alguns funcionários da Braskem assinarem documentos em nome da INC.

...

A empresa, entretanto, **reconhece as demais glosas efetuadas pelo Fisco, que são aquelas não comprovadas no curso da ação fiscal e as decorrentes de erro sistêmico em suas apurações:**

(...)

### **3. PONTOS CRUCIAIS QUE MERECEM ATENÇÃO DOS JULGADORES**

Neste ponto, reproduzo as principais questões levantadas pela impugnante e consideradas por ele cruciais:

#### **(i) A necessidade de uma estrutura empresarial no exterior para eficiência na importação de Nafta**

Entende que **é descabida a alegação do Fisco de que a INC, além de outras empresas intervenientes, não agregariam valor às suas importações de nafta, não cabendo a este fazer juízo de valor sobre como o contribuinte deve conduzir os seus negócios**, prosseguindo:

...

Ao importar através da INC, a Impugnante conseguiu também evitar atrasos no desembaraço aduaneiro da nafta, na medida em que a sua controlada seguia à risca as exigências burocráticas e documentais impostas aos exportadores.

As dd. Autoridades Fiscais ignoraram solenemente toda essa realidade e deram valor excessivo a circunstâncias sem relevância, para desconsiderar a INC. Resolveram glosar a variação cambial regularmente registrada pela Impugnante decorrente do pagamento após o vencimento de suas obrigações com a INC. Ignoraram inteiramente a atividade exercida pela empresa por anos a fio, com a formalização de dezenas de negócios com terceiros e com a movimentação de valores expressivos.

...

#### **(ii) Variações cambiais passivas são despesas necessárias desde que a obrigação que as originou também o seja**

Nesse item tenta demonstrar que **"se a obrigação original atender ao teste de necessidade, como é o caso da importação de nafta petroquímica, principal insumo da Impugnante, a correspondente variação cambial é acessória e dedutível"** e ainda:

...

O sistema tributário brasileiro conta com inúmeras regras antielisivas dedicadas a regular as transações com partes relacionadas e jurisdições estrangeiras (e.g. regras de subcapitalização e preços de transferências), mas não há norma dedicada à regulação das variações cambiais nesse sentido. Isso ocorre porque a variação dos índices cambiais não é manipulável, sendo imprestável a qualquer espécie de planejamento fiscal.

...

**(iii) Não há prova do benefício econômico da Impugnante com o pagamento após o vencimento das obrigações geradas na importação**

Afirma também que a empresa comercializa um produto atrelado ao dólar. Em havendo valorização da moeda estrangeira, o preço interno também será elevado, gerando incremento tributário, não havendo assim perda para o Fisco e mais:

...

Adicionalmente, **não faz o menor sentido uma estruturação financeira dessa natureza, em que a Impugnante assume mais despesas cambiais na apuração do lucro real para se beneficiar apenas de um crédito fiscal de 34% do valor total despendido.** Haverá sempre a perda de, no mínimo, 66% do valor pago! Antes não fosse realizada qualquer despesa.

É importante ressaltar que, sob o ponto de vista prático, a realização das despesas cambiais não trouxe qualquer benefício para a companhia, que, mesmo pela consideração das glosas impostas pelas autuações, continuaria a apresentar expressivos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL no ano autuado. **Se a Impugnante estivesse realmente manipulando a liquidação das suas faturas para obter ganhos fiscais, seria mais inteligente aguardar um período em que essa despesa implicasse em vantagem efetiva, ao invés de mero acúmulo de prejuízos.**

...

**(iv) Imprevisibilidade das taxas de câmbio**

Faz um relato das **expectativas sobre a variação cambial no ano de 2012**, que segundo informa, **era de leve baixa do dólar ou até de uma estabilização. Ocorreria inesperadamente, entretanto, uma desvalorização do Real de 9%.**

Entende que o Fisco "não poderia imputar à Impugnante o efeito tributário adverso associado à variação cambial, cujas **oscilações são incertas e dependem de diversas variáveis econômicas.** Ressalte-se que essa suposta conduta da Impugnante poderia até lhe gerar receitas tributáveis, em caso de desvalorização do dólar, como de fato ocorreu em alguns períodos".

**(v) Razões econômicas para o atraso na liquidação das operações**

Alega também que **as circunstâncias econômicas em que a empresa se encontrava levaram a adoção de uma estratégia financeira de preservação do caixa no Brasil.** A Braskem, segundo informa, "exibiu passivo circulante superior aos seus ativos, refletindo a nítida necessidade de capital de giro no Brasil para preservação da companhia. Apenas em 2012, ano da autuação, a Impugnante apresentava capital circulante líquido negativo de aproximadamente R\$ 1,6 bilhões":

...

Em paralelo, a companhia precisava retomar o fluxo de investimentos, visando contornar os efeitos da crise internacional e a continuidade dos projetos de expansão. Neste aspecto, em 2012, a Braskem despendeu cerca de R\$ 1,5 bilhões em novos investimentos, sobretudo em ativos imobilizados. Houve também a inauguração de uma nova fábrica de PVC em Marechal Deodoro (AL) ao custo de R\$ 1 bilhão em 2012, e a inauguração no Polo Petroquímico de Triunfo (RS) de uma planta de butadieno ao custo de R\$ 300 milhões.

...

Assim, a **postergação dos pagamentos não correspondeu a um ato dirigido à "fabricação" de despesas de variação cambial. Baseia-se no legítimo fundamento negocial de preservação do fluxo de caixa da empresa, necessário para atender a seus passivos e para realização de investimentos estratégicos pela empresa.**

...

**(vi) Irrelevância da ausência de cobrança de juros e penalidades**

...

É incoerente a alegação das dd. autoridades de que o despropósito da operação é reforçado pela ausência da cobrança de juros e penalidades pela INC. Afinal, **não havia qualquer previsão de cobrança de multa e juros nas referidas transações da Impugnante. Permitir a dedução de juros em razão dos pagamentos atrasados reduziria ainda mais a base tributável da Impugnante.**

Como a taxa de juros média praticada pela Braskem em 2012 foi de 6,98%. Pela aplicação dessa taxa sobre os R\$ 303 milhões glosados, obteríamos a título de juros uma despesa adicional de R\$ 21 milhões na Impugnante. Em contrapartida a essa despesa de juros na Impugnante surgiria o correspondente lucro contábil na INC, mas que, no caso específico, sequer seria levado à tributação no Brasil em razão da existência de prejuízos no período nessa subsidiária.

...

**(vii) A estrutura da Impugnante no exterior não poderia ser desconsiderada pelo Fisco já que não há nos autos acusação de dolo ou fraude**

Discorda da desconsideração por parte do Fisco da estrutura da Braskem no exterior, por inexistir, nos autos, acusações de dolo ou fraude:

...

**A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento que somente poderá ser usado em condições excepcionais, quando presentes seus**

requisitos, segundo provas muito evidentes, sob pena de fazer dos tipos societários conceitos relativos e desprovidos de qualquer segurança jurídica, quanto aos critérios que os guiam, como separação patrimonial, responsabilidade etc.

Ressalte-se ainda que **a subsidiária está domiciliada em paraíso fiscal, mas não se beneficiou da ausência de imposto de renda sobre o lucro nessa jurisdição, pois não há margem de lucro na INC na operação de importação.** Ou seja, não houve o intuito de se beneficiar da ausência de tributação nesse país. **Ainda que houvesse, o lucro dessa subsidiária seria integralmente submetido à tributação conforme prevê a legislação tributária brasileira.**

...

#### 4. DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO

A impugnante entende que do descrito na autuação, **não houve efetividade ao citado no art. 26 da Lei 12.249 de 2010:**

...

Daí se verifica que tal norma antielisiva é incompatível com a acusação fiscal tal como proposta pelos dd. autuantes, surgindo apenas no relatório fiscal como um argumento a latere, sem afetar o cálculo do tributo exigido neste processo administrativo. Ocorre que o processo administrativo não é instrumento adequado para discussão abstrata do direito, mas sim para permitir o exercício do direito de defesa com relação à exigência concreta do tributo. **A mera citação acessória de um dispositivo legal que não se conecta com a norma individual e concreta construída pelos dd. auditores fiscais ao formalizar o lançamento fiscal (base de cálculo e base fática) torna inviável a sua impugnação nesse processo.**

**Por essas razões, a Impugnante só consegue se defender da glosa de variação cambial sob o fundamento de sua desnecessidade, conferindo atenção à base legal enumerada pelo douto auditor fiscal no auto de infração (art. 3º da Lei nº 9.249/95 e arts. 247, 248, 250 e 299 do RIR/99).**

...

