MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CARF CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO	**15588.720318/2023-29**
ACÓRDÃO	1302-007.946 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	30 de abril de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BRASKEM S.A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018, 2019

NULIDADE. Havendo pleno conhecimento de elementos probatórios que resultaram em constituição de crédito e em julgamento de primeira instância, não cabe declaração de nulidade por alegação de eventual lesão a direito de defesa decorrente de não enfrentamento de temas, bem como, inovação de lançamento visando criação de convicção de julgador.

EMPRESA CONSTITUÍDA NO EXTERIOR. HOLDING COMPANY. REGIME FISCAL PRIVILEGIADO. LIMITE DE 30%. Em operações de alavancagem e captações que envolvam empresas constituídas no exterior (classificáveis como *holding companies* que não exerçam atividade econômica substantiva) aplica-se limite de endividamento de 30% de valor de patrimônio líquido de pessoa jurídica residente no Brasil.

EMPRESA CONSTITUÍDA NO EXTERIOR. JUROS. SUBCAPITALIZAÇÃO. LIMITE DE 30%. Em relação a juros pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no exterior, cuja operação envolva Regime Fiscal Privilegiado, deve-se adicionar ao lucro real valor de juros relativo a montante que exceder limite de endividamento de 30% de valor de patrimônio líquido de pessoa jurídica residente no Brasil.

LUCROS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. TRATADO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO BRASIL-PAÍSES BAIXOS. A tributação sobre bases universais disposta na Lei 12.973/2014 não viola Tratado Brasil-Holanda para evitar dupla tributação. Não se tributam lucros de sociedade investida domiciliada no exterior, mas sim lucros auferidos por sociedade investidora brasileira.

IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. PAGAMENTO EM ANO POSTERIOR. NÃO UTILIZAÇÃO NOS ANOS ANTERIORES.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

O imposto pago no exterior pode ser utilizado para deduzir o lucro auferido no exterior oferecido no Brasil, ainda que o pagamento se refira a períodos anteriores, desde que não utilizado anteriormente e respeitados os limites previstos na legislação de regência.

IRRF. DEDUÇÃO EM PAGAMENTO POR ESTIMATIVA OU NO AJUSTE ANUAL. ALTERAÇÃO EM FASE DE CONTENCIOSO. IMPOSSIBILIDADE.

Cabe ao sujeito passivo optar em utilizar valores de impostos retidos mês a mês para compor valor de estimativa mensal ou de ajuste anual, ou ainda, em combinação de ambas as situações. Não é possível alterar opção em fase de julgamento.

DEDUÇÃO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – PAT. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE GASTOS. IMPOSSIBILIDADE.

Para aumento de dedutibilidade de despesas incorridas no PAT, em razão de aumento de IRPJ a pagar decorrente de lançamento de ofício, é necessária comprovação de gastos efetuados para esse fim. Isto ocorre mediante documentação hábil e idônea.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

A multa isolada é cabível na hipótese de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não há base legal que permita sua cobrança de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ e CSLL apurados no final do período de apuração. Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício.

JUROS. PREVISÃO LEGAL. A incidência de juros está prevista na legislação vigente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas, e, no mérito, acordam: (i) no que tange à glosa de despesas conforme regras de subcapitalização e à adição de receitas relacionadas aos lucros auferidos por controladas no exterior, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos o Conselheiro Henrique Nimer Chamas, e as Conselheiras Miriam, Costa Faccin, e Natália Uchôa Brandão que votaram por dar-lhe provimento; (ii) em relação à multa isolada sobre estimativas não pagas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os

Conselheiros Marcelo Izaguirre da Silva (relator), e Ailton Neves da Silva, que votaram por negar provimento ao recurso; (iii) no tocante à dedução dos pagamentos efetuados no exterior, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos dos fundamentos do voto vencedor, vencido o Conselheiro relator que votou por negar-lhe provimento; (iv) as demais questões ficam prejudicadas. Manifestaram intenção em apresentar declaração de voto os Conselheiros Henrique Nimer Chamas e Sérgio Magalhães Lima, e as Conselheiras Miriam Costa Faccin e Natália Uchôa Brandão. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira Natália Uchôa Brandão declinou da intenção de apresentá-la, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 114, da Portaria MF nº 1.634/2023 (RICARF). Designado o Conselheiro Henrique Nimer Chamas para redigir os fundamentos do voto vencedor relativamente à multa isolada e à dedução dos pagamentos efetuados no exterior.

Assinado Digitalmente

Marcelo Izaguirre da Silva – Relator

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas – Redator designado

Assinado Digitalmente

Sérgio Magalhães Lima – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros(as) Marcelo Izaguirre da Silva, Henrique Nimer Chamas, Ailton Neves da Silva (substituto integral), Miriam Costa Faccin, Natália Uchôa Brandão, Sergio Magalhaes Lima (Presidente).

RELATÓRIO

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

INFORMAÇÕES ESSENCIAIS

Composição

1. O processo trata de constituição de crédito tributário de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Multas de Ofício (75%) e Isoladas. O

DOCUMENTO VALIDADO

valor atualizado do crédito é de aproximadamente R$ 5,8 bilhões. Os valores originais constituídos foram os seguintes:

Processo	Documento de Lançamento	Valor
15588-720.318/2023-29	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R$ 3.420.467.733,63
15588-720.318/2023-29	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R$ 1.251.606.742,97
Total		R$ 4.672.074.476,60

Infrações

2. Os Autos de Infração instruídos nos autos abarcam, originalmente, as seguintes infrações e demais informações correlacionadas:

Tributo	Infração	Anos
IRPJ CSLL	**DESPESAS FINANCEIRAS INDEDUTÍVEIS**: JUROS PAGOS POR FONTE SITUADA NO BRASIL À PJ CONSTITUÍDA NO EXTERIOR, EM REGIME FISCAL PRIVILEGIADO - REGRA SUBCAPITALIZAÇÃO	2018 e 2019
	LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR: ATIVIDADES EXERCIDAS NO EXTERIOR POR PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO PAÍS	
	MULTA ISOLADA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA	

FUNDAMENTOS DO CRÉDITO CONSTITUÍDO

3. Em essência, o litígio envolve trabalho do Fisco que teve como objetivo análise de operações realizadas em controladas do Grupo BRASKEM na Holanda, quais sejam:

> BRASKEM NETHERLANDS B.V. (a partir da folha 81017 há detalhes sintetizados sobre sua operacionalidade, incluindo informações sobre relação com a Recorrente, bem como, dados sobre contabilização de investimento, atividades, acordos governamentais e outras informações). BRASKEM NETHERLANDS FINANCE B.V. e BRASKEM NETHERLANDS INC. BV. (partir da folha 81025 há detalhes sintetizados).

4. Em síntese, o trabalho fiscal levou à conclusão de que houve situação que levou a enquadramento em conceito de Subcaptalização, ou seja, em excesso de limites de endividamento. Tal contexto resultou em utilização de despesas financeiras indedutíveis.

5. Em paralelo, houve constatação de não inclusão de resultados auferidos no exterior de acordo com determinações da legislação vigente. Por fim, por consequência, conforme indicado, houve constituição de multa isolada relacionada a estimativas mensais. Detalhemos as matérias objeto da constituição de crédito.

SUBCAPITALIZAÇÃO

6. O fisco afirma que a controlada BRASKEM NETHERLANDS INC.B.V está constituída sob a seguinte forma (vide observações relevantes para o presente julgamento sobre ***holding company)***:

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Assim, além do fato de situar no mesmo endereço que outras empresas, a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V tem como essência de sua atividade econômica ser uma Holding Financeira, código SBI "642 Financial holdings" (Standaard Bedrijfsidentificatie - Identificação Padrão da Empresa), nomenclatura equivalente à CNAE brasileira.

De acordo com o SBI 2008 do governo holandês o bloco K refere-se às instituições financeiras. Dentro do referido bloco está o código 642, a qual a empresa mutuante (BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V) é classificada.

(...)

Ainda acerca do código "6420 – Financial holdings" do Escritório Central de Estatística da Holanda (CBS – Centraal Bureau voor de Statistiek e SBI – Standaard Bedrijsindeling) ele envolve majoritariamente atividades correspondentes a holding company. Vejamos a tabela a seguir detalhando a abrangência da classificação a qual se submete a BRASKEM NETHERLANDS INC B.V:

6420 Financiële holdings (holandês)	6420 Holdings financeiras (português)
Deze klasse omvat: - beheren van aandelen van bv's, nv's en/of buitenlandse rechtspersonen waarvan een meerderheidsdeelneming in het bezit is; - interne "banken" binnen concernverband, bv's waar de geldstroom wordt geregeld; - administratiekantoren van aandelen, al dan niet tegen uitgave van certificaten, van eenheden binnen het eigen concern; - beherende vennoten van commanditaire vennootschappen; - kredietverlening aan in het buitenland zetelende concerndelen.	**Esta classificação inclui:** - administrar ações de BVs, NVs e/ou pessoas jurídicas estrangeiras das quais a maioria das ações seja detida; - "bancos" internos de um grupo, sociedades de responsabilidade limitada onde o fluxo de dinheiro é regulado; - fideicomisso de ações, contra emissão ou não de recibos de depósito, de unidades de seu próprio grupo; - sócios-gerentes de sociedades limitadas; - concessão de crédito a entidades do grupo domiciliadas no estrangeiro.
Deze klasse omvat ook: - beheer van intellectuele eigendommen (royalty's, patenten, rechten) en van onroerend goed van concerndelen waarmee	**Esta classificação também inclui:** - gestão da propriedade intelectual (royalties, patentes, direitos) e imóveis pertencentes a entidades do grupo que não sejam

6420 Financiële holdings (holandês)	6420 Holdings financeiras (português)
niet actief de markt wordt opgegaan.	comercializados de forma ativa.
Deze klasse omvat niet: - beheren van aandelen van bv's, nv's en/of buitenlandse rechtspersonen waarvan een minderheidsdeelneming in het bezit is (64.30.3); - participatiemaatschappijen (64.92.3); - administratiekantoren van aandelen voor derden zijnde eenheden buiten het concern (66.19.1); - managementholdings (70.10.2); - direct of indirect bezitten van meerderheidsdeelnemingen van tot een concern behorende rechtspersonen en op grond daarvan voeren van beheer en beleid over dit concern of een deel daarvan (70.10.2).	**Esta classificação não inclui:** - gestão de ações de BVs, NVs e/ou pessoas jurídicas estrangeiras detidas por uma participação minoritária (64.30.3); - sociedades de capital de risco (64.92.3); - fideicomisso de ações para entidades terceiras fora do grupo (66.19.1); - sociedades gestoras de participações (70.10.2); - deter direta ou indiretamente participações majoritárias em pessoas jurídicas pertencentes a um grupo e, com base nisso, conduzir a administração e a política desse grupo ou parte dele (70.10.2).

Tabela 8 – Relatório explicativo de cada classificação econômica de empresa na Holanda. Fonte: "SBI 2008 versie 2018 Update 2022" - Relatório versão em holandês e tradução livre para o português. Acessado em 14 de abril de 2023: file:///C:/Users/04746985561/Downloads/2022EP05%20SBI%20Toelichting.pdf

Nesse sentido, indubitavelmente estamos nos referido a uma holding company. Fato corroborado na resposta apresentada pela contribuinte ao TIF 5, no dia 12 de maio de 2023, o qual ela junta o extrato da junta comercial da empresa que que se trata de uma holding financeira.

Além disso, chama atenção o fato de a própria contribuinte ter informado que se beneficia de dispositivo do Código Civil dos Países Baixos (Holanda) reservado para holding intermediária, com intuito de não preparar demonstrações financeiras

DOCUMENTO VALIDADO

consolidadas e medir seus investimentos em subsidiárias pelo custos. Vejamos a pág. 43-44 da DF 2019 BRASKEM NETHERLANDS B.V:

> *A Companhia **utiliza a isenção prevista no Artigo 408 do Código Civil neerlandês**, que permite a uma **holding intermediária**, como a Braskem BV, não preparar demonstrações financeiras consolidadas e medir seus investimentos em subsidiárias pelo custo, ajustado para as depreciações se e quando considerado necessário. As demonstrações financeiras da Companhia e de suas controladas são, em última análise, consolidadas nas demonstrações financeiras da Braskem SA. Estas demonstrações financeiras estão disponíveis em www.braskem.com. Assim, as demonstrações financeiras consolidadas da Braskem SA estão arquivadas na Câmara de Comércio de Roterdã em 25 de agosto de 2020. Consequentemente, estas demonstrações financeiras estatutárias consistem apenas nas demonstrações financeiras da Companhia.*

Ela mesma reconhece a essência de Holding Company das controladas na Holanda, seja da BRASKEM NETHERLANDS B.V, seja da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (mutuante do contrato de pré-pagamento).