#### 5. NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VÍCIO DE INCOMPETÊNCIA DOS AGENTES FISCAIS

**Com base no art. 906 da Lei 2.354/1954, o impugnante alega a nulidade da ação fiscal que resultou no auto de infração ora analisado, por tratar-se da terceira análise, por parte do Fisco, de um mesmo fato.**

Apresenta julgados do CARF para reforçar a sua tese, afirmando ainda só ser possível uma segunda análise, sendo esta terceira, eivada de ilegalidade, que gera vício de incompetência:

(...)

## 6. MÉRITO

Passa agora a apresentar suas alegações no que se refere ao mérito da questão.

### 6.1. FUNÇÃO ECONÔMICA DA BRASKEM INC.

#### 6.1.1. DA FUNÇÃO DA INC NO FORNECIMENTO DA PRINCIPAL MATÉRIA-PRIMA DA BRASKEM

Apresenta o cenário em que a Braskem tinha a necessidade de fornecimento de nafta à Petrobrás, oriunda do mercado internacional:

...

**Devido à atuação relevante da INC no mercado internacional, a Braskem tinha a segurança de fornecimento contínuo da nafta, minimizando os riscos de falta da matéria-prima em caso de eventual redução ou interrupção no seu fornecimento pela Petrobrás (demanda de gasolina no mercado interno, quebra contratual, etc.).**

**Além disso, por se tratar de subsidiária constituída no exterior e residente em jurisdição com menores níveis de burocracia, a INC conseguia comprar nafta internacionalmente e revendê-la para a Impugnante e para terceiros com muito mais rapidez, por não se submeter a obrigações acessórias e documentais muito elevadas, que retirariam a agilidade exigida na busca pelos melhores preços e condições comerciais de compra.**

...

**Ademais, a INC garantia à Impugnante o cumprimento das exigências previstas na legislação aduaneira brasileira quanto ao fornecimento de documentação que fosse de responsabilidade do exportador, tais como a entrega da fatura comercial de venda da nafta à Braskem no prazo e forma exigidos para o registro da Declaração de Importação.**

...

Apresenta as **razões comerciais pelas quais a Braskem utiliza a INC. nas operações de aquisição no exterior:**

...

- a) Possibilita a revenda das sobras de nafta a terceiros no exterior
- b) Facilita os trâmites na importação
- c) Facilita contratos com tradings ou produtores no exterior
- d) Possibilita a obtenção de melhores preços e condições comerciais

...

Ressalta ainda outros benefícios trazidos pela INC., no que se refere às transações efetuadas:

...

A robustez operacional da INC igualmente se constata do relatório de fornecedores (Doc. 07) entregue à fiscalização em resposta ao item 4.1 do TIF 1614. São centenas de operações realizadas com diversos fornecedores. Foram cerca de USD 7 bilhões de dólares em operações de compra e venda de produtos, retratada nesses dois anos.

O volume elevado de negócios propiciou à INC a geração de caixa significativo. Conforme se verifica das suas demonstrações financeiras, a INC encerrou o ano de 2012 com cerca de USD 500 milhões de dólares em caixa e capital circulante líquido positivo.

...

Em síntese, a INC, mesmo se analisada sob a ótica limitada da acusação fiscal, possui papel fundamental na importação da nafta para a Impugnante, sendo claro o seu papel comercial na operação. Não por outro motivo, a Shell, como bem evidenciado pelo próprio Auditor, também utiliza uma empresa de apoio, situada em país desburocratizado. Esta é a estrutura do mercado globalizado.

...

#### **6.1.2. ATENDIMENTO À BUROCRACIA NOS PROCESSOS DE IMPORTAÇÃO**

Ainda em defesa da utilização da INC. como interveniente em seus negócios no exterior, a empresa relembra que os "processos de importação brasileiros são extremamente burocráticos, com uma quantidade excessiva de leis, regulamentos e rotinas a serem interpretados". Para reforçar suas alegações, apresenta os documentos necessários para o desembaraço aduaneiro no Brasil, fl. 13.435, afirmando:

...

**Deste modo, a utilização da INC assegura à Braskem que todas as exigências legais brasileiras serão cumpridas pelo exportador da nafta, suprimindo quaisquer falhas documentais ou atrasos dos produtores e evitando os severos prejuízos que podem advir do atraso no desembaraço da sua principal matéria-prima.**

...

Esclarece que "alguns contratos de venda de nafta, por exemplo, o critério adotado para formação do preço é uma fórmula cujas variáveis apenas são definidas após o final do mês. Nesses casos, os embarques da nafta e até mesmo o seu desembaraço no Brasil podem preceder o prazo de fechamento do preço, de modo que os produtores não tem como emitir as faturas no prazo exigido pelas autoridades brasileiras".

Demonstra no demonstrativo de fl. 13.437, a título exemplificativo, a data e emissão das invoices pela PDVSA à INC e a data da emissão da invoice pela INC para a Braskem, afirmando ainda:

...

Como se sabe, as invoices devem instruir as Declarações de Importação (DI), sob pena de obstar o desembaraço das mercadorias<sup>18</sup>. Sendo o fornecedor da nafta um terceiro, a Braskem não tem meios de exigir ou garantir que a invoice e demais documentos serão entregues nos prazos e forma exigidos pela aduana brasileira, seja por conta de disposições contratuais, como as relativas à definição do preço, seja por questões internas ou de rotina dos fornecedores.

A INC, na qualidade de exportadora, pode até mesmo emitir as invoices antes da definição dos critérios formadores de preço com os produtores, o que pode acarretar em prejuízo nas vendas realizadas à Impugnante, o que é inerente ao exercício regular da sua atividade.

Tais fatos foram constatados pelo Sr. Auditor Fiscal, que registrou, no TVF<sup>19</sup>, que em alguns casos as invoices foram emitidas pelos produtores de nafta dias após à chegada da mercadoria no Brasil, bem como que, em certas ocasiões, a INC vendia a nafta à Braskem por preço inferior àquele que era praticado pelo produtor.

...

De todo descrito, conclui pela imprescindibilidade da atuação da INC., contrariamente às alegações da autoridade fiscal.

### **6.1.3. GARANTIA DA COMPRA DA QUANTIDADE MÍNIMA ESTIPULADA PELOS PRODUTORES E REVENDA A TERCEIROS**

Nesse item a reclamante reforça a importância da INC. em suas transações com o exterior, expressando que esta muitas vezes funcionava como um garantidor de fornecimento de nafta, contratando junto aos fornecedores de matéria prima, por muitas vezes, quantidades acima do necessário, suprimindo as necessidades da Braskem, vendendo o excedente para outros consumidores:

...

**Não fosse a INC, a Impugnante teria que comprar dos produtores toda a quantidade de nafta a que se comprometera, mesmo não precisando utilizar a nafta na sua atividade industrial.**

**Em seguida, a Impugnante teria que buscar um comprador para adquirir a nafta excedente, agindo, assim, como uma verdadeira trading.** Ainda que não seja vedado à Braskem efetuar a revenda da nafta, mostra-se minimamente ineficiente e sem sentido econômico ou comercial algum a Braskem importar um insumo que não necessita, incorrendo em todos os gastos que isso implica, para em seguida revendê-lo a terceiros.

Resta patente, portanto, que contrariamente ao quanto afirmado pelo Auditor Fiscal autuante, o papel desempenhado pela INC é absolutamente crucial no abastecimento de nafta para a Braskem.

...

## 6.2. ARGUMENTOS DAS AUTORIDADES FISCAIS

Passa a contradizer os argumentos do Fisco contra a atuação da INC como trading de nafta no mercado internacional.

### 6.2.1. A NAFTA SEGUE DIRETO DO PRODUTOR PARA A BRASKEM

Alega aqui que **o envio diretamente do porto do produtor para a Braskem é o desejado na atuação da INC., como intermediária na transação. Caso houvesse envio intermediário para armazenamento das tradings, haveria um excessivo aumento de custo de transporte/armazenamento:**

...