(...)

Assim, conforme Livro 2 artigo 3, do Código Civil holandês, uma pessoa jurídica privada pode ser formalizada como associação, cooperativa, sociedade anônima, sociedade limitada e fundação. Essas empresas podem exercer o papel de participação em outras sociedades (holding) e ter características de renda passiva.

7. Conforme se vê, a conclusão fiscal, ratificada pela decisão de primeira instância e contrarrazões, de fato, indica que a investida no exterior tem atuação que se enquadra materialmente em conceito Holding Company. Tal entendimento é importante para os fins de julgamento da infração.

Atividade Econômica Relevante - Ausência

8. Em paralelo, conforme já indicado, o Fisco entende que tal controlada não exerce atividade econômica substantiva nos Países Baixos. Neste sentido, indica-se ausência de substância econômica relevante nos seguintes termos:

> *Em vista dos fatos até aqui colacionados, é possível estabelecer o **modus operandi** adotado pela contribuinte com controlada sem substância econômica, a fim de captar e dispor dos recursos financeiros utilizados nas transações intragrupo. Inclusive é descrito parcialmente nas pág. 36-37 da DF 2019 da BRASKEM NETHERLANDS B.V, corroborando a sistemática de captação de recursos e empréstimos para empresas do mesmo grupo. Vejamos:*
>
> > *(...)*
> >
> > *Em 2017, a Braskem Finance B.V. emitiu dois títulos no valor total de US$ 1.750.000, os custos de transação de emissão totalizaram US$ 26.023. **Os recursos líquidos dos títulos, ou seja, US$ 1.723.977, foram emprestados à Braskem Netherlands B.V. como um empréstimo entre empresas**. Naquela época, **os custos da transação (US$ 26.033) eram repassados à Companhia e amortizados no livro da Companhia como despesas para obtenção de empréstimos no mercado externo**. O saldo devedor dos custos da transação era de US$ 22.101. A Administração julgou mais adequado reclassificar este saldo para "Dívidas com Partes Relacionadas. (grifo nosso)*

Autonomia Gerencial

9. O Fisco expõe, adicionalmente, ausência de autonomia gerencial como evidência de falta de substância econômica por parte da BRASKEM NETHERLANDS INC B.V:

> *Os recursos captados para serem emprestados a BRASKEM S/A são garantidos pela própria BRASKEM S/A, inclusive foi informado isso na DF 2019 da BRASKEM NETHERLANDS B.V: Não há preocupações quanto à liquidez da Companhia considerando a forte posição de caixa consolidada e o fato de a Braskem SA garantir 99% dos empréstimos bancários em aberto e 100% das cartas de crédito emitidas para garantir as compras de matéria-prima com prazos de pagamento estendidos.*
>
> *Em conformidade com o art. 25, §2º da Lei nº 12.249/2010, a BRASKEM NETHERLANDS INC B.V se enquadra na situação ora narrada, tendo em vista que*
>
> *ela figurou como interveniente dos contratos de empréstimos que inicialmente havia sido captada pela BRASKEM FINANCE.*
>
> *Outro fator relevante a ser considerando para que a holding não tenha substância econômica, é a ausência de autonomia gerencial relativas às decisões relevantes da empresa, como a emissão de títulos de dívidas (bonds). Isso pode ser demonstrado com as atas de reunião do conselho de administração da BRASKEM S/A, em que autoriza ou desautoriza decisões meramente administrativa de suas controladas, deixando-as sem qualquer autonomia financeira ou gerencial.*
>
> *Por exemplo, de acordo com as "Atas da Reunião do Conselho de Administração, realizadas em 04 de outubro de 2017 e em 21 de outubro de 2019", todas as vezes que a controlada precisou emitir títulos de dívidas (bonds BRK'23, BRK'28, BRK'30 e BRK'50) precisou de autorização, não só porque a BRASKEM S/A seria garantidora, mas para que ela mesma fizesse a contratação de instituição financeira para coordenar e prestar os serviços para formalização da emissão, bem como para celebrar os contratos e escrituras formais. Não havendo qualquer autonomia da controlada holandesa.*
>
> *Isso acontece com todas as controladas da BRASKEM S/A. É o caso registrado na Ata da Reunião do Conselho de Administração, realizada em 19 de setembro de 2018", em que precisou ser autorizado contratação de Auditores independentes para a BRASKEM AMERICA e BRASKEM IDESA. Como também, é o caso registrado na Ata da Reunião do Conselho de Administração, realizada em 22 de novembro de 2018", autorizando a BRASKEM NETHERLANDS B.V a contrair financiamento.*

Quadro de Empregados

10. O Fisco aponta insuficiência de quadro de empregados próprios da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, conforme transcrito a seguir:

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> *No que tange ao quadro de empregados próprios em número suficiente da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, observa-se também o não atendimento desse critério. Isso ocorre porque a controlada conta com 02 empregados na data da emissão do extrato (21/04/2023), vide extrato da junta comercial, acima demonstrado.*
>
> *Durante o período aqui fiscalizado, conforme a resposta ao item 4, do TIF 5, a citada controlada (mutuante), formalizada na Holanda, tinha 02 empregados (ano 2018) e 04 empregados (ano 2019), todos brasileiros.*
>
> *(...)*
>
> *Como se vê, em 2018, a controlada que tem como foco ser uma holding financeira, contava em seus quadros de empregados apenas duas pessoas, cujas formações eram Engenheiro de Produção e Administrador, que exerciam a função de Gerente. Depreende-se que esses empregados eram os responsáveis por operacionalizar e gerenciar todo o negócio da controlada holandesa com contratos financeiros bilionários.*
>
> *Em 2019, passou pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V mais três empregados, com formações em: Administração, Direito e Engenheiro Químico, exercendo a função de gerência na controlada, cujo objeto, frise-se, é de holding.*
>
> *Ademais, dados públicos do RAIS 2019, divulgado em outubro de 2019 (http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2019), mostram que o setor de "Atividades Financeiras, de Seguros e Serviços Relacionados" tiveram 888.501 (ano 2018) e 1.039.698 (ano 2019) empregados, para um universo de empresas de 58.633 e 60.578, respectivamente. Dessa forma, a média de empregados por estabelecimento é de 15 empregados para 2018 e de 17 empregados para 2019, para o setor semelhante ao da mutuante BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V.*
>
> *Quando se faz um comparativo com a holding financeira aqui analisada, em que o volume de recurso movimento é bilionário, observa-se que uma quantidade (02 a 04) empregados está abaixo da média observada para setor financeiro equivalente.*

Rendas Passivas

11. Afirma-se que a fonte de receitas da controlada BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V é composta unicamente por rendas passivas, conforme transcrito a seguir:

> *No que tange as principais receitas e despesas usuais da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, a contribuinte informou, em resposta ao item 10 do TIF 5, no dia 12 de maio de 2023, que "A Braskem informa que as principais receitas e despesas da Braskem Netherlands INC. B.V. nos anos de 2018 e 2019 possuem natureza financeira.*
>
> *A propósito, merece destaque a constatação de que a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V tem como fonte de receitas apenas rendas passivas, originadas de juros sobre os contratos de pré-pagamentos, celebrados com investidas do grupo BRASKEM.*

> *Em 2018, informou na DF 2019 o resultado antes de impostos foi de US$ 937 mil, enquanto em 2019 o resultado foi de US$ 276 mil. No entanto, só de juros pagos pela BRASKEM S/A, em dólar, foram mais de US$ 274 milhões (2018) e US$ 471 milhões (2019).*
>
> *(...)*
>
> *A própria demonstração da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V contém informações sobre a origem das rendas ("interest" – juros) contabilizadas unicamente com parte relacionadas ("receivables - related parties", contas a receber - partes relacionadas, e de "securities - related parties", valores mobiliários - partes relacionadas).*

Regime Fiscal Privilegiado

12. Em função do não exercício de atividade econômica substantiva mencionada, o Fisco, combinado com o contexto do trabalho fiscal, entende que se aplica à controlada as consequências de aplicação ao caso da situação de Regime Fiscal Privilegiado.

Empréstimos Financeiros

13. Os documentos apresentados indicam ocorrência de empréstimos financeiros efetuados pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (Países Baixos – Holanda), BRASKEM AMERICA INC (Estados Unidos da América) e BRASKEM FINANCE LIMITED (Ilhas Cayman), entre outras, em favor da Recorrente.

Contratos de Pré-Pagamentos

14. O Fisco constatou que a soma de endividamento (contratos de pré-pagamentos) da Fiscalizada com sua investida BRASKEM NETHERLANDS INC.B.V atingiu montante de quase R$ 20 bilhões em 2018 e de aproximadamente R$ 23 bilhões em 2019.

IRRF e Juros Remetidos Ao Exterior

15. Em matéria correlacionada com os contratos de pré-pagamentos, afirma-se que juros remetidos ao exterior pela Recorrente não sofreram retenção na fonte. A alegação é a de que a obrigação não se trataria de mútuo, mas sim de contratos de pré-pagamentos a exportação.

Mecanismo Artificial

16. O Fisco indica que, em verdade, a sistemática se trata de mecanismo artificial utilizado com finalidade de evitar a tributação em ambas as jurisdições:

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Esses juros (renda passiva) remetidos ao exterior pela BRASKEM S/A (fiscalizada) para a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (mutuante) não teve retenção na fonte (código 0481) para o período auditado (2018 e 2019), contrariando o art. 9º da IN 1455/2014.

(...)

Em sua resposta ao item 13 e 14 do TIPF (em 31 de janeiro de 2022) e item 2 do TIF 2 (em 06 de fevereiro de 2023), ela diz não se tratar de mútuo, mas sim de contrato de pré-pagamentos a exportação. A contribuinte faz essa diferenciação para tentar se enquadrar no art. 1º, XI, da Lei nº 9.481/1997 (regulamentado no art. 12 da IN 1455/2014), e não ficar sujeita ao art. 9º da IN 1455/2014. O art. 12 confere alíquota zero aos juros remetidos ao exterior quando tiver finalidade de financiar exportação.

(...)

Esse mecanismo adotada pela contribuinte busca fundamento no artigo 23 parágrafo 2, 3 c/c 4b do Acordo Brasil-Holanda (Decreto nº 355, de 2 de dezembro de 1991). Essas cláusulas do Tratado têm a finalidade de evitar a dupla tributação de juros incidentes e pagos por empresa brasileira a outra empresa holandesa (independente), desde que haja a tributação em algum desses países. De modo que a Holanda, quando do recebimento dos juros, conferisse isenção (artigo 23, parágrafo 2 do Acordo Brasil-Holanda) ou crédito presumido de retenção de 20% (artigo 23, parágrafo 3 c/c 4b do Acordo Brasil-Holanda) àquela empresa que já tinha sido onerada pela retenção em fonte no Brasil. Evitando assim a dupla tributação.

Nota-se, contudo, que as cláusulas do Tratado não buscam permitir a dupla não tributação, como deseja a BRASKEM S/A por meio de criações artificiais. Inclusive, esse mecanismo, acrescido de outros a serem evidenciados adiante, é razão para

caracterizar a Holanda como regime fiscal privilegiado previstos no Art. 24-A da Lei 9.430/1996.

17. Indica-se ínfima tributação efetiva suportada pela BRASKEM NETHERLANDS INC B.V. Neste sentido, a visão do Fisco é a de que o rulling firmado com o fisco holandês é evidência de que as atividades econômicas desenvolvidas por essa controlada não são substantivas.

18. O Fisco destaca, ainda, o papel da controlada como instrumento para evitar a tributação no Brasil. Sobre tais questões, vale destacar os seguintes trechos contidos no Relatório Fiscal:

A contribuinte informou, em resposta ao item 20 do TIPF (no dia 15 de setembro de 2022), que aplicou em 2018 no cálculo do lucro tributável sobre atividade financeira exercida pela BRASKEM NETHERLANDS INC BV o corresponde ao resultado da aplicação do percentual de 0,059% sobre o volume de empréstimos, por conta do Ruling (Acordo de Preços Avançados - APA), já tratado anteriormente neste Relatório Fiscal. Isso fez com que o lucro tributável tenha uma redução brutal, correspondendo a uma alíquota efetiva menor do que 20%.

Para ilustrar essa informação, foi solicitada da contribuinte no item 8 do TIF 5 que detalhasse o cálculo do imposto de renda para a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, bem como para a BRASKEM NETHERLANDS B.V, para o período de 2018 a 2019. No dia 12 de maio de 2023, ela apresentou a seguinte planilha com informações agregadas para as duas controladas da Holanda:

2018

USD MM

Description	Basic Chemicals and Feedstock	Polymers	Finance	Total
Amount	4.733	1.313	7.017	13.063
Profit Margin	0,66%	1,80%	0,0590%	
Taxable amount before Costs Deductibles	31	24	4	60
Costs Deductibles		0	-0,2	-0,2
Total Taxable amount after Costs Deductibles	31	24	4	60
Object exemption		-4		-4
Taxable Amount USD				55
Taxable Amount EUR				47
Income Tax EUR (25%)				12
WHT credit				-0,8
Final Income Tax EUR (25%)				10,9

Figura 29 – Demonstração de cálculo de IR na Holanda para o ano de 2018, em milhões de dólares, apresentado pela contribuinte.

2019

USD MM

Description	Basic Chemicals and Feedstock	Polymers	Finance	Total
Amount	4.220	1.117	6.185	11.522
Profit Margin	0,66%	0,0190%	0,1908%	
Taxable amount before Costs Deductibles	28	21	12	60
Income Additions			50	50
Costs Deductibles	0	0	0	0
Total Taxable amount after Costs Deductibles	28	21	62	111
Object exemption		-3		-3
Taxable Amount USD				108
Taxable Amount EUR				96
Income Tax EUR (25%)				24
WHT credit				-14
Final Income Tax EUR (25%)				10

Figura 30 – Demonstração de cálculo de IR na Holanda para o ano de 2019, em milhões de dólares, apresentado pela contribuinte.

DOCUMENTO VALIDADO

Em face dessas informações apresentadas acima pela contribuinte, é possível demonstrar que a alíquota efetiva suportada pela BRASKEM NETHERLANDS INC BV (atividade financeira – "finance") ocorreu da seguinte forma:

Ano	Lucro com atividade (US$) – soma das receitas (amount)	Ruling com fisco holandês	Valor tributável antes das despesas dedutíveis (US$)	Adições (US$)	Despesas Dedutíveis (US$)	Valor tributável depois de adições e exclusões (US$)	IR calculado (alíquota nominal de 25%)	Crédito Fiscal com IVA (US$)	IR a pagar calculado pela Holanda (US$)	Lucro Fiscal* (US$)	IR apurado pela fiscalização através do Lucro Fiscal (US$)	Alíquota efetiva cobrada pela Holanda (em %)**
2018	7.017.000.000,00	0,06408%	4.140.658,08	0,00	208.080,80	3.932.080,80	983.007,50	800.800	182.607,50	7.004.800.000	1.751.200.000,00	0,002636
2019	6.185.800.000,00	0,19685%	11.808.980,80	58.080.808,00	0,00	69.889.888,00	17.472.472,00	16.080.800	1.456.245,00	6.191.800.000	1.547.950.000,00	0,023259

* Lucro fiscal = (lucro da atividade financeira + adições) -despesas dedutíveis

**Alíquota efetiva cobrada pela Holanda = comparação entre o imposto a pagar cobrado pela Holanda com imposto apurado pela fiscalização considerando o lucro fiscal, sem ruling e sem crédito fiscal de IVA

Tabela 10 - Demonstrativo da tributação da atividade financeira na Holanda – baixa alíquota efetiva cobrada pelo fisco holandês (0,002636%, em 2018, e 0,023259%, em 2019).

Como se vê na Tabela 10 acima, a tributação efetiva suportada pela contribuinte é ínfima, quando comparado com o lucro fiscal (lucro mais adições e exclusões, ainda que segundo a legislação holandesa). Constatando que há diferença significativa entre a alíquota nominal (25%) e a alíquota que efetivamente incide o imposto de renda (0,002636%, em 2018, e 0,023259%, em 2019).

Somada a informação trazida pela própria contribuinte no item 20 do TIPF, há na DF 2019 da BRASKEM NETHERLANDS BV (pág. 17-18 e 78-79, notas às demonstrações financeiras, item sobre tributação), afirmação de que a partir de 2019, mesmo com o encerramento do ruling (APA), o percentual cobrado sobre a remuneração bruta é de apenas 0,1908%. O lucro restante é considerado como capital informal. Vejamos o que diz a nota explicativa divulgada pela controlada da contribuinte na Holanda na DF 2019:

> ***Tributação***
>
> *A Companhia forma, juntamente com as outras duas empresas neerlandesas **Braskem Inc. BV** e Braskem Finance BV, uma unidade fiscal para fins de imposto de renda corporativo holandês. Esta unidade fiscal é chefiada pela Companhia e foi criada em 2015. A carga tributária integral da unidade fiscal está registrada na Braskem BV.*
>
> *Em outubro de 2006, a Companhia assinou com as Autoridades Fiscais holandesas um Acordo de Preços Avançados ("APA"). APA cobre as atividades comerciais da Companhia. Além do APA de comercialização, a unidade fiscal dispunha de **outra APA para cobrir as atividades de financiamento entre sociedades que foi assinado em 15 de fevereiro de 2015**. No entanto, o APA financeiro foi encerrado em 2019, tendo sido aplicado pela última vez em 2018. Em vez disso, a remuneração da unidade fiscal da Braskem por suas atividades de financiamento entre sociedades é fixada em uma taxa de administração pelas atividades executadas e um prêmio de risco para o capital de risco. Dessa forma, a **remuneração total (bruta)** da unidade fiscal da Braskem para **suas atividades de financiamento entre sociedades** é fixada em 19,08 pontos base e, assim, aplicada no cálculo do imposto da Companhia de 2019 (**0,1908%** expresso como percentual do valor dos empréstimos entre sociedades em aberto). **O lucro restante é considerado como capital informal**. A Companhia reconheceu uma provisão para imposto de renda corporativo no valor de*

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

US$ 11,7 milhões para 2019 (2018: US$ 13,2 milhões). (grifo nosso)
(pág. 17-18 da DF 2019 BRASKEM NETHERLANDS B.V) – (grifo nosso)

(...)

18. Tributação

(...)

A alíquota de imposto de renda da pessoa jurídica legal é de 25%, 19% para lucros de até 200.000 Euros. ***As principais razões para a diferença entre a alíquota de imposto aplicável e o imposto efetivo são os Acordos de Preços Avançados ("APA") em vigor com as autoridades fiscais holandesas, bem como o tratamento fiscal para as receitas e despesas de financiamento.*** *A declaração de IRS relativa ao ano de 2019 será apresentada às autoridades fiscais até o final de dezembro de 2022. Foram recebidos os lançamentos fiscais finais até o ano de 2018. (grifo nosso) (pág. 78-79 da DF 2019 BRASKEMNETHERLANDS B.V) - (grifo nosso)*

Esse ruling é uma demonstração de que o fisco holandês considera que as atividades econômicas da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V não são substantivas em seu território, razão pela qual não há tributação representativa de imposto de renda, cujas receitas foram drenadas para aquele país na forma de empréstimos financeiro entre empresas vinculadas.

Nesse sentido, como informado, a BRASKEM S/A fez remessa para BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V de mais de US$ 274 milhões (em 2018) e US$ 471 milhões (em 2019). Entretanto, esse valor não sofreu retenção na fonte no Brasil e ainda gerou isenção/redução de imposto na Holanda (ruling).

Isso indica que ela tem papel de se livrar da tributação de IRRF (0481 – IRRF/ Juros e Comissões em Geral) no Brasil, ao mesmo tempo em que se beneficia de isenção/redução em mais de US$ 75 milhões (2018) e de US$ 123 milhões (2019) na Holanda. Além disso, a BRASKEM S/A deduz juros da base de cálculo de IRPJ e CSLL aqui no Brasil.

Sistemática de Captação de Recursos

19. A sistemática de captação de recursos no mercado de capitais e concessão de empréstimos pelas empresas controladas à Recorrente, em síntese, é a que segue:

Em resumo, a sistemática utilizada pela BRASKEM S/A para captar recursos no mercado de capitais e, em seguida, contrair empréstimos com empresas controladas. Resultando, ao final, dedução de juros apropriados por ocasião da apuração de IRPJ e CSLL. A citada sistemática funciona da seguinte forma:

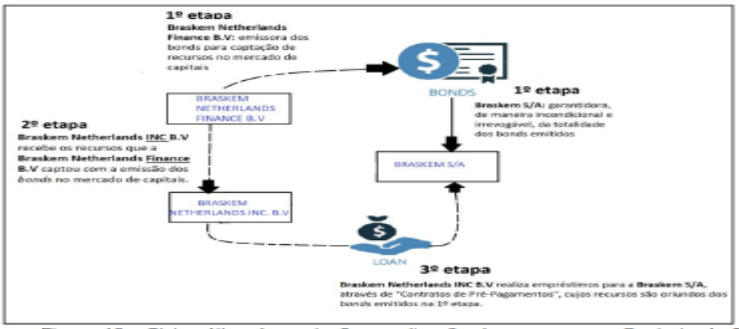


Figura 18 - Sistemática de captação e aplicação de recurso com Contrato de Pré-Pagamentos com empresas ligadas.

De acordo com o Memorando de Oferta (Braskem Netherlands Finance B.V: Notas a 4,500% de US$ 1.500.000.000 com vencimento em 2030 / Notas a 5,875% de US$ 750.000.000 com vencimento em 2050 / Garantidas em caráter incondicional e

DOCUMENTO VALIDADO

irrevogável por Braskem S.A), a única finalidade de BRASKEM FINANCE seria emitir e pagar títulos de dívidas usados para captar recursos no mercado externo. Em seguida, os valores eram repassados para as demais empresas do grupo.

(...)

A contribuinte apresentou em resposta ao item 7 do TIF 5, no dia 12 de maio de 2023, a planilha com os bonds emitidos de 2016 a 2019 pela BRASKEM NETHERLANDS FINANCE.

(...)

O período de emissão de títulos pela BRASKEM FINANCE coincide com a celebração de contrato de pré-pagamento entre a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V e BRASKEM S/A. O que ratifica ainda mais a sistemática do mútuo acima descrita nesta Peça Fiscal e utilizado pela contribuinte fiscalizada (BRASKEM S/A).

(...)

Além disso, constatou-se que há spread entre a taxa de juros de captação no mercado de capitais e a taxa de juros usada no empréstimo entre as empresas vinculadas do Grupo Braskem. A título de exemplo, destaca-se o bond "BRK30" emitido em 11/11/2019, pela BRASKEM NETHERLANDS FINANCE, cujo montante foi de US$ 1.500.000.000,00, com taxa de juros de 4,5% ao ano.

Por sua vez, o contrato de pré-pagamento nº 54982, de 22/03/2019, celebrado entre BRASKEM S/A e BRASKEM NETHERLANDS INC B.V, cujo montante foi de US$ 250.000.000,00 possui uma taxa de juros de 8,881% ao ano.

Já o contrato nº 57395, assinado em 13/12/2019, no valor de US$ 141.412.500,00, também celebrado entre BRASKEM S/A e BRASKEM NETHERLANDS INC B.V, tem taxa de juro anual de 7,217%. Nesse sentido, considerando o juro de 7,217% do contrato de pré-pagamento nº 57395 e o juro do bond "BRK30", emitido em 11/11/2019, verifica-se um spread cobrado entre empresas ligadas de 2,717%.