Até porque, em operações internacionais em que os produtores e consumidores estão em países distintos, o mais racional e eficiente é a entrega da mercadoria diretamente do porto do produtor, até o porto da indústria consumidora. Situações em que a nafta é desviada de destino no curso do transporte, ou remetida para outro continente depois de desembarcada são excepcionais e não desejáveis, devido ao elevado custo do transporte de carga.

...

Ainda que a maior parte das suas vendas seja destinada ao Brasil, o seu cliente no país, que é a Braskem, já dispõe de tanques próprios para estocagem da nafta importada, os quais estão interligados à sua planta industrial.

...

### 6.2.2. NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE NAFTA A BRASKEM S/A FIGURA COMO GARANTIDORA

...

Não há estranheza alguma nesse fato. Na verdade, não há nada mais lógico, do ponto de vista econômico e comercial, que a controladora, detentora da maior gama de ativos do grupo econômico, figure como garantidora em instrumentos contratuais firmados por suas subsidiárias.

**Se a controladora não tivesse ativos suficientes para garantir a operação, o fornecedor certamente exigiria essa garantia de terceiros, como instituições financeiras.** Não há nada mais corriqueiro no mundo empresarial do que a empresa ter suas obrigações garantidas por terceiros, relacionados ou não.

...

### 6.2.3. AS PESSOAS DE CONTATO DA INC NOS CONTRATOS E DOCUMENTOS ADUANEIROS SÃO FUNCIONÁRIOS DA BRASKEM S/A

...

De início, registra-se que **é notória a ausência de necessidade de mão de obra significativa para o exercício da atividade de trading, tampouco de estrutura operacional complexa**. Em regra, é necessária apenas e tão somente a capacidade laboral de um gestor e um escritório com funcionalidades básicas. Além disso, não existe regra vedando a terceirização do exercício dessa atividade.

...

No curso do procedimento fiscal, questionada quanto à existência de estrutura física no exterior, a Braskem, em resposta conjunta aos Termos de Intimação Fiscal 16 e 17, datada de 16/10/2017, informou que a INC utilizava a "estrutura física e os serviços jurídicos e profissionais do escritório de advocacia internacional Maples and Calder". Na oportunidade, foram apresentadas faturas, atestando a contratação dos serviços desse escritório situado no exterior (Doc. 09).

...

Registra-se, por fim, que **o fato de alguns funcionários da Braskem prestarem serviços à INC não tem nada de anormal, sendo corriqueiro, em grupos multinacionais, a prestação de serviços entre eles**. Definitivamente, não é esse fato que retira da INC a sua importância, já que, com pessoal próprio ou terceirizado, ela exerceu a atividade de trading no mercado internacional.

...

### 6.2.4. DA AUSÊNCIA DE MARGEM DE LUCRO NAS VENDAS DE NAFTA PETROQUÍMICA DA INC PARA A BRASKEM

Discorda do posicionamento do Fisco, quanto à alegação de que a atuação da INC não possuía substância econômica, entendendo que **a substância econômica não se mede pela lucratividade e sim pela consecução de seu objetivo social**, diz mais:

...

A insurgência da autoridade fiscal autuante quanto à não inclusão de margem de lucro pela INC, nas operações com a Braskem, é ainda mais inusitada quanto se constata que isso não causou qualquer prejuízo ao fisco brasileiro! Afinal, **se fosse incluída margem de lucro, o preço da nafta importada seria mais elevado e, conseqüentemente, reduziria ainda mais a base de cálculo do IRPJ e CSLL da Impugnante**.

...

Na verdade, a ausência de inclusão de margem de lucro nesses casos é uma prova inequívoca de que a INC não foi utilizada pela Braskem com fins fiscais, mas tão somente comerciais.

...

### **6.3. DEDUTIBILIDADE DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS PASSIVAS**

#### **6.3.1. REGIME DE TRIBUTAÇÃO DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS: CONFORMIDADE DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA BRASKEM**

Entende aqui que a Braskem adotou todos os procedimentos necessários com a finalidade do aproveitamento de suas variações cambiais. Com base nas considerações efetuadas, entende:

...

Feitas essas considerações, vê-se que a regularidade da tributação das variações cambiais pelo regime de caixa perpassa pela verificação:

- (1) do valor, data e cotação do câmbio à época em que o negócio foi contratado e depois liquidado;
- (2) da efetiva liquidação do direito / obrigação; e
- (3) dos respectivos ajustes procedidos ao Lalur.

...

Alega que **o Fisco não aponta qualquer irregularidade associada aos quesitos objetivos elencados, não negando a autoridade fiscal, a "efetiva aquisição em moeda estrangeira de nafta petroquímica, principal matéria-prima da Impugnante", a correção dos "câmbios, valores e datas empregados pelo contribuinte são regulares" e também da efetiva remessa de divisas ao exterior e ainda afirma que:**

...

Ao se deparar com a regularidade dos procedimentos adotados pela companhia, a d. auditoria recorreu a expediente diverso - e sobremaneira equivocado - fundamentado em critérios subjetivos de avaliação, calcados na não usualidade, anormalidade e liberalidade das operações, para, então, qualificar tais despesas como desnecessárias, argumentos que, como será visto, não merecem prosperar.

...

#### **6.3.2. EQUIVOCADO JUÍZO DE DEDUTIBILIDADE DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS PASSIVAS**

Expressa o entendimento de que dedutibilidade das variações cambiais passivas é expressamente garantida pela legislação tributária, apresentando excertos do

CARF que reforçam sua posição, afirmando ainda que estando a relação jurídica principal devidamente comprovada e obedecendo a todos os critérios, a variação cambial a ela relacionada, por se tratar de acessório, também deveria ser assim entendida:

...

A Impugnante não nega que a dedutibilidade das variações passivas está condicionada à verificação da sua necessidade para a "atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora", conforme regra geral prevista pelo art. 299 do RIR/99. **Todavia, a avaliação do critério de necessidade contida no art. 299 refere-se à relação jurídica principal, e não à variação cambial em si, que, aqui, figura como mero item acessório. Assim, se o negócio jurídico original atender ao teste de necessidade (art. 299), a correspondente variação cambial também será dedutível.**

...

É preciso lembrar que **a variação cambial ora questionada está relacionada à importação de nafta petroquímica, principal insumo da Braskem e de indiscutível conexão com a sua atividade empresarial.** Por consequência, o Fisco deve reconhecer os concomitantes efeitos da variação cambial acessória à importação dessa matéria-prima, argumento suficiente para, sozinho, afastar as exigências tributárias consubstanciadas nas autuações em epígrafe.

...

### **6.3.3. IRRELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS DA AUTUAÇÃO**

Aponta quatro quesitos, que pela leitura do TVF surgem como sendo o núcleo da acusação fiscal:

...

- (i) suposto atraso deliberado na liquidação das invoices emitidas pela INC na importação de nafta petroquímica;
- (ii) ausência de juros e penalidades associados aos referidos pagamentos em atraso;
- (iii) inexistência de mecanismos de proteção cambial; e
- (iv) juízo de "normalidade" das operações.

...

#### **6.3.3.1. IRRELEVÂNCIA DA POSTERGAÇÃO DOS PAGAMENTOS**

Cria aqui um caso hipotético, tentando demonstrar a irracionalidade das autuações sofridas, concluindo:

...

a) Assumindo, em sentido diverso, que a Braskem poderá vir a apurar variação cambial positiva associada à liquidação em atraso de contratos em moeda estrangeira (firmados ou não com partes relacionadas), a partir do racional adotado pelos dd. Auditores Fiscais a impugnante estaria autorizada a excluir tais receitas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL?

b) Ainda, se esses mesmos contratos forem liquidados antecipadamente com a realização de receita cambial, esse ganho também não deverá ser oferecido à tributação?

Creemos que as próprias dd. autoridades autuantes, bem como os ilustres julgadores, responderiam negativamente às duas questões, expondo a incoerência e fragilidade das glosas perpetradas.

...

Faz diversas outras afirmações, sempre no sentido de que sendo a transação principal admitida como dedutível pela legislação tributária, também a operação acessória, no caso a variação cambial, o seria.

Nesse ponto apresenta farta jurisprudência administrativa que seguem a mesma perspectiva de entendimento e que, segundo conclui, pautam-se na avaliação de dois quesitos principais, cujo atendimento seria suficiente para dedutibilidade das variações cambiais passivas, quais sejam:

...

(i) efetiva liquidação dos contratos, independentemente do seu adimplemento no prazo, em atraso ou antecipadamente; e

(ii) verificação da dedutibilidade do negócio jurídico original em relação aos critérios gerais de dedutibilidade previstos pelo art. 299 do RIR.

...

Repete que **com a "alta do dólar, o preço dos produtos produzidos pela Braskem a partir da nafta também foi elevado, por estar igualmente atrelado ao dólar.** Mesmo o preço praticado pela Braskem no mercado interno foi elevando em função da oscilação cambial ocorrida naquele período. **Assim, na prática não houve perda para o fisco,** ao contrário, com o incremento das receitas da companhia a tendência foi de maior arrecadação de tributos não só sobre o lucro (IRPJ e CSLL), mas também sobre a receita (e.g. PIS e COFINS)".

Por essas e outras razões, entende serem irretocáveis os procedimentos adotados pela Braskem.

#### **6.3.3.2. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS PARA POSTERGAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO DAS OPERAÇÕES**

Apresenta a evolução de suas disponibilidades imediatas (Capital Circulante Líquido - CCL), com a finalidade de deixar claro que devido ainda aos resquícios da

crise financeira internacional de 2009, a empresa encontrava-se vulnerável no quesito liquidez:

...

| <b>Capital circulante líquido negativo</b>                                      |                    |                  |                    |                  |                  |
|---|--------------------|------------------|--------------------|------------------|------------------|
| <i>R\$ mil - Demonstrações Financeiras Auditadas (Docs. 10, 11, 12, 13, 14)</i> |                    |                  |                    |                  |                  |
| Ano-calendário  | 2010               | 2011             | 2012               | 2013             | 2014             |
| Ativo Circulante  | 5.995.004          | 6.318.113        | 8.182.981          | 10.790.294       | 13.613.953       |
| Passivo Circulante  | (7.386.642)        | (6.629.975)      | (9.777.348)        | (11.354.706)     | (14.339.965)     |
| <b>Capital circulante líquido</b>   | <b>(1.391.638)</b> | <b>(311.862)</b> | <b>(1.594.367)</b> | <b>(564.412)</b> | <b>(726.012)</b> |

...

Por essa e outras razões apresentadas, a empresa utilizou-se da postergação junto à INC. Alega ainda que, alternativamente, poderia ter buscado novos mútuos, cujos juros e respectivos efeitos cambiais, entretanto, seriam igualmente dedutíveis:

...

Assim, a postergação dos pagamentos não foi uma medida de liberalidade ou estranha ao mundo dos negócios, tal como equivocadamente concluíram as dd. autoridades fiscais. Ao contrário, visou proteger legítimo interesse empresarial para garantir a continuidade das atividades da companhia, em um esforço para i) recuperação do seu capital de giro (à época negativo), ii) prosseguimento dos investimentos em ativos fixos e iii) busca pelo balanceamento entre o volume de captações de recursos e pagamentos de dívidas com terceiros.

Em breve analogia, a companhia poderia ter simplesmente assumido novos contratos de mútuo, inclusive por intermédio da INC, cujos juros e respectivos efeitos cambiais seriam igualmente dedutíveis, conforme assevera jurisprudência do CARF:

Acórdão 1103-001.181 -3 de março de 2015

CONTRATO DE MÚTUO. DESPESAS COM JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE.

Comprovada a necessidade da contratação do mútuo para a complementação de recursos destinados ao pagamento de aquisição de participação societária e, conseqüentemente, expansão dos negócios da pessoa jurídica, as despesas com juros e

variação cambial decorrentes deste contrato são consideradas dedutíveis para fins de determinação do lucro real.

...

Finaliza apresentando a seguinte hipótese: ainda "que o atraso nos pagamentos feitos à INC não implicasse em quaisquer efeitos cambiais (variação cambial igual à zero), subsistiria a necessidade de postergação desses desembolsos, em função da patente necessidade de manutenção de caixa no país".

#### **6.3.3.2.1. DA PROVA DA NECESSIDADE DA VARIAÇÃO CAMBIAL — O PARECER DE NATUREZA CONTÁBIL**

Apresenta parte de um parecer contábil de 09/01/2018, cuja íntegra consta das fls. 13.514 a 13.540, que pode ser sintetizado através do constante da impugnação:

...

**Os peritos contábeis confirmaram ainda que não se esperava uma valorização do dólar na época. Ou seja, a Braskem não intencionou ter perdas cambiais quando deixou de honrar no prazo estabelecido os compromissos com a INC.**

A conclusão dos peritos está sintetizada ao final do parecer:

Assim, com base nos elementos analisados, pode-se concluir, com certo grau de razoabilidade e confiabilidade, que as despesas de variação cambial foram necessárias à Braskem, dada a necessidade de recursos constatada, de tal modo que, se a Braskem não tivesse agido como o fez, atrasando o pagamento da invoices da Braskem Inc., teria que ter buscado financiamento no mercado, incorrendo, da mesma maneira, em despesas financeiras (a título de juros, variações monetárias e também com variações cambiais), as quais também impactariam, da mesma forma, o resultado tributável da empresa.

Importa concluir que a postergação dos pagamentos não correspondeu a um ato irresponsável e dirigido à "fabricação" de despesas de variação cambial, até porque, conforme será explorado adiante, do ponto de vista prático a variação do câmbio é fator que escapa a capacidade de previsibilidade dos contribuintes, além de a realização de despesas cambiais equivaler a ineficiente mecanismo de planejamento fiscal.

...

#### **6.3.3.3. IRRELEVÂNCIA DA AUSÊNCIA DE JUROS E PENALIDADES**

Continua com a intenção de demonstrar, aqui especificamente, a irrelevância da existência ou não da cobrança de juros ou qualquer outra penalidade aplicado contra a Braskem no presente caso, apresentando, inclusive, excertos do CARF

para reforçar seu entendimento. Entende que a simples cobrança de juros/penalidade não modificariam em nada a questão e ainda trariam redução no resultado tributário:

...

A discussão sobre a ausência da cobrança de juros e penalidades pela INC, um dos principais pilares da autuação, é inócua. Primeiro porque **do ponto de vista contratual nada obriga que haja cobrança de multa e juros**. Em segundo lugar porque **qualquer previsão nesse sentido apenas acarretaria em uma base tributável ainda menor, devido à dedução dessas despesas cumulada com a variação cambial incorrida** (objeto das glosas).

...

Infelizmente, embora tenham sido empregados os melhores esforços para compreensão do racional aplicado pela dd. fiscalização, não foi possível decifrar como a exigência de uma despesa ainda maior validaria a dedução das variações passivas ora examinadas. A incoerência desse raciocínio salta aos olhos.

...

#### **6.3.3.4. IRRELEVÂNCIA DA INEXISTÊNCIA DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO CAMBIAL**

Discorda do entendimento do Fisco quanto à utilização de mecanismos de proteção cambial, tanto no que se refere à falta de legislação que o exija, quanto naquilo que se liga ao custo excessivo dessas proteções, que, segundo expressa, geraria dedução de uma despesa ainda maior:

...

Antes, é necessário estabelecer que **a legislação não vincula a dedução da variação cambial passiva a existência de mecanismo de proteção**. Se isso fosse verdade, toda a despesa financeira dessa natureza, para ser dedutível, precisaria estar "hedgeada" (no jargão financeiro), o que resultaria na simples inexistência de despesa de variação cambial em qualquer período.

Em adição, os instrumentos de proteção cambial não são produtos gratuitos. Ao contrário, as instituições financeiras cobram taxas expressivas para assunção e mitigação de exposições cambiais. Neste ponto, a autuação novamente incorre na falha destacada pelo tópico anterior: **a dedução de uma despesa ainda maior, associada à contratação de hedge, validaria a dedução das variações passivas ora examinadas?**

...

#### **6.3.3.5. FALTA DE MOTIVAÇÃO PARA FUNDAMENTAR A "ANORMALIDADE" DAS OPERAÇÕES E PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA INC**

Aqui o contribuinte afirma **não caber ao Fisco a desconsideração das variações cambiais, uma vez que os atrasos nos pagamentos que as geraram não foram tratados como atos simulados**, trazendo excerto do CARF com o entendimento ao qual compartilha.