Conclui-se que a maior parte dos recursos utilizados pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V nos "Contratos de Pré-Pagamentos" com a própria BRASKEM S/A, advém de títulos de dívida repassados pela BRASKEM NETHERLANDS FINANCE que, inicialmente, captou com a emissão no mercado externo, cujos termos, de garantias (incondicional e irrevogável), em verdade, coloca a própria garantidora (BRASKEM S/A) como real devedora/emissora da dívida com bonds. Tornando a mutuante (BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V) e a emissora de títulos (BRASKEM NETHERLANDS FINANCE), instrumentos para captar recursos e utilizá-los internamente para obtenção de vantagem tributária no Brasil, como veremos adiante.

Excesso de Limites de Endividamento

20. Conforme já indicado, a matéria sobre Subcapitalização envolve conclusão de utilização de despesas financeiras indedutíveis oriundas de excesso de limites de endividamento na controlada BRASKEM NETHERLANDS INC B.V.

Artigo 24 da Lei 12.249/2010

21. A Recorrente informou que, em relação à BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, estaria sujeita a limite de endividamento de até duas vezes o valor do patrimônio líquido (art. 24 da Lei 12.249/2010).

DOCUMENTO VALIDADO

Artigo 25 da Lei 12.249/2010

22. Em função de Regime Fiscal Privilegiado já mencionado, os empréstimos financeiros contraídos com BRASKEM NETHERLANDS INC B.V. devem atender a limite de endividamento de 30% do valor de patrimônio líquido da Recorrente (devedora), nos termos previstos no art. 25 da Lei 12.249/2010.

23. Tal limite é aplicável à empresa vinculada no exterior constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Estratégia e Estruturação Para Não Tributação

24. Há citação de que, em demonstrações financeiras de 2019 da BRASKEM NETHERLANDS B.V, a controlada BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V foi criada para emprestar fundos à BRASKEM S/A e suas coligadas.

Compartilhamento de Instalações Físicas

25. O Fisco relata compartilhamento de instalações físicas com controladas holandesas. Conclui-se que tal situação compromete capacidade operacional da pessoa jurídica para desenvolvimento de atividades:

> *A BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V está situada no endereço Weena 240 - 3012 NJ Rotterdam (Países Baixos – Holanda), mesmo endereço da BRASKEM NETHERLANDS B.V, já citado anteriormente neste Relatório Fiscal. Nesse mesmo local também estão as empresas BRASKEM NETHERLANDS FINANCE BV, BRASKEM NETHERLANDS GREEN BV e pelo menos 175 outras empresas formalizadas nas Holanda. As empresas do grupo foram formalizadas no mesmo local, numa espécie de coworking, havendo uma clara confusão entre as pessoas jurídicas.*
>
> *(...)*
>
> *Nesse caso, o grau de compartilhamento acaba inviabilizando a avaliação da adequabilidade das instalações físicas por meio do endereço: o endereço único impede a individualização das instalações físicas. Portanto, o compartilhamento de instalações físicas pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V com mais outras empresas, compromete ainda mais a capacidade operacional apropriada da pessoa jurídica para os seus fins.*

Apuração da Subcapitalização

26. Para apurar o valor de subcapitalização, o Fisco, considerando valores de juros com empréstimos de pessoas jurídicas vinculadas, procedeu à reclassificação de limites e de juros pagos para BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, controlada enquadrada em país com regime fiscal privilegiado e que, portanto, deve obedecer ao **limite de 30%** de endividamento do patrimônio líquido da devedora. Considerando ajustes indicados na folha 81036, os valores ficaram assim apurados:

Ano-calendário	Juros indedutíveis apurados	Valor adicionado no M300 da ECF	Valor apurado no mês com juros indedutíveis
		Ano 2018	
Janeiro	R$ 31.695.400,59	R$ 0,00	R$ 31.695.400,59
Fevereiro	R$ 59.901.518,97	R$ 0,00	R$ 59.901.518,97
Março	R$ 95.432.849,97	R$ 0,00	R$ 95.432.849,97
Abril	R$ 133.211.146,96	R$ 0,00	R$ 133.211.146,96
Maio	R$ 200.230.605,68	R$ 0,00	R$ 200.230.605,68
Junho	R$ 259.557.601,36	R$ 0,00	R$ 259.557.601,36
Julho	R$ 311.949.325,53	R$ 0,00	R$ 311.949.325,53
Agosto	R$ 407.663.641,81	R$ 0,00	R$ 407.663.641,81
Setembro	R$ 551.250.143,25	R$ 0,00	R$ 551.250.143,25
Outubro	R$ 631.938.803,40	R$ 0,00	R$ 631.938.803,40
Novembro	R$ 750.696.245,79	R$ 0,00	R$ 750.696.245,79
Dezembro	R$ 890.861.762,32	R$ 0,00	**R$ 890.861.762,32**
		Ano 2019	
Janeiro	R$ 97.935.996,01	R$ 34.130.514,76	R$ 63.805.481,25
Fevereiro	R$ 215.700.669,61	R$ 51.465.973,47	R$ 164.234.696,15
Março	R$ 360.565.323,94	R$ 102.312.489,20	R$ 258.252.834,74
Abril	R$ 498.881.370,68	R$ 109.555.329,71	R$ 389.326.040,98
Maio	R$ 645.342.508,52	R$ 133.594.839,49	R$ 511.747.669,03
Junho	R$ 775.435.753,05	R$ 177.744.428,13	R$ 597.691.324,91
Julho	R$ 895.422.661,69	R$ 149.342.904,26	R$ 746.079.757,43
Agosto	R$ 1.064.969.053,49	R$ 143.559.426,28	R$ 921.409.627,22
Setembro	R$ 1.262.211.489,75	R$ 478.342.526,67	R$ 783.868.963,08
Outubro	R$ 1.393.592.638,05	R$ 481.152.501,94	R$ 912.440.136,12
Novembro	R$ 1.555.771.179,96	R$ 417.987.928,91	R$ 1.137.783.251,04
Dezembro	R$ 1.704.125.839,11	R$ 650.990.012,45	**R$ 1.053.135.826,67**

Tabela 16 – Valor apurado de subcapitalização no período auditado.

LUCROS NO EXTERIOR

Ausência de Inclusão em Bases de Cálculo

27. Em relação à matéria Lucros no Exterior, o Fisco afirma que houve ausência de inclusão em bases de cálculo do IRPJ e CSLL de resultados auferidos no exterior em razão de participação societária na controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V.

Trading Company

28. Há informação nos autos de que a referida controlada atua como *trading company*[1] do grupo BRASKEM. Na folha 81017 constam informações sobre atividades por ela desenvolvidas.

Atividades

[1] De modo geral, uma trading company é uma empresa intermediária especializada em comércio exterior, que facilita a importação e exportação de mercadorias entre países ao cuidar de toda a burocracia, logística, financiamento, análise de mercado e questões fiscais. Elas atuam como uma "ponte" entre compradores e vendedores globais, oferecendo soluções integradas para simplificar e otimizar transações internacionais, reduzir custos e riscos para seus clientes.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

29. O Fisco informa que as atividades registradas na Holanda para a BRASKEM NETHERLANDS B.V eram de apoio a transporte terrestre, locação de artigos recreativos e desportivos e fabricação de produtos petroquímicos.[2] Sobre tais atividades há a seguinte informação no Relatório Fiscal:

> *O que se constata, inclusive, pela informação prestada pela contribuinte, é de que não há fabricação de produtos petroquímicos em território holandês por parte da Braskem, mesmo ela tendo formalizado a sociedade empresária junto ao governo holandês com esse objetivo (fabricação).*
>
> *Quanto à atividade de recreação na Holanda e que efetivamente ela não exerce...*
>
> *De qualquer forma, das atividades constantes na formalização da BRASKEM NETHERLANDS B.V, ela não exerce nenhuma (nem apoio ao transporte, nem fabricação de produtos petroquímicos e nem recreação).*

30. De forma contraditória ao indicado no parágrafo anterior, o Fisco afirma que a Recorrente informou [3] que sua atividade era de TRADING COMPANY do grupo Braskem.

<u>Procedimento de Importação e Exportação</u>

31. O Fisco indica, baseado em Conhecimento de Embarque, de Invoices e de Relatórios Aduaneiros (Anexo II e III) juntados aos autos, informações resumidas relativas a procedimento de importação e exportação efetuado por intermédio da BRASKEM NETHERLANDS B.V:

> *a) Vendas de Polietilenos e Polipropilenos, no varejo europeu (pequeno valor), e manutenção dos lucros na Holanda;*
>
> *b) Emissão de Invoices referentes a vendas de produtos petroquímicos básicos, sem qualquer menção nos conhecimento de embarque (BL) à sua atuação nas transações, cujo fluxo real das operações envolvia a Braskem S.A e o real adquirente, tais quais, ETBE, MTBE, entre outros, no mercado interno europeu, no atacado, e manutenção dos lucros na Holanda;*
>
> *c) Emissão de Invoices referentes às vendas de produtos petroquímicos básicos, sem qualquer menção nos BL à sua atuação nas transações, cujo fluxo real das operações envolvia a Braskem S.A e o real adquirente, tais quais, ETBE, MTBE, entre outros, no mercado internacional, fora da Europa, no atacado, e manutenção dos lucros na Holanda;*
>
> *d) Emissão de Invoices referentes a venda de nafta, condensado e metanol em favor da Braskem S.A, cujo fluxo real da transação envolvia a controladora brasileira e os produtores/tradings, com expressivo lucro mantido na Holanda;*

<u>Intermediação Anterior à Trading Company – Paraíso Fiscal e Dupla Tributação</u>

[2] As informações acima descritas foram extraídas do **Extrato da Junta Comercial da Câmara de Comércio dos Países Baixos** (traduzida), obtido no dia 13 de janeiro de 2022 e apresentada pela contribuinte em resposta ao item 12 do TIPF.

[3] Em resposta aos itens 18 do TIPF e 6 do TIF 1.

DOCUMENTO VALIDADO

32. Antes da criação da Trading Company, a intermediação de operações da BRASKEM S/A ocorria com controlada localizada em paraíso fiscal nas Ilhas Cayman (BRASKEM INCORPORATED LIMITED), região sem Acordo para Evitar a Dupla Tributação (ADT) com o Brasil.

33. Nesse cenário, o próprio entendimento da Recorrente era o de necessária disponibilização (e tributação) de lucros para a Braskem brasileira. Assim, em 2015 passou a operar como Trading Company (Braskem Holanda) para fazer a intermediação, substituindo a Braskem Ilhas Cayman.

34. O Fisco informa que a alegação para a mudança de cenário seria impossibilidade de tributação no Brasil, justamente por haver tal imposição na Holanda.

Importação - Remessa Direta de Insumos

35. De acordo com **c**onhecimentos de embarque, em importação de insumos pela BRASKEM NETHERLANDS B.V, estes eram remetidos de forma direta (de países de origem) para o Brasil com endosso (transmissão de direito) para a BRASKEM S/A.

Exportação – Origem e Destino

36. Exportações pela BRASKEM NETHERLANDS B.V indicam que a quase totalidade dos produtos exportados partiram de forma direta do Brasil, não da Holanda (sede da referida controlada).

37. De acordo com invoices, as referidas exportações de produtos vendidos pela Braskem Holanda (BRASKEM NETHERLANDS B.V), produzidos pela BRASKEM S/A no Brasil, saem de forma direta do país com destino a empresas compradoras no exterior.

Central de Refaturamento de Preços de Produtos

38. O fisco afirma que a controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V atua como uma central de refaturamento de preços de produtos exportados pela Recorrente.

Papel Meramente Formal

39. Afirma-se que a relação entre BRASKEM NETHERLANDS B.V e BRASKEM S/A é de papel meramente formal visando refaturamento e redirecionamento de lucros obtidos com exportações da matriz brasileira (Recorrente).

Transferência de Lucros ao Exterior

40. Por consequência do refaturamento de preços de produtos, o Fisco afirma que a Recorrente transfere lucros aos Países Baixos.

Relação Societária

41. A BRASKEM NETHERLANDS B.V foi formalizada como sociedade empresária de responsabilidade limitada em 29/09/2006. Na ocasião, a única acionista era a Recorrente (BRASKEM S/A).

Instrução Normativa RFB 1312/2012 (Preço de Transferência)

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Remessa Física Direta

42. Para justificar lógica de remessa física de mercadorias adquiridas pela controlada diretamente de vendedores estrangeiros para o Brasil, entre outras razões, a Recorrente cita a Instrução Normativa 1312/2012.

Operações Trianguladas Sem Trânsito Físico

43. Em sua visão, a referida norma validaria operações trianguladas sem trânsito físico de mercadorias, denominada de operações "back-to-back".

Contestação do Fisco

44. O Fisco contesta tal argumento, pois, conforme o artigo 37, § 2º, da referida norma, operações *back-to-back* se classificam como sendo aquelas que ocorrem sem que produtos efetivamente ingressem ou saiam do Brasil. No caso em comento os produtos entram e saem do Brasil.

Lucros na Holanda

45. O Fisco afirma[4] que apenas pequena parcela de resultado formalizado na Holanda é computada em apuração de lucro tributável naquele país. Tal parcela decorreu de operações negociais entre partes relacionadas referentes a produtos químicos básicos e polímeros. Uma outra fonte de tal parcela originou-se em atividade financeira exercida pelas controladas holandesas.

Acordo

46. Apesar de apresentar esclarecimentos sobre lucros tributáveis da BRASKEM NETHERLANDS B.V e mencionar existência de acordo denominado APA - Advanced Price Agreement, a Recorrente, intimada diversas vezes, não apresentou tal acordo celebrado com o fisco holandês.

47. A alegação para a não apresentação foi justificada em sigilo de informações relacionadas com terceiros. O Fisco resumiu assim informações relacionadas com tais acordos:

> FINANCIAMENTO INTRAGRUPO
>
> *Além dos percentuais indicados pela contribuinte, consta no documento sintético do APA (Advanced Pricing Agreement), vigente até 2018, que se tratava de atividade de financiamento intragrupo, cujo valor de transação seria de US$ 354.237.683,00.*
>
> TRIBUTAÇÃO
>
> *Esse valor constante como atividade financeira da "Braskem Holanda", objeto do acordo acima citado, é o parâmetro usado pelo fisco para definir que*

[4] Com base em resumo de acordo (*tax rulling*) e resposta à intimação apresentada pela Recorrente.

pequena percentagem desse valor seria tributado pelo imposto empresarial naquela jurisdição.

O referido acordo celebrado entre a controlada da contribuinte e as autoridades fiscais holandesas é uma demonstração do fisco estrangeiro que, pelo fato de não ter atividade substantiva que ocorre em seu território, acaba por tributar um lucro insignificante quando comparado com as operações de relevo do grupo.

MOVIMENTAÇÃO FÍSICA DE MERCADORIAS

Nesse sentido, inclusive em face da informação fornecida pela própria contribuinte, que foi parte de um outro APA (ruling), a BRASKEM NETHERLANDS B.V formalizou parte de suas operações de comércio exterior com empresas do grupo, mesmo que a movimentação física das mercadorias não tenha transitado pelo território holandês, fazendo jus ao percentual redutor de receitas previstos no acordo.

NÃO APRESENTAÇÃO DE ACORDO CELEBRADO

Por essa razão (conforme indicado no item Tributação acima), também, a contribuinte não quis apresentar o documento, alegando que teria informações de terceiros (BRASKEM IDESA, que teria 25% pertencentes ao Grupo Idesa) e que, portanto, precisaria manter em sigilo da Receita Federal do Brasil.

Preocupação Com Tributação Adicional

48. O Fisco alerta que **chamou sua atenção** o fato de existência em trecho (folha 81022) de parecer jurídico interno da controlada holandesa, no qual haveria motivação para justificativa de recusa de apresentação da íntegra do referido acordo, de informação relacionada com preocupação com Tributação Adicional:

> *Tradução livre do trecho do memorando contendo o parecer jurídico interno da Braskem Holanda: Ou, alternativamente, se o compartilhamento dos APAs levaria a tributação adicional ou investigações dentro do grupo, pode-se argumentar que isso pode ser considerado um interesse imperioso para (o conselho da) BNBV não compartilhar os APAs.*

49. O Fisco afirma que o contexto de informações evidencia receio de haver cobrança de tributo para o grupo. Em sua visão, tal cobrança não se trata de Tributação Adicional, mas de tributação devida, não declarada e nem recolhida no Brasil.

50. Entende-se, assim, que a Recorrente, por meio de sua controlada, deixou de recolher aos cofres públicos montantes significativos de lucro auferido no exterior.

Composição de Lucro Tributável

DOCUMENTO VALIDADO

51. Considerando o exposto nos itens até aqui trazidos, o Fisco afirma que apurou lucro auferido no exterior, referente às investidas estrangeiras situadas na Holanda (BRASKEM NETHERLANDS B.V e subsidiárias), não oferecido à tributação no Brasil pela Recorrente:

Ano	Lucro Contábil Braskem Netherlands B.V (US$)	Conversão (US$xReal)	Participação societária da BRASKEM S/A	Lucro da BRASKEM S/A tributável no Brasil
2018	401.324.000,00	3,8748	100%	1.555.050.235,20
2019	536.526.000,00	4,0307	100%	2.162.575.348,20
Total				**3.717.625.583,40**

Tabela 3 - Resultados contábeis registrados na DF Braskem Netherlands B.V, em 2018 e 2019, convertidos para moeda nacional

Convenção Brasil e Holanda

52. O Fisco detalha regramento legal de tributação em bases universais (TBU) adotado no Brasil e sua compatibilidade com o art. 7º da Convenção firmada entre Brasil e Holanda para evitar a dupla tributação.

Lucro na Holanda Não Tributado em Nenhum País

53. No quadro abaixo, tendo por base informações já explicitadas, o Fisco apresenta comparação entre o lucro tributável na Holanda e o lucro que não foi tributado em nenhum País do mundo:

Ano	Lucro antes da tributação (DF) – US$	Lucro oferecido na Holanda – US$	Lucro não tributado em nenhum país - US$	Conversão	Participação societária da BRASKEM S/A (%)	Lucro não tributado em nenhum país – R$
2018	401.324.000,00	55.277.653,00	346.046.347,00	3,8748	100,00	1.340.860.385,36
2019	536.526.000,00	107.858.847,00	428.667.153,00	4,0307	100,00	1.727.828.693,60
Total	**937.850.000,00**	**163.136.500,00**	**774.713.500,00**	-	-	**3.068.689.078,96**

54. Sobre tal parcela de lucro não tributado em nenhum outro País o fisco faz as seguintes ponderações:

DOCUMENTO VALIDADO

Verificamos que o lucro tributável na Holanda representaria cerca de 45% e 70% do total de lucro auferido no exterior, para 2018 e 2019, respectivamente. Chega-se a essa conclusão quando consideramos o lucro total declarado no Registro M300 da ECF de R$ 1.921.943.569,93 (2018) e R$ 959.078.583,27 (2019), na linha 11.05 – Lucros rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior – resultado positivo, somado ao valor da tabela acima e que não fora oferecido a tributação.

De acordo com a tabela acima mencionada, significa que, levando em conta o montante do lucro na Holanda utilizado como base para incidência da alíquota nominal de 25% em comparação ao lucro apurado na DF da "Braskem Holanda", a alíquota efetiva cobrada de todo o lucro auferido pela controlada holandesa foi de cerca de 3,5% (2018) e 5% (2019).

(...)

Essa alíquota efetiva, inclusive, é inferior a vinte por cento, aquém do que se consideram países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento), nos termos do que dispõe o art. 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04 de junho de 2010, quando trata de países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

55. A partir da folha 81023 há detalhamento sobre parcela de Imposto Pago no exterior pela BRASKEM NETHERLANDS B.V em 2018 e 2019. Tal detalhamento resultou no seguinte quadro, o qual foi considerado para efeitos da constituição de crédito ora analisada:

Ano	Lucro Contábil Braskem Netherlands B.V (US$)	Conversão (US$xReal)	Participação societária da BRASKEM S/A	Lucro da BRASKEM S/A tributável no Brasil	Imposto pago no exterior
2018	401.324.000,00	3,8748	100%	1.555.050.235,20	11.553.163,35
2019	536.526.000,00	4,0307	100%	2.162.575.348,20	0,00
Total				**3.717.625.583,40**	**11.553.163,35**

MULTA ISOLADA E JUROS

56. Tendo em vista que as infrações apuradas pela fiscalização alteraram os resultados fiscais dos períodos correspondentes, foi constatado que a empresa deixou de efetuar pagamentos de estimativas de IRPJ e CSLL. Em função disso, houve aplicação de Multa Isolada conforme legislação de vigência. Alega-se, em paralelo, equívoco em aplicação de juros Selic.

OUTRAS MATÉRIAS – PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

Distribuição de Lucros - Dedução de Tributos

57. Alega-se que deve haver dedução de tributos recolhidos no Brasil quando de distribuição de lucros da Braskem BV.

Renda no Exterior - Dedução de Tributos

58. Alega-se que devem ser deduzidos tributos recolhidos pela controlada no exterior sobre renda auferida (art. 87 da Lei nº 12.973/2014, aplicando-se, ainda, o § 7º do mesmo dispositivo, sem

DOCUMENTO VALIDADO

Original

necessidade de coordenação do pagamento com o ano de apuração do tributo cobrado no Brasil).

Outras Deduções de Tributos

59. Deve ser considerado na dedução dos tributos lançados no ano de 2018, o tributo recolhido no exterior referente ao lucro apurado pela Braskem BV no ano de 2016. Deve ser reconhecido o crédito relativo ao imposto recolhido em 2019 sobre os lucros auferidos em 2018 pela Braskem BV. Alega-se, ainda, que é devido o reconhecimento de valor pago pela Braskem BV a título de IR referente aos lucros auferidos em 2019.

Estimativas

60. Alega-se possibilidade de compensação do IR pago no exterior para a quitação de estimativas.

Outras Alegações

61. Por fim, alega-se erros incorridos em cálculo de multas isoladas, em razão de créditos correspondentes a imposto pago no exterior, créditos adicionais de IRRF não computados e de créditos adicionais de PAT.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

62. Discordando do Fisco, visando suspender o crédito constituído, a Recorrente apresentou Impugnação em desfavor de argumentos explicitados no Relatório Fiscal. Em acórdão de primeira instância houve a seguinte decisão:

> *Acordam os membros da 3ª TURMA/DRJ08 de Julgamento, por **unanimidade** de votos, **JULGAR IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO**, mantendo o crédito tributário em litígio*.