Questiona ainda a utilização da data das invoices emitidas pelos fornecedores e não da data do vencimento da fatura emitida pela INC, como o momento para o cálculo das variações cambiais. Segundo entende, a utilização dessa data "alterou significativamente o cálculo da variação cambial e acabou por desconsiderar por completo a INC — como se o pagamento feito pela INC ao fornecedor, nos prazos das invoices, pudesse ser atribuído à Braskem no Brasil":

...

Ocorre que não há no Auto de Infração a indicação de fundamento legal para a desconsideração da personalidade jurídica da INC. Não se sabe se ela decorre da aplicação do artigo 116 do CTN, ou se trataria de hipótese de simulação com base no artigo 149 do CTN. Tampouco se provou a existência de indícios de que há um fluxo de pagamentos da Impugnante à INC pela importação de Nafta que eram na verdade repassados aos terceiros fornecedores. Ou seja, adotou-se como vencimento da obrigação da Impugnante a data acordada por outra empresa (INC) com seus fornecedores sem que indicação da motivação legal e fática para tanto no auto de infração.

...

Se existe prova inequívoca de que a Impugnante incorreu em atos viciados, a acusação deveria ser de simulação, hipótese que não se encontra apontada no relatório da autuação. As referências repetidas a contratos e documentos, constantes no TVF, apenas comprovam que houve a efetiva importação de nafta mediante a remessa de divisas para o exterior, o que é suficiente, à luz da atual legislação, para dedução da correspondente variação cambial passiva.

...

Argumenta a existência de nulidade da autuação, "por ausência de fundamentação legal exigida pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e por estar pautado em acusações genéricas e insuficientes para desconsiderar a INC na operação".

#### **6.4. INCOERÊNCIA DA AUTUAÇÃO**

Neste item o impugnante afirma que a autuação se baseou em duas premissas equivocadas:

...

(i) Supor oscilação do câmbio como fato conhecido previamente pelo contribuinte; e

(ii) Supor que a realização de despesa possa implicar em ganho.

...

#### 6.4.1. IMPREVISIBILIDADE DAS TAXAS DE CÂMBIO

O contribuinte continua sua defesa com a tese de que **a variação do câmbio segue uma oscilação totalmente aleatória**. Em reforço à sua observação, apresenta **previsões realizadas pelo Banco Central do Brasil e pelo Banco Itaú que tinham expectativa de estabilidade ou até de baixa para a cotação da moeda americana**.

Entretanto, **na contra mão de todas as expectativas, o Dólar assumiu uma valorização** frente ao Real de 12,8% ao final de novembro de 2012, chegando ao patamar de 9% ao fim do exercício.

Reafirma que a própria jurisprudência administrativa (traz alguns excertos do CARF) já reconheceu que "as taxas de câmbio não são passíveis de manipulação pelos contribuintes, motivo pelo qual este fator não deve ser objeto de contestação pela fiscalização", prosseguindo:

...

É possível constatar, portanto, que a dd. fiscalização exerceu juízo alheio à sua esfera de competência, baseado na ilusória constatação de que a impugnante poderia valer-se da oscilação do câmbio como instrumento de economia fiscal. Prova disso é que, após submissão dos autos à Parecer Técnico (Doe. 01), constatou-se, a partir dos dados colhidos pela própria fiscalização, que em 2012 a Braskem apurou receita tributada de variação cambial associada aos mesmos pagamentos em atraso na ordem de R\$ 1.993.195,35. Se, "como alegado pela fiscalização, a intenção da empresa fosse a de gerar despesas de variação cambial (..), é óbvio que, então, não teriam ocorrido pagamentos para gerar receita".

...

Ressalta **a questão dos juros pagos por contribuinte brasileiro a parte ligada no exterior, que possui dispositivo antielisivo, o que não ocorre com as variações cambiais:**

...

Tal questão pode ser respondida com uma analogia: em se tratando de juros pagos por contribuinte brasileiro a parte ligada no exterior, tal despesa só será indedutível na parcela que exceda o patamar legal definido (pelas regras de preços de transferência, por exemplo), para que se evite a manipulação desse índice (juros) pelas partes envolvidas com vistas à obtenção de tratamento fiscal mais vantajoso. Para questões como essa, o ordenamento conta com normas específicas, que preveem de forma clara e objetiva os limites da sua aplicação. No entanto, não há no sistema tributário regra antielisiva atrelada às variações cambiais pelo simples

motivo de que se trata de índice não manipulável, sendo, portanto, imprestável a qualquer espécie de planejamento fiscal.

...

Ao fim, declara não serem razoáveis as acusações do autuante, que vieram a proporcionar o lançamento fiscal analisado.

#### **6.4.2. INEFICIÊNCIA DA DEDUTIBILIDADE DA VARIAÇÃO CAMBIAL COMO INSTRUMENTO DE ECONOMIA FISCAL**

Apresenta, além da imprevisibilidade da variação da taxa de câmbio, outras duas razões que tornam ineficiente a utilização de variações cambiais como instrumento de economia fiscal:

...

Em primeiro lugar, a postergação das operações com a aplicação de uma taxa cambial menos favorável implicou em um maior esgotamento das reservas de caixa da Braskem, sem que houvesse o correspondente retorno dos valores despendidos como efetiva economia fiscal. Isto porque, para cada R\$ 100,00 gastos em função do câmbio, obtêm-se um suposto ganho de R\$ 34,00 (economia aproximada de 34% em IRPJ e CSLL) e, ao mesmo tempo, uma perda de R\$ 66,00 em despesas de variações cambiais passivas que diminuem as economias em caixa da entidade.

Em outras palavras, simplesmente **não faz sentido um planejamento fiscal e financeiro dessa natureza, em que se assumem mais despesas para apuração de um crédito fiscal de apenas 34% do valor total despendido.** Há sempre a perda de, no mínimo, 66% do valor pago! Antes não fosse realizada qualquer despesa.

...

Em segundo lugar, **as despesas de variação cambial representaram uma perda contábil para a Impugnante e seus acionistas, eis que reduziram as reservas de lucros passíveis de distribuição pela companhia.** Vale lembrar que as despesas deduzidas pelo regime de caixa transitaram pelo resultado societário da companhia pelo regime de competência, impactando negativamente o seu patrimônio.

...

#### **6.4.3. RESULTADOS POSITIVOS DAS OPERAÇÕES AUTUADAS**

Tenta demonstrar que **uma parcela do valor que compôs o montante glosado pelo Fisco, "não decorre efetivamente de despesas de variação cambial, incorridas após os vencimentos das invoices, mas sim de receitas que "teoricamente" deixaram de ser geradas pelo não pagamento das referidas invoices nos seus respectivos vencimentos"**, quadro de fl. 13.473.

Ao tributar as despesas líquidas, entende o impugnante que, "salvo melhor juízo, a fiscalização incorreu em dois erros (um de direito e um de fato, respectivamente)":

...

- O primeiro, porque deixou de trazer a capitulação legal para constituição de crédito tributário dessa suposta parcela de receita "teoricamente" frustrada.

- O segundo, porque a base de cálculo atuada não poderia ser superior, como o é (coluna "K"), ao montante de despesas que a Braskem efetivamente contabilizo

u a título de variação cambial pelo atraso no pagamento das invoices da INC (coluna "H), que foram aquelas que, por consequência, afetaram o lucro tributável.

...

Em sessão de julgamento realizada em 02/08/2018, a 2ª Turma da DRJ/CGE, por unanimidade de votos, declarou improcedente a impugnação. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2012

Ementa:

SEGUNDO EXAME DO MESMO EXERCÍCIO. NULIDADE

Não incorre em nulidade o lançamento decorrente de segundo exame do mesmo exercício devidamente autorizado.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

A matéria não especificamente contestada na impugnação é reputada como incontroversa, considerando-se o crédito tributário correspondente definitivamente constituído na esfera administrativa.

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a arguição de nulidade do feito.

VARIAÇÕES CAMBIAIS PASSIVAS. GLOSA. CABIMENTO

É cabível a glosa das variações cambiais passivas quando ficar demonstrado a indedutibilidade de tais valores em função da não usualidade, anormalidade, liberalidade e desnecessidade para as atividades e fins da companhia.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2012

Ementa:

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ por compartilharem o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Irresignada com a decisão de primeira instância (fls. 14.757 e ss), da qual tomou ciência em 30/08/2018 (fls. 14.794), a contribuinte interpôs, no dia 28 do mês seguinte (fls. 14.795), o recurso voluntário de fls. 14.797 e ss. Reprisou, em síntese, os argumentos apostos na impugnação.