SEGUNDA INSTÂNCIA

PRELIMINARES

63. Em preliminares, a Recorrente solicita o seguinte (folha 81233):

> *Ante o exposto, a Recorrente requer seja conhecido e provido o presente recurso, para, preliminarmente, reconhecer a nulidade da r. decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à instância a quo para novo julgamento...*

64. Tal solicitação baseia-se nas seguintes indicações efetuadas a partir da folha 81104, relacionadas com não apreciação de argumentos e de alegação de inovação do lançamento pela decisão de primeira instância:

DOCUMENTO VALIDADO

Fundamentos da Impugnação	Fundamentos da decisão DRJ08
Ilegalidade do Lançamento - Ofensa à Convenção para Evitar Dupla Tributação entre Brasil e Países Baixos	
Aplicação do Tratado Brasil-Holanda: As convenções internacionais em matéria tributária devem prevalecer em relação à legislação interna (violação do auto de infração aos arts. 96, 98 e 100 do CTN).	MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ
Incorreta interpretação aos comentários da OCDE ao seu Modelo de Convenção: Os comentários da OCDE elencados como fundamento da autuação se referem a uma pretensa compatibilidade entre as chamadas regras "CFC's" (*Controlled Foreign Company provisions*) e o artigo 7º dos Tratados. No entanto, a Lei nº 12.973/2014 (art. 76 e *ss* - base do lançamento) não é espécie de "regra CFC", logo tais comentários não são aplicáveis à referida legislação.	MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ
Premissas e alegações infundadas utilizadas como prova no lançamento fiscal: • Equívocos da fiscalização sobre à atividade comercial da Braskem BV: A d. Auditoria alega que, como fator prejudicial à substância da Braskem BV, inexistiria trânsito físico de produtos pela empresa. Tal alegação não se sustenta, pois: (i) a Braskem BV mantém estoque de produtos na Europa; e (ii) eventuais operações sem trânsito físico de produtos químicos seguem prática comum no comércio internacional, sendo, inclusive, validadas pela própria RFB ao dispor sobre operações triangulares (*back to back* – IN RFB nº 1.312/2012). • Inválidos comentários sobre tributação dos lucros da Braskem BV: De acordo com a d. fiscalização, no âmbito do APA (acordo firmado pela Braskem BV com o fisco holandês), o lucro considerado para fins tributários é inferior ao contábil. Ocorre que, a esse respeito: (i) também no Brasil o lucro tributável pode ser inferior ao resultado contábil, sendo o regime do APA similar ao lucro presumido brasileiro; e (ii) o lucro tributável da Braskem BV é apurado segundo as regras de preços de transferência locais, estando o APA em conformidade com os "padrões OCDE" (atualmente vigentes no Brasil).	Comentários DRJ: MATÉRIA NÃO CONTESTADA PELA DRJ MATÉRIA NÃO CONTESTADA PELA DRJ

DOCUMENTO VALIDADO

• A d. fiscalização constatou o recolhimento de tributos pela Braskem BV na ordem de € 11.691.450,00 em 2018 e € 15.932.762,00 em 2019 não existindo razão para a não consideração desses montantes como crédito a deduzir dos supostos tributos devidos no Brasil nesses mesmos períodos.	MATÉRIA NÃO CONTESTADA PELA DRJ

Subcapitalização: Dedutibilidade dos Juros devidos à Braskem Inc.	
No mais, o regime que motivou a inclusão das *holdings companies* no art. 2º da IN RFB nº 1.037/2010 foi o *Dutch participation exemption* regime, que prevê isenção de tributação de dividendos e ganhos de capital oriundos de participações em outras sociedades, não tendo sido sequer cogitado no relatório fiscal ser a Braskem Inc. beneficiária de dividendos / ganhos de capital não tributáveis de modo a fazer jus ao referido regime.	MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ

Atividade econômica substantiva realizada pela Braskem Inc.:	Comentários DRJ:
• Além de atuar como *trading* e *holding*, a Braskem BV também realiza a captação de recursos de forma direta no mercado internacional, iniciativa justificável por inúmeros fatores negociais (*e.g.* melhores taxas de juros; *hedge* natural oriundo de outras moedas; etc.); • A d. fiscalização incorre em diversos equívocos na análise da estrutura da Recorrente na Holanda: o Confunde o endividamento total da Recorrente com partes relacionadas como o endividamento apenas com a Braskem Inc.; o Menciona que a Recorrente emitiu bonds, quando a emissão foi da Braskem Finance; o Indica que Braskem Inc. compartilhava o escritório com mais de 175 empresas, mas essas empresas estão no mesmo código postal (quarteirão), e não no mesmo escritório; o Indica que a Braskem Inc. tem integrantes brasileiros sem checar que a maior parte era residente na Holanda. • A atuação da Recorrente como garantidora das dívidas de suas controladas estrangeiras é prática usual de mercado, como se verifica da análise das demonstrações financeiras de outras relevantes empresas no Brasil (*e.g.* Gerdau, JBS, Petrobras, Vale e Votorantim);	MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DRJ

DOCUMENTO VALIDADO

DRJ: Novo Lançamento	Autos de Infração: Lançamento Original
DRJ - Premissa nº 1: Braskem BV, controladora da Braskem Inc., é uma *holding company* (fls. 81072).	**Alegação inexistente nos autos de infração:** Braskem Inc. – e não Braskem BV – seria uma *holding company*.
DRJ - Premissa nº 2: APA da Braskem BV seria regime fiscal privilegiado (fls. 81071).	**Alegação inexistente nos autos de infração:** Lançamento original não aponta ser o APA regime fiscal privilegiado.
DRJ - Premissa nº 3: Regime fiscal privilegiado da Braskem BV seria extensível à Braskem Inc. eis que as empresas seriam uma "unidade fiscal" (fls. 81071) .	**Alegação inexistente nos autos de infração:** Lançamento original não aponta a existência da "unidade fiscal" como fundamento para extensão, à Braskem Inc., de suposto regime fiscal privilegiado usufruído pela Braskem BV.
DRJ - Premissa nº 4: O regime fiscal privilegiado referido pela IN RFB nº 1.037/2010 não seria restrito às *holding companies* holandesas (fls. 81071).	**Alegação inexistente nos autos de infração:** Lançamento original alega ser a Braskem Inc. *holding company* holandesa enquadrada na hipótese taxativa do art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010.
Alegação inexistente no r. acórdão: O r. acórdão da DRJ não indica ser a Braskem Inc. uma *holding company*.	**Autuação - Premissa nº 1:** A Braskem Inc. seria uma *holding company*, pois está registrada na Junta Comercial holandesa sob o código 642 - *Financial Holdings*.
Alegação inexistente no r. acórdão: O r. acórdão da DRJ, embora aponte a Braskem BV como uma holding company, é completamente silente quanto à substância dessa entidade, que possui robusta estrutura operacional na Holanda (e.g. existência de espaço físico de 718 m²; 60 funcionários; etc.).	**Autuação - Premissa nº 2:** A Braskem Inc. carece de atividade econômica substantiva.

- DRJ reconhece que Braskem Inc. não é *holding company*. No entanto, alega que a Braskem Inc. estaria *usufruindo do regime aplicável à holding company* – Braskem BV – por elas comporem uma unidade fiscal na Holanda. (Alteração do sujeito – o RFP agora é o da *holding company* Braskem BV)
- O regime fiscal privilegiado aplicável à Braskem BV seria o APA - *Advanced Pricing Agreement*.

Equívocos DRJ

- **A IN RFB nº 1.037/2010 é norma taxativa: só pode ser aplicado a *holding companies* que não exercem atividade econômica substantiva.** Não pode ser ampliado a outras PJ que supostamente usufruem do regime aplicável à *holding company*. **Norma restritiva de direitos.**
- A DRJ atribuiu à INC BV um regime fiscal privilegiado aplicável à Braskem BV (holding company), mas **não verificou se a Braskem BV exerce atividade econômica substantiva**. Art. 2º, par. único da IN 1037: "(...) a pessoa jurídica **que exerce a atividade de holding desempenha atividade econômica substantiva quando** (...)".
- **Substância Econômica da Braskem BV:** 60 empregados, 718 m² de escritório, operações reais e relevantes. Atividade econômica inequívoca afasta enquadramento no art. 2º, IV, da IN 1.037/2010.
- **APA não é regime fiscal privilegiado**; é acordo de precificação antecipada. *Participation exemption* é o único aplicável às holding companies holandesas.
- APA financeiro **não resultou em subtributação**: A **Braskem Inc. auferiu prejuízo** e ainda assim foi tributada.
- APA Financeiro da Braskem BV sequer vigorou em todo o período autuado (apenas 2018). Em 2019, não havia APA.

MÉRITO

65. No mérito, em resumo, a Recorrente faz as ponderações que seguem:

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

- **Infração 1 - Subcapitalização:** Braskem Inc. (Holanda) estaria sujeita a regime fiscal privilegiado, ensejando aplicação da regra restritiva para dedutibilidade de juros (30% do PL).

- **Infração 2 - TBU:** Necessária aplicação das regras brasileiras para tributação dos lucros auferidos pela Braskem BV (Holanda). Inexistência de conflito em relação ao Tratado Brasil-Holanda, art. 7º.

- **Infração 3 - Glosa imposto estrangeiro:** Multa isolada estimativa março/2019 - "compensação de imposto pago no exterior".

Regime Fiscal Privilegiado - Art. 2º, IV da IN RFB nº 1.037/2010

- "IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva;"

Condições cumulativas da IN (norma taxativa):

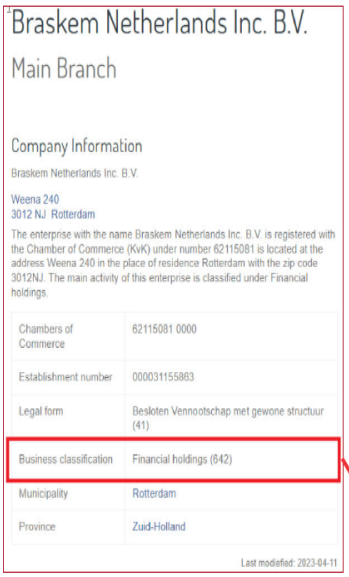
a) Ser entidade constituída "sob a forma de *holding company*";

b) Entidade não exercer "atividade econômica substantiva"; e

c) Comprovação do regime fiscal

Caso concreto: Braskem Inc. não é *holding company.*

Braskem Inc. não é *Holding Company*, mas *Financial Holding* (fls. 73)



Braskem Netherlands Inc. B.V.

Main Branch

Company Information

Braskem Netherlands Inc. B.V.

Weena 240
3012 NJ Rotterdam

The enterprise with the name Braskem Netherlands Inc. B.V. is registered with the Chamber of Commerce (KvK) under number 62115081 is located at the address Weena 240 in the place of residence Rotterdam with the zip code 3012NJ. The main activity of this enterprise is classified under Financial holdings.

Chambers of Commerce	62115081 0000
Establishment number	000031155883
Legal form	Besloten Vennootschap met gewone structuur (41)
Business classification	Financial holdings (642)
Municipality	Rotterdam
Province	Zuid-Holland

Last modified: 2023-04-11

- Societariamente *holding companies* holandesas são registradas sob o código comercial "*701 - Holding companies*".
- Entidades classificadas sob código "*642 – Financial holdings*" não são *holding companies*.
- Registro junto à câmara de comércio holandesa: Braskem Inc. foi enquadrada pelas autoridades comerciais holandesas como *Financial Holding* (fls. 73).
- IN RFB 1037/2010 aplica-se apenas às *holding companies*: interpretação literal / norma taxativa.
- Parecer Tabelião Holandês: Braskem Inc. não é *holding company* (fls. 80343 / 80912).

Business classification	Financial holdings (642)

Acórdão nº 1302-002.011 (Relatoria Dr. Alberto Pinto)		Caso concreto
▪ Contexto: Análise da qualificação de ***holding company* dinamarquesa** como beneficiária de regime fiscal privilegiado.	=	▪ Contexto: Análise da qualificação de ***holding company* holandesa** como beneficiária de regime fiscal privilegiado.
▪ "Mesmo para uma ***holding pura***, é equivocado afirmar que ela não exerce atividade econômica substantiva apenas porque **tem por objeto a participação no capital de outras sociedades**"	✖	▪ **Braskem Inc. não é *holding pura* (não é *holding company*)**, fato sequer alegado pela autuação e DRJ, eis não possuir investimentos relevantes / realizar gestão de outras empresas.
▪ "existem três condições para se considerar que (...) uma pessoa jurídica esteja usufruindo de um regime fiscal privilegiado: ▪ primeiro, que esteja domiciliada na Dinamarca; ▪ **segundo que seja uma *Holding Company***; e, ▪ terceiro, que não exerça atividade econômica substantiva."	✖	▪ Braskem Inc. **não atende à segunda condição indicada no acórdão**: ser Holding Company (ser empresa que detém / administra investimentos societários).

Qualificação da Braskem Inc. como *Holding Company* com base nas Demonstrações Financeiras da Braskem BV

- As demonstrações financeiras da Braskem BV não reconhecem à Braskem Inc. como holding company.
- A condição de "holding company intermediária" é reconhecida pela Braskem BV, que é a controladora da Braskem Inc.
- Confusão em relação à razão social das empresas ("Braskem Inc" e "Braskem BV") na leitura das DFs.

IN RFB 1037/2010: Qual a razão das holdings holandesas serem consideradas "regimes fiscais privilegiados"?

- Histórico edição da IN: menção às *holding companies* holandesas tem relação com o regime de *participation exemption* (isenção tributação de dividendos e ganhos de capital).
- Correspondência do Secretário de Estado das Finanças da Holanda ao Parlamento holandês (fls. 80352 / 80924):

  *"...o Brasil publicou as listas negra e cinza. Os Países Baixos estão incluídos na lista cinza. (...) O Brasil considera a tributação na Holanda de holding companies como regime tributário privilegiado. **A razão para tanto reside na aplicação da isenção de participação holandesa sobre dividendos.**"*

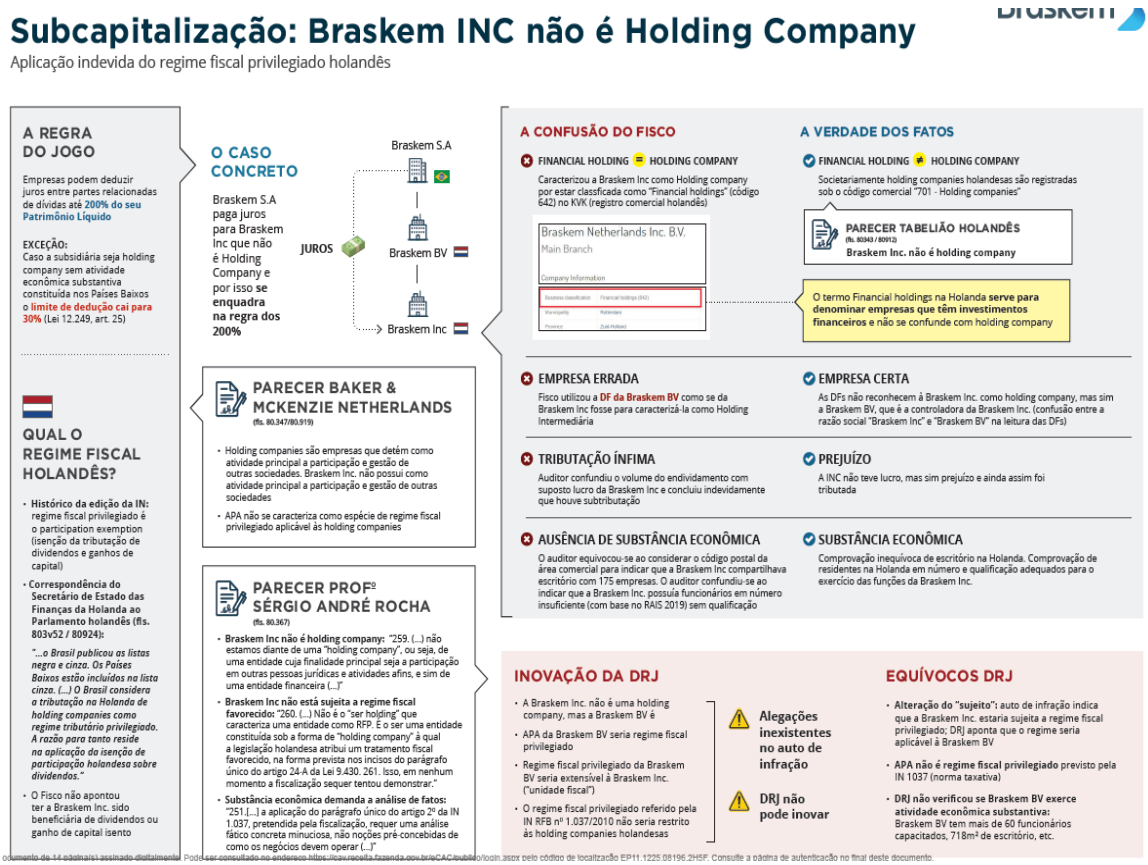
- **D. Fiscalização não apontou ter a Braskem Inc. sido beneficiária de dividendos ou ganho de capital isento.**

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Presunção de que os resultados da Braskem Inc. estiveram sujeitos a baixa tributação na Holanda

- Não há que se falar em subtributação dos lucros da Braskem Inc.
- Entidade sequer auferiu lucros em 2018 e 2019.
- DFs, transcritas no relatório fiscal (fls. 81), atestam ter a empresa apurado prejuízo em ambos os períodos.
- Isto é, a tributação incidente sobre resultados da investida foi, na verdade, excessiva, e não ínfima, como quis inferir a d. fiscalização. A empresa não auferiu lucros, mas sim prejuízos, tendo sido tributada ainda assim.
- A autoridade fiscal cometeu erros grosseiros no cálculo da alíquota efetiva a que a Braskem Inc estava sujeita. Confundiu volume de endividamento com lucro e, por isso, calculou uma alíquota efetiva irreal de 0,002636% e 0,23259% (fls. 85).



É O RELATÓRIO

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Marcelo Izaguirre da Silva –** Relator

PRELIMINARES

TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE

66. Nos termos do Decreto 70.235/1972, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende a requisitos de admissibilidade. Conforme Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), aprovado pela Portaria MF 1.634/2023, as matérias objeto do Recurso estão contidas na competência da Primeira Seção de Julgamento.

NULIDADES

Subcapitalização – Temas Não Enfrentados

67. A primeira Nulidade invocada pela Recorrente se refere à afirmação de que a DRJ foi omissa em apreciação de argumentos essenciais para exame de aplicação de regras de subcapitalização em relação a juros devidos à Braskem Inc. Mais especificamente, em sua visão, os quesitos fundamentais que seguem deixaram de ser enfrentados pelo acórdão recorrido:

- Embora tenha reconhecido não ser a Braskem Inc. uma *holding company*, a DRJ passou ao largo dos argumentos de defesa trazidos, através dos quais restou claro que. societariamente, *holding companies* holandesas são registradas sob o código comercial 701 - *Holding companies*. Entidades classificadas sob código 642 – *Financial holdings* não são *holding companies*. Na legislação dos Países Baixos, classificam-se como *holding companies* empresas que têm como atividade principal a participação e gestão de outras sociedades, o que não é o caso da Braskem Inc.

- A d. autoridade fiscal não comprovou a qual regime fiscal privilegiado a que a Braskem Inc. estaria sujeita, nem a compatibilidade desse suposto regime com pelo menos um dos incisos do parágrafo único do art. 24-A da Lei n.º 9.430/1996. Apenas levantou suspeitas, sem provar, que haveria um regime de tributação privilegiado da receita de juros. No mais, o regime que motivou a inclusão das *holdings companies* no art. 2º da IN RFB nº 1.037/2010 foi o *Dutch participation exemption regime*, que prevê isenção de tributação de dividendos e ganhos de capital oriundos de participações em outras sociedades, não tendo sido sequer cogitado no relatório fiscal ser a Braskem Inc. beneficiária de dividendos / ganhos de capital não tributáveis de modo a fazer jus ao referido regime.

- As atividades da Recorrente na Holanda são subsidiadas por sólida estrutura operacional. Além de atuar como *trading* e *holding*, a Braskem BV também realiza a captação de recursos de forma direta no mercado internacional. Ademais, no período autuado, a estrutura da Braskem na Holanda dispunha de 718 m² de espaço físico e 60 funcionários (média de 11,9 m² por funcionário, superior à média comum de 7 m²).

DOCUMENTO VALIDADO

- A atuação da Recorrente como garantidora das dívidas de suas controladas estrangeiras é prática usual de mercado, como se verifica da análise das demonstrações financeiras de outras relevantes empresas no Brasil (*e.g.* Gerdau, JBS, Petrobras, Vale e Votorantim). Ainda, a existência de *spread* entre a taxa de juros captada no mercado de capitais (quando da emissão do bond pela Braskem Finance) e a taxa de juros praticada entre a Braskem Inc. e a Recorrente justifica-se pelos seguintes fatores principais: (i) as entidades holandesas incorrem localmente em riscos e exercem funções específicas, devendo ser remuneradas nessa extensão; e (ii) os juros devidos pela Recorrente estão em conformidade com as regras de preços de transferência.

- A d. fiscalização incorreu em diversos equívocos na análise da estrutura da Recorrente na Holanda:

  - Confunde o endividamento total da Recorrente com partes relacionadas como o endividamento apenas com a Braskem Inc.;
  - Menciona que a Recorrente emitiu bonds, quando a emissão foi da Braskem Finance;
  - Indica que Braskem Inc. compartilhava o escritório com mais de 175 empresas, mas essas empresas estão no mesmo código postal (quarteirão), e não no mesmo escritório; e
  - Indica que a Braskem Inc. tem integrantes brasileiros sem checar que a maior parte era residente na Holanda.

68. Alega-se que a ausência de pronunciamento pela Administração Pública, além de cercear o direito de defesa quando se tratar de uma acusação, encerra também em nítida violação ao direito constitucional de petição, insculpido no art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'a', da Constituição Federal.

69. Outra alegação é a de que o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15 - "CPC") possui dispositivo especialmente dedicado a assegurar que a prestação da tutela jurisdicional seja efetivamente fundamentada. Importa ressaltar que os conceitos registrados no CPC se aplicam supletivamente ao processo administrativo e o seu conteúdo deve orientar a devida fundamentação do caso em exame.

70. Adicionalmente, afirma-se que a configuração do cerceamento de defesa encontra também amparo no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/197210. Nesse mesmo sentido, com relação à aplicação de certos princípios à Administração Pública e aos processos administrativos, transcreve-se trechos do artigo 2º da Lei nº 9.784/99.

71. Ora, qualquer alegação que envolva eventual lesão a direito de contraditório e ampla defesa, em essência, deve ser analisada sobre a luz dos artigos 10, 59 e, por correlação e eventual interdependência material, também do 60 do Decreto 70.235/72. De fato, estes dispositivos regulam a análise e julgamento sobre ocorrência de eventual nulidade que possa prejudicar validade e eficácia de ações fiscais praticadas no decorrer do PAF, mormente aquelas relativas a competência e direito de ampla defesa.

DOCUMENTO VALIDADO

72. Em análise detida e detalhada dos elementos probatórios instruídos nos autos, realmente não se pode dizer e comprovar que houve eventual descumprimento de requisitos estabelecidos por tais regras. Não houve atuação de pessoa incompetente e, também, não houve preterição ou lesão ao direito de defesa. Tanto é verdade que a Recorrente faz ampla defesa de sua visão na presente instância.

73. De fato, indo ao encontro da ideia de existência do artigo 60 já mencionado, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas no transcorrer do processo, considerando, por certo, proteção trazida ao Sujeito Passivo insculpida nas próprias regras citadas.

74. O conteúdo da preliminar, em meu entendimento, se resolve em análise de mérito da constituição de crédito. Sem dúvidas, o exame dos fatos depende, essencialmente, dos elementos probatórios instruídos no presente processo.

75. Nesta diretriz, não há como rejeitar a ideia de que a decisão de primeira instância examinou as provas e os argumentos centrais trazidos aos autos. Ao julgador, no livre exercício de criação de convicção, não se atribui a obrigação de enfrentar toda e qualquer alegação trazida pela Recorrente. Neste sentido, vale citação da defesa da matéria feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional a partir da folha 81330.

76. Por fim, conforme já dito, não se pode negar que a Recorrente possui evidente entendimento de todas as infrações constituídas. Portanto, considerando o exposto, entendo que não houve eventual preterição ao direito de defesa e ao contraditório, assim, voto por rejeitar tal preliminar.

Inovação do Lançamento Pela DRJ

77. Conforme indicado, uma outra alegação trazida para justificar a nulidade é a de que houve inovação do lançamento pela DRJ. Seguem os argumentos essenciais da Recorrente:

> Como visto, segundo a d. auditoria, os juros devidos pela Recorrente à Braskem Inc. no âmbito de contratos de pré-pagamento de exportação estariam sujeitos ao limite restritivo de dedutibilidade previsto no art. 25 da Lei nº 12.249/2010 (endividamento limitado a 30% do patrimônio líquido da devedora brasileira), relativo às regras de subcapitalização aplicáveis aos juros devidos à pessoa jurídica situada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.
>
> Para tanto, a d. fiscalização fundamenta a autuação sob duas premissas fáticas principais, a saber:
>
> - **Autuação - Premissa nº 1:** A Braskem Inc. seria uma *holding company*, pois está registrada na Junta Comercial holandesa sob o código 642 - *Financial Holdings*; e
>
> - **Autuação - Premissa nº 2:** A Braskem Inc. carece de atividade econômica substantiva.
>
> A partir dessas premissas, a d. autoridade autuante conclui estar a Braskem Inc. enquadrada no regime fiscal privilegiado listado pelo art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010, razão pela qual, no caso concreto, deveria ser observado o limite restritivo de subcapitalização da Lei nº 12.249/2010, art. 25[4].