Às fls. 14.933 e ss, vieram contrarrazões da PGFN.

Em 30/03/2020, a recorrente trouxe aos autos o parecer de fls. 15.007 e ss.

É o relatório.

## VOTO

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, Relator:

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade. Logo, dele conheço.

### Da delimitação da lide

Em síntese do relatado, a imputação fiscal que restou controvertida diz respeito à glosa de despesas de variações cambiais, que teriam sido consideradas desnecessárias à atividade empresarial, (i) por terem sido realizadas em favor de fornecedor de matéria prima que é subsidiária integral da recorrente, (ii) carente de estrutura operacional e sediada em paraíso fiscal, bem assim (iii) por serem despesas que resultaram de pagamentos em atraso sem a incidência de quaisquer ônus moratório.

A acusação fiscal destaca que, apesar de os contratos de fornecimento estabelecerem o prazo de pagamento em 38 dias, a recorrente, *“por pura liberalidade”*, efetuou a liquidação dos valores devidos em prazos muito superiores. Além disso, a subsidiária intermediadora nem mesmo participou da logística do negócio, uma vez que o envio da matéria prima ocorria sempre do produtor diretamente para a recorrente. Por fim, assinalou-se as crônicas perdas cambiais sofridas, sem que tenha sido contratado qualquer mecanismo de proteção financeira contra elas.

De outro lado, a recorrente arguiu razões de nulidade. Quanto ao lançamento, por *“vício de incompetência dos agentes fiscais”*, ante a suposta terceira análise do fisco de um mesmo fato, referente ao mesmo período. Quanto à decisão recorrida, por inobservância de argumentos defensivos.

No mérito, a recorrente assinalou que, por sua natureza acessória, a despesa com variação cambial deve seguir a sorte da operação que lhe dá causa. De tal modo, se necessária a operação principal, igualmente será a decorrente perda monetária.

A defesa também destacou que a interveniência de sua subsidiária era fundamental por razões econômicas e burocráticas, bem como não teria como pressupostos a atuação operacional como entreposto logístico de armazenagem ou com emprego de uma estrutura corporativa robusta.

Salientou, ainda, razões de ordem financeira, tais como a impossibilidade de manipulação de taxas de câmbio, a desvantagem em incorrer em 100% de uma despesa em face de uma redução tributária de apenas 34%, o idêntico efeito do câmbio nas despesas e nas receitas, a necessidade de retardo na liquidação dos contratos em função de problemas de fluxo de caixa.

Por fim, aduziu questões normativas, no que concerne à ausência de norma antielisiva especificamente voltada a despesas com variações cambiais, bem assim quanto à existência de norma que autorizaria a dedução de despesas moratórias, acaso houvesse previsão contratual nesse sentido.

#### **Das nulidades**

A recorrente aduz ser nulo o lançamento, “*por incompetência dos agentes fiscais*”, tanto quanto seria nula a decisão, por ter se omitido em “*examinar importantes argumentos jurídicos e fáticos trazidos em sua impugnação*”.

Sobre o lançamento, a recorrente informa, citando os respectivos mandados de procedimento fiscal (MPF), que sofreu procedimento fiscal sobre a mesma matéria e com referência a período que abarca o ano-calendário 2012 – o mesmo que é objeto do lançamento autuado no p.p. De tal modo, afirma que houve inobservância do teor do art. 906 do RIR/99 (então vigente à época dos fatos) e da sua correspondente matriz legal (art. 7º, § 2º, da Lei nº 2.354/54). Eis o dispositivo:

Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

Quanto ao tema, irretocável a decisão recorrida. A autoridade julgadora compulsou os autos afetos aos procedimentos fiscais anteriores e demonstrou que:

(...) Inicialmente, a fiscalização levada a efeito sob a égide do MPF nº 0500100.2012.00043, se referia sim à análise de operações realizadas no período compreendido entre os anos de 2001 a 2012, porém, **não atingiu, em nenhum momento, a verificação da correção da dedução de variações cambiais.**

No que refere ao MPF 0500100.2014.000806, constata-se também que **em nenhum momento a autoridade fiscal analisou ou teve a intenção de analisar a referida dedução sobre variações cambiais.** (grifei)

E assim complementou, aludindo à norma do artigo 906, citado pela recorrente:

O citado artigo do Regulamento do Imposto de Renda visa proteger o contribuinte de repetidas análises por parte do Fisco, relativamente à mesma infração em um mesmo período. **Não seria razoável supor que a RFB estaria impedida de verificação, com base em um novo indício, de uma terceira infração diferente daquelas analisadas em duas ações fiscais anteriores.** Ora, como já expressado, a RFB é responsável por diversos tributos e cada um desses são passíveis de uma infinidade de análises específicas.

Há que se ressaltar que **o presente feito refere-se especificamente à glosa de variações cambiais, diversamente das ações fiscais anteriores, nas quais foram examinados, por amostragem, os atos praticados relativos a compensação de prejuízos, ágio interno, entre outros temas.**

Assim, **não incorre em nulidade o lançamento correspondente a um outro exame do mesmo exercício, quando o tributo e a matéria tributável resultantes das autuações anteriores são distintos** daqueles enfocados no exame posterior. (grifei)

De tal modo, em nada merece reproche a decisão recorrida, pelo que adoto seus fundamentos como razões de decidir. Não há, pois, que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, não cabe falar em incompetência das autoridades autuantes, gozando o lançamento de plena higidez frente ao artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 (*“Art. 59. São nulos: (...) II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”*).

Quanto às supostas omissões na decisão recorrida, acaso ocorrentes, o efeito de tal fenômeno nesta etapa processual será tão somente a nulidade formal do ato, condicionada à existência de inequívoco óbice à defesa, requisito essencial para o não aproveitamento de uma decisão recorrida.

Tampouco assim não fora, nos pontos elencados pela defesa, o que se observa é que todas as matérias foram apreciadas pela autoridade julgadora de piso, ainda que não tenha ocorrido a análise de cada alegação de per si.

Como bem e há muito já assentou o STF (AI 748.648), *“o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos da defesa, mas, sim, que ele apresente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento”*.

Sendo certo que o citado artigo 93, inciso IX, da CF é o filtro constitucional pelo qual deve passar o artigo 489, § 1º, do CPC, o que se conclui é que cabe ao julgador peculiarizar o caso

e a respectiva fundamentação, diante das especificidades que lhe são apresentadas, pelas partes, para o proferimento da decisão. E isso é sobremaneira diferente de, pelas partes, ser conduzido, ao ponto de arvorar-se em reagir, pontualmente, argumento a argumento, como desejou que fosse a recorrente.

Ao julgador incumbe decidir, de modo suficientemente fundamentado, o caso que lhe é apresentado, com plena observância do ordenamento jurídico e dos precedentes jurisprudenciais que o vincule, sendo estas as balizas entre as quais conforma o seu livre convencimento motivado (Decreto nº 70.235/72, artigo 29). E foi exatamente isso que aconteceu no caso em tela.

De tal modo, improcedente o pedido de nulidade da decisão recorrida.

### **Do mérito**

Inicialmente, anote-se que o regime de apropriação de variações cambiais é o de caixa, nos termos do artigo 30 da MP nº 2.158-35/01. De tal modo, ainda que se trate de obrigações, em sua maior parte, originariamente vencíveis em 2011, correto o tratamento dado pelas partes quanto à consideração do ano-calendário 2012 como período de referência, já que foi naquele ano em que a liquidação de haveres efetivamente se deu.

Também não são questões controvertidas o efetivo pagamento dos valores contratados, a aderência dos preços praticados aos patamares de mercado ou a real aquisição dos insumos formalmente negociados.

A pretensão resistida da Fazenda é, pois, a declaração da desnecessidade de despesa com variação cambial passiva, em negócio jurídico firmado sob as seguintes condições:

- Com intermediação de subsidiária integral (exportadora) da recorrente (importadora);
- Com liquidação com substantivo atraso e, ainda assim, sem encargos moratórios;
- Com o incremento dos gastos da operação, em razão da adição de despesas com variação cambial ao custo dos insumos adquiridos.

Em apertada síntese, o racional acusatório baseou-se no suposto engendramento de um planejamento tributário abusivo, pelo qual: (i) a intermediação seria ficta; (ii) a mora seria casuísta; e (iii) as despesas seriam artificiais e, por decorrência, desnecessárias.

Nesse contexto, são oportunas breves considerações acerca do enquadramento de uma conduta como planejamento tributário abusivo.

Como é cediço e resguardado na Constituição Federal (artigo 170), o direito à livre iniciativa deve ser observado para que, de um lado se respeite a possibilidade de o contribuinte se auto-organizar e gerir com eficiência suas atividades empresariais e, de outro, se preserve a justa arrecadação tributária.

Art. 170. **A ordem econômica, fundada** na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, **conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei.** (grifei)

Sob o prisma tributário, há uma razão para que assim seja: sendo o tributo a principal fonte de receitas para manutenção do Estado, a preservação da ordem econômica assume protagonismo constitucional para fins de garantir o pleno atendimento ao interesse público primário. Afinal, sem atividade produtiva, não se arrecada.

Nesse contexto, insta salientar que o direito tributário incide sobre atos praticados em âmbito cível, na forma dos artigos 109 e 110 do CTN:

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

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Mas isso não significa que atos com validade meramente formal tenham de ser, acriticamente, tomados como eficazes pela Administração Tributária, com muito mais razão se o pretense direito do sujeito passivo é levado a efeito com desrespeito aos fins sociais conectados à atividade econômica. Na dicção do Código Civil:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

(...)

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

(...)

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio, a cujos institutos o direito tributário deve observância, veda a prática de atos tendentes a desvirtuar as finalidades precípua – mediatas e imediatas – dos negócios jurídicos, dentre as quais o dever social de pagar tributos.

Por tal quadro, sem promover a desnaturação dos efeitos cíveis, pode a autoridade fiscal conferir efeitos tributários diversos àquele pretendido pelo sujeito passivo, quando da execução de um planejamento tributário sob viés do abuso do direito. Trata-se de possibilidade sempre autorizada pelo direito brasileiro e que se positivou com a inserção do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

A inclinação legislativa para a delimitação regulamentar da possibilidade acima comentada se manifestou pela MP nº 66/02, em cujos artigos 13 e 14 se aludia à desconsideração, para fins tributários, de negócios jurídicos acaso verificada a *“falta de propósito negocial ou abuso de forma”*. Tal diretriz normativa, vale dizer, ainda que possa ser inspiradora do atuar da Fazenda, não é expressa, em razão da supressão dos mencionados dispositivos, quando da conversão da citada medida provisória na Lei nº 10.637/02.

A aplicação do direito tributário na geração de efeitos próprios aos negócios jurídicos, não descaracteriza a sua qualidade de ramo de sobreposição na ciência jurídica. Isso porque há princípios informadores próprios do direito privado e do direito público. Na esfera interpartes aceita-se a dilatação de regras, por questões de operabilidade ou até mesmo consequencialistas. Já no contexto tributário, prestigia-se a certeza, a segurança jurídica e a estrita legalidade, até mesmo para que os particulares possam antever todos os fatores de potencial impacto em sua relação com a Administração Pública de seu atuar privado.

Insta observar que a requalificação jurídica de arranjos privados para fins tributários pressupõe a inequívoca constatação, pela autoridade fiscal, de conduta dolosa – tais como fraude ou simulação – com motivação fático-probatória no artigo 149, inciso VII, do CTN:

Art. 149. **O lançamento é efetuado** e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - **quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;**

(...) (grifei)

Dito isso, verifico que a fala acusatória, a despeito do minucioso e respeitável procedimento fiscal desenvolvido, não logrou demonstrar o elemento doloso associado à conduta que considerou abusiva – a intermediação do negócio por sociedade controlada pela recorrente. Tanto assim que não houve a qualificação da multa de ofício.

*In casu*, sequer vislumbro qualquer planejamento tributário da recorrente, no que concerne ao fato de ter incorrido em despesas com variações cambiais.

A Fazenda afirma a ocorrência de planejamento tributário abusivo nos seguintes termos do TVF:

Consoante relato anterior, verificou-se que **a Braskem apurou uma elevada despesa líquida com variação cambial** no período de 2012 (R\$ 649.800.340,34). Aprofundando os trabalhos de Auditoria, observou-se que **o contribuinte, apesar de sediado no Brasil, país integrante do Mercosul e partícipe dos acordos de complementação econômica**, tal qual o de número 18 (Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica em conformidade com as disposições do Tratado de Montevideu 1980 e a Resolução 2 do Conselho de Ministros da Associação), **optou por importar nafta, sua principal matéria-prima, produzida em grande parte nos países sul-americanos (Argentina, Venezuela e Uruguai), mediante utilização de empresas localizadas em paraíso fiscal (Braskem Inc., sua subsidiária integral) e nos Estados Unidos da América (DB Energy, Cargill Incorporated e Standard Chartered).**

(...)

**Avaliando, inicialmente, as importações de nafta realizadas pela Braskem S/A, contratadas em 2011 e liquidadas financeiramente em 2012, constatou-se que 4 (quatro) produtores estavam envolvidos**, quais sejam: PDVSA Gás S/A, PDVSA Petróleo S/A (ambos localizados na **Venezuela**), Sonatrach – Activite Commercialisation (localizado na **Argélia**) e LLC RN – Tuapse Refinery (localizado na **Rússia**) e um intermediário (Braskem Inc.).

**Os dois primeiros produtores de nafta, PDVSA Petróleo S/A e PDVSA Gás S/A, pela regularidade das vendas, celebraram Contrato com a Braskem Inc., subsidiária integral da Braskem S/A, definindo quantidade mínima a ser comercializada, padrão de qualidade, portos de embarque, sistema de precificação, período de entrega da mercadoria, cujo destino era o Brasil, assim como a determinação do pagamento a ser realizado em trinta dias após o embarque (BL), entre outras condições.**

**Nas 17 (dezessete) operações envolvendo os dois produtores acima mencionados, verificou-se, segundo informações obtidas nos Conhecimentos de Embarques marítimos (BL), que a nafta seguia diretamente do Porto localizado na Venezuela (Puerto La Cruz) para o Brasil, corroborando o que fora pactuado no Contrato celebrado. No entanto, a Fatura de Exportação/Invoice do Produtor era emitida em nome da Braskem Inc., cujo prazo para liquidação financeira do negócio era de 30 (trinta) dias após o embarque da matéria-prima. Ato contínuo, a Braskem Inc. expedia uma Invoice para Braskem S/A, de mesmo valor ou inferior FOB (livre a bordo), com prazo igual ou de um dia a menos em relação ao vencimento determinado pelo Produtor na primeira operação (PDVSA x Braskem Inc.).**

Contudo, o que se viu no caso concreto foi que a **Braskem S/A, por mera liberalidade, liquidava financeiramente as operações de importação de nafta, realizadas formalmente junto a sua subsidiária integral, num prazo médio de 335 (trezentos e trinta e cinco) dias, contados da data do embarque, sem quaisquer penalidades, sendo certo que tal conduta elevou significativamente as despesas com variação cambial da companhia, conforme demonstrativo abaixo.**

(...)

**Relativamente ao produtor Sonatrach – Activite Commercialisation, doravante denominado apenas de “Sonatrach”, localizado na Argélia, verificou-se que foram realizadas 12 (doze) operações de exportação de nafta enviadas diretamente para a Braskem S/A, mas com intermediação formal da Braskem Inc.**

(...)

**Na triangulação acima mencionada (Sonatrach – Braskem Inc. – Braskem S/A) verificou-se que o prazo de liquidação financeira da operação, estipulado pelo Produtor junto ao intermediário formal, era de 30 (trinta) dias após o embarque**

da mercadoria. Por seu turno, de acordo com as Invoices emitidas pela Braskem Inc., havia a definição da data do recebimento pela exportação de nafta realizada para Braskem S/A entre 29 (vinte e nove) e 30 (trinta) dias após o embarque. Ou seja, a Braskem Inc. programava o recebimento pelas operações com a controladora em data anterior ao vencimento de suas obrigações com a Sonatrach.

**Entretanto, por mera liberalidade, a Braskem S/A só efetuava a liquidação financeira, referente a triangulação na importação de nafta, junto a Braskem Inc., no prazo médio de 328 (trezentos e vinte e oito) dias após o embarque, sem quaisquer penalidades impostas. Tal conduta, elevou significativamente o registro de despesas com variação cambial no período de 2012, conforme demonstrativo abaixo.**

(...)

**O último Produtor (LLC RN Tuapse Refinery), cuja contratação da exportação de nafta ocorreu em 2011 e liquidação financeira em 2012, realizou um único negócio**

**(apenas um embarque e algumas Declarações de Importação) com a intermediação de uma Trading e, posteriormente, da Braskem Inc., todavia com destino direto da matéria-prima para o Brasil, mais especificamente para Braskem S/A.**

Ao analisar as Invoices emitidas pela Trading Gunvor International B.V., verificou-se que a data de **vencimento** da Fatura era dia 02 de março de 2011, ou seja **38 (trinta e oito) dias** do embarque ocorrido em 23 de janeiro de 2011. No entanto, apesar de a mercadoria seguir direto do Produtor (Rússia) para o Brasil, houve faturamento da Trading para a Braskem Inc., localizada no paraíso fiscal das Ilhas Cayman, e, dessa para sua controladora Braskem S/A, com prazo estendido (14/12/11). No caso concreto, foi possível constatar que **mesmo com o prazo intragrupo estendido, a Braskem S/A liquidou financeiramente a operação com prazo médio de 507 (quinhentos e sete) dias** da data do embarque (pagamento ocorreu entre os dias 11 e 14 de junho de 2012). **Esse quadrado formalmente utilizado (Produtor – Trading – Braskem Inc. – Braskem), gerou, tão somente, uma elevação ilícita das despesas com variação cambial**, consideradas indedutíveis na presente Auditoria, conforme demonstrativo abaixo.

(...)

Feitas as considerações iniciais acerca das **importações de nafta realizadas pela Braskem, vencíveis em 2011 e liquidadas em 2012**, sob a égide do regime de caixa, **com a interposição de subsidiária localizada em paraíso fiscal**, exprime-se as premissas quanto a **inedutibilidade de parte das despesas líquidas** excluídas no LALUR, **pela liberalidade, não usualidade, anormalidade e desnecessidade das operações da forma como foram executadas, bem como pela falta de**

**capacidade operacional da Braskem Inc., interveniente no processo descrito.**  
(grifei)

Resta claro que, inobstante o minudente trabalho persecutório, as razões de acusação não ultrapassam o patamar da subjetividade. Não se desconhece a potencial dificuldade de reunião de um conjunto fático-probatório em casos como o presente. Mas é preciso ter em conta que, diante da plena regularidade formal e da transparência dos negócios jurídicos analisados pela fiscalização, incumbe à Fazenda a desconstituição da situação posta, consoante o que dispõe o artigo 373 do CPC.

Perceba-se que a construção acusatória se inicia sob a afirmação de que o sujeito passivo *“apesar de sediado no Brasil, país integrante do Mercosul e partícipe dos acordos de complementação econômica, (...) optou por importar nafta, (...), produzida em grande parte nos países sul-americanos (Argentina, Venezuela e Uruguai), mediante utilização de empresas localizadas em paraíso fiscal (...) e nos Estados Unidos”*. Para, logo na sequência, constatar que: (i) de 4 fornecedores, 2 estavam na Venezuela; (ii) de 30 operações, 17 foram pactuadas com esses fornecedores; (iii) que *“pela regularidade das vendas, celebraram Contrato com a Braskem Inc., subsidiária integral da Braskem S/A, definindo quantidade mínima a ser comercializada”* e outras questões típicas de fornecimento habitual.

O que sobressai, pois, é uma inconformidade da autoridade fiscal, não exatamente quanto a origem do produto, mas com o fato de a negociação ser intermediada por uma subsidiária integral da recorrente.

Decerto, do pleno controle societário do importador sobre o exportador podem surgir arranjos abusivos em detrimento da Fazenda pública. Mas isso não pode ficar no campo indiciário. Muito menos quando os pretensos indícios parecem contar como elementos neutros ao caso ou mesmo atuam em favor da regularidade do negócio jurídico crivado.

A Fazenda exproba o fato de a exportadora ser uma subsidiária integral da recorrente, com estrutura corporativa mínima e que não serve de entreposto logístico para o fluxo físico dos insumos. Ocorre que tal sociedade participa das operações analisadas como trading, sendo as características questionadas pela fiscalização típicas dessa espécie de empresa, posto que atuam justamente como meras intermediárias de uma compra e venda que, por razões específicas, as partes optam por não participar diretamente.

No caso em tela, a recorrente tem razões substantivas, tanto para preferir a intermediação de uma trading, quanto para que essa trading seja uma sociedade controlada. Afinal – segundo sua afirmação, não contestada pela Fazenda –, todas as operações em questão envolvem o seu principal insumo; não sendo auspicioso que justamente esse fator de produção experimente situações críticas, tais como: falta de escala para o alcance do menor preço, ausência em estoque, flutuação de valor, entrave burocrático. E, convenhamos, tais hipóteses são passíveis de fácil concretização num procedimento de importação brasileiro.

Pelo visto até aqui, fica claro que as atentas e lúcidas considerações da autoridade autuante são fatos operacionais que, efetivamente, não deveriam passar despercebidas numa auditoria fiscal. Mas é forçoso reconhecer que de tais informações não se extrai o engendramento de um planejamento tributário abusivo.

Assim, superados os aspectos operacionais da acusação, é possível afirmar que a mesma convicção se colhe quando se observa os fatos econômicos e financeiros.

A fiscalização concluiu que o retardo no pagamento à subsidiária integral seria uma estratégia da recorrente para, com o emprego de uma taxa de câmbio desfavorável à moeda nacional, suportar uma variação cambial passiva que, tomada como despesa dedutível do lucro real, lhe reduzisse a tributação. Algo como uma *“exchange rate shopping”*. A situação, ao sentir da autoridade autuante, seria mais anômala porque sobre os pagamentos em atraso não incidiram encargos moratórios.

Sobre tais fatos, a primeira questão que é preciso ter em mente é que a taxa de câmbio não é um dado macroeconômico manipulável. Não é possível a um agente econômico atuar para que a moeda local se deprecie. Não se desconhece que há avançados mecanismos preditivos à disposição no mercado financeiro, mas, no caso em análise, as previsões sinalizavam em sentido oposto ao que efetivamente aconteceu.

Quanto à ausência de encargos moratórios, é preciso considerar que, acaso existissem, seriam despesas dedutíveis para a recorrente e receitas com tributação potencialmente favorecida para sua subsidiária, localizada em paraíso fiscal. Aliás, sobre os constantes atrasos nos pagamentos, os dados contábeis apresentados pela defesa emprestam verossimilhança à alegação de problemas de fluxo de caixa.

Como se vê, também pela ótica econômica, as razões acusatórias não maculam a operação auditada. Ainda que a Fazenda não tenha operado a desconsideração da personalidade jurídica da subsidiária estrangeira – respeitando a personificação que lhes conferem os artigos 45 e 1.134 do Código Civil pátrio – conferiu efeitos tributários distintos dos correspondentes efeitos cíveis, sem que tal requalificação jurídica agora possa ser confirmada.

Consoante o que dispõem os artigos 114 e 116, inciso I, ambos do CTN, o fato jurídico tributário depende da adequada verificação das *“circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios”*.

Assim, nenhuma discricionariedade qualificadora pode ser admitida para que a Administração Tributária possa, em detrimento da legalidade, da liberdade econômica e da vedação à analogia, desconsiderar atos realizados. Mormente em casos como o presente, em que nem sequer se cogitou afirmar a simulação das operações, tanto assim que o lançamento fora formulado sem a qualificação da multa de ofício.

De tal sorte, é indubitosa a regularidade e a necessidade das despesas de variação cambial do caso concreto, não havendo de se falar em contrariedade ao artigo 299 do RIR/99, então vigente à época dos fatos.

### **Conclusão**

Ante o exposto, sou pelo PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, para afastar o lançamento de ofício autuado no presente processo.

É como voto.

*Assinado Digitalmente*

**José Eduardo Genero Serra**