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Na Impugnação apresentada, porém, restou cabalmente demonstrado pela Recorrente não ser a Braskem Inc. uma *holding company*, estando prejudicada a principal premissa fática da autuação fiscal. Nesse sentido, esclareceu-se que, societariamente, as *holding companies* holandesas são registradas sob o código comercial 701 - *Holding companies*. Entidades classificadas sob código 642 – *Financial holdings* não são *holding companies*. Na legislação dos Países Baixos, classificam-se como *holding companies* empresas que têm como atividade principal a participação e gestão de outras sociedades, o que não é o caso da Braskem Inc.

Ao que tudo indica, a d. autoridade autuante, ao ver a expressão "*holdings*" associada ao código 642, equivocadamente presumiu tratar-se do tipo societário "*holding company*". Bastaria, porém, simples consulta às fls. 25 do documento "Classificação do SBI 2008" (citado pela própria fiscalização às fls. 75, **fls. 80340 e ss dos autos**[5]) para lá encontrar o código comercial específico mencionado pela IN RFB nº 1.037/2010, art. 2º, IV: "*701 - holding companies*".

Diante da constatação de que a Braskem Inc. não é uma *holding company*, não haveria outra solução que não o cancelamento da autuação pela DRJ. No entanto, as d. autoridades julgadoras optaram pela manutenção do lançamento, porém agora ao abrigo de premissas fáticas e jurídicas inéditas, absolutamente estranhas ao que foi descrito nos autos de infração, e para as quais não foi apresentada defesa pela Recorrente quando da sua impugnação.

Mais especificamente, a DRJ acolheu os argumentos de defesa apresentados na Impugnação, reconhecendo ser a Braskem Inc. uma *financial holding*, e não *holding company*. Porém, em resposta a esse fato incontestável - Braskem Inc. não é *holding company* -, a decisão de primeira instância constrói, em prejuízo da contribuinte, nova linha argumentativa que não consta na acusação, amparada por quatro novas premissas que supostamente justificariam a conclusão de que a Braskem Inc. estaria sujeita a regime fiscal privilegiado, mesmo sem ser uma *holding company*. Quais sejam:

- **DRJ - Premissa nº 1:** A empresa Braskem Netherlands BV ("Braskem BV"), controladora da Braskem Inc., é uma *holding company* (fls. 81072):

> "(...) a controladora intermediária holandesa BRASKEM NETHERLANDS B.V desenvolve as atividades de holding de investimentos do Grupo BRASKEM no exterior, podendo-se concluir, sem dúvida, que se trata de uma holding company"

- **DRJ - Premissa nº 2:** A Braskem BV faria jus a regime fiscal privilegiado por meio de acordo ("APA") firmado com o fisco holandês (fls. 81071):

> "(...) a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, embora enquadrada como *financial holding*, usufrui do regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company*, através do APA (*Advanced Pricing Agreement*) celebrado entre sua controladora BRASKEM NETHERLANDS B.V e o fisco holandês."

- **DRJ - Premissa nº 3:** O regime fiscal privilegiado da Braskem BV seria extensível à Braskem Inc., eis que as empresas formam uma "unidade fiscal" de acordo com a legislação tributária na Holanda (fls. 81071):

> "(...) BRASKEM NETHERLANDS B.V, (...), em conjunto com suas controladas, forma uma unidade fiscal para fins de imposto de renda na Holanda"

- **DRJ - Premissa nº 4:** O regime fiscal privilegiado referido pelo art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010 não seria restrito às *holding companies* holandesas (fls. 81071):

> "Mesmo em face à taxatividade da chamada lista cinza com os regimes fiscais privilegiados estabelecida na Instrução Normativa RFB nº 1037/2010, a expressão "regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company" não significa restringir a atribuição do regime apenas às empresas enquadradas nesse tipo societário."

A inovação da autuação é evidente, conforme pode-se depreender do confronto do lançamento original com os fundamentos trazidos pelo novo lançamento realizado pela DRJ:

Fundamentos Decisão DRJ: Novo Lançamento	Fundamentos Autos de Infração: Lançamento Original
DRJ - Premissa nº 1: A empresa Braskem BV, controladora da Braskem Inc., é uma *holding company* (fls. 81072)	**Alegação inexistente nos autos de infração:** O lançamento original fundamenta-se na qualificação da Braskem Inc. – e não Braskem BV – como *holding company*.
DRJ - Premissa nº 2: A Braskem BV faria jus a regime fiscal privilegiado por meio de acordo ("APA") firmado com o fisco holandês (fls. 81071)	**Alegação inexistente nos autos de infração:** O lançamento original jamais apontou a Braskem BV como beneficiária de regime fiscal privilegiado em decorrência do APA
DRJ - Premissa nº 3: O regime fiscal privilegiado da Braskem BV seria extensível à Braskem Inc., eis que as empresas formam uma "unidade fiscal" para fins tributários na Holanda (fls. 81071)	**Alegação inexistente nos autos de infração:** O lançamento original não aponta a existência da "unidade fiscal" como fundamento para extensão à Braskem Inc. de suposto regime fiscal privilegiado usufruído pela Braskem BV.
DRJ - Premissa nº 4: O regime fiscal privilegiado referido pelo art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010 não seria restrito às *holding companies* holandesas (fls. 81071)	**Alegação inexistente nos autos de infração:** O lançamento original alega ser a Braskem Inc. uma *holding company*, estando a entidade enquadrada na hipótese taxativa prevista no art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010.
Alegação inexistente no r. acórdão: O r. acórdão da DRJ não indica ser a Braskem Inc. uma *holding company*.	**Autuação - Premissa nº 1:** A Braskem Inc. seria uma *holding company*, eis que a empresa está registrada na Junta Comercial holandesa sob o código 642 - *Financial Holdings*.
Alegação inexistente no r. acórdão: O r. acórdão da DRJ, embora altere a acusação fiscal, trazendo o fundamento inovador de que a Braskem BV seria uma *holding company*, é completamente silente quanto a substância dessa entidade, que possui robusta estrutura operacional na Holanda (*e.g.* existência de espaço físico de 718 m²; 60 funcionários; etc.).	**Autuação - Premissa nº 2:** A Braskem Inc. carece de atividade econômica substantiva.

Inovações nos fundamentos fáticos e jurídicos da exigência fiscal por iniciativa dos julgadores não podem ser admitidas no processo administrativo tributário por ofender pilares em que se baseiam a revisão administrativa pelos Tribunais administrativos, que são os princípios da imparcialidade e da ampla defesa. O princípio da imparcialidade significa

DOCUMENTO VALIDADO

a não vinculação da atividade decisória em favor de qualquer um dos interessados no processo administrativo, devendo os julgadores se abster de intervir no processo ativamente para refazer os fundamentos equivocados da acusação fiscal com a finalidade de garantir que a autuação seja mantida. E o princípio constitucional da ampla defesa pressupõe o exercício do direito de defesa no PAF em duplo grau de jurisdição.

A Delegacia de Julgamento não tem competência para constituir o crédito tributário. Esse posicionamento restritivo pode ser confirmado pelo exame da redação do art. 18, § 3º, do Decreto nº 70.235/1972 dada pela Lei nº 8.748/1993, que determina a lavratura de auto de infração ou emissão de notificação de lançamento para agravamento da exigência inicial. Extinguiu-se, a partir daí, a permissão de agravamento da exigência no bojo da decisão e introduziu-se a necessidade da realização de lançamento complementar para esse propósito.

Tanto é assim que a Secretaria da Receita Federal estabeleceu a competência exclusiva dos Delegados e Inspetores da Receita Federal para expedir notificação de lançamento em cumprimento de decisão que agravar a exigência inicial[6], reservando para as Delegacias de Julgamento a competência de julgamento dos litígios[7], o que pressupõe uma atuação apenas de forma negativa sobre a pretensão da fiscalização, invalidando as exigências que considere ilegais.

A possibilidade de revisão do lançamento foi regulamentada pelo Decreto nº 7.574/2011, que prevê a possibilidade de lavratura de lançamento complementar para revisão da exigência impugnada[8].

A partir da edição desse ato regulamentador, ficou ainda mais claro que a complementação é feita mediante a lavratura de novo lançamento no mesmo processo. Dúvidas não há, portanto, de que a autoridade julgadora não pode inovar o feito e acrescentar novos argumentos fáticos e jurídicos para manutenção da exigência ao proferir sua decisão. Alterar a motivação do lançamento viciado é introduzir uma nova norma individual e concreta, que dependerá sempre da previsão estabelecida pela norma de competência administrativa.

Tal inovação pela DRJ afronta os arts. 145 e 146 do CTN e resulta claro cerceamento do direito de defesa, em ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e por isso é nula de pleno direito, na forma do art. 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235/1972:

> Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> I - impugnação do sujeito passivo;
> II - recurso de ofício;
> III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.
>
> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.
>
> ****
>
> Art. 5.º (...)
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
>
> ****
>
> Art. 59. São nulos: (...)
>
> II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

O critério jurídico adotado inicialmente no lançamento fiscal se baseou na subsunção de um suposto fato (a Recorrente seria uma *holding company*) à norma infralegal (IN nº 1037/2010) para enquadrá-la como regime fiscal privilegiado e sustentar a indedutibilidade dos juros prevista no art. 25 da Lei nº 12.249/2010.

Não sendo possível manter a autuação sob o mesmo critério jurídico, a DRJ adotou distinto critério jurídico para exigir a glosa dos juros. Sustenta que, em que pese a Braskem Inc. não ser uma *holding company*, a sua controladora na Holanda seria. A partir daí, para alcançar a situação concreta, estende a interpretação da norma excepcional de restrição à dedução de juros pagos, construindo uma nova interpretação a partir de conceitos da legislação tributária holandesa como o de unidade fiscal (*fiscal unit*) e a existência de *Advanced Pricing Agreement* (APA) na Holanda.

> Ou seja, a autoridade julgadora alterou claramente o critério jurídico inicialmente adotado no lançamento fiscal, recorrendo a novos fatos, nunca alegados pela fiscalização, e recorrendo a outras normas jurídicas para suportar a exigência fiscal em questão.
>
> Assim, deve ser decretada a insubsistência do lançamento fiscal, sob pena de malferir o disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional. Uma vez constatada a incorreção no fundamento utilizado pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, deve ser declarada a improcedência do feito, sendo defeso ao Fisco e/ou julgador, no decorrer do processo administrativo fiscal, ou seja, após realizado o lançamento, procurar saneá-lo diante da constatação de o ato administrativo ter partido de uma premissa equivocada, com o evidente intuito de "salvar" o débito.
>
> O que deve ser objeto de apreciação pelos julgadores administrativos são os fatos utilizados pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, *in casu*, constante do Relatório Fiscal da Notificação. São exatamente esses fatos aduzidos pelo fiscal autuante, que impugnados, estabelecem a lide a ser examinada, não podendo haver inovação quanto aos fundamentos do lançamento no decorrer do processo administrativo fiscal.
>
> Na esteira desse entendimento, conclui-se que a conduta dos julgadores recorridos afronta a legislação de regência e, bem assim, a segurança jurídica do ato administrativo, atribuindo incertezas ao lançamento, o que é repudiado pela legislação tributária, a qual exige certeza e liquidez no crédito tributário, para efeito de inscrição em dívida ativa, devendo ser reconhecida a nulidade do julgamento de primeira instância.
>
> Ademais, não obstante a patente nulidade da decisão ora recorrida, cumpre à Recorrente evidenciar que também no mérito não procede a autuação e não se sustenta a decisão de primeira instância administrativa, invocando-se a esse propósito a norma veiculada no § 3º do mesmo art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, que determina: "Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."

78. De fato, analisando os argumentos trazidos, entendo que, pelas mesmas razões já expostas na matéria de nulidade explicitada no tópico anterior, não se pode alegar que o direito de criação de convicção do julgador tenha inovado a constituição de crédito a ponto de justificar a anulação solicitada.

79. Não entendo que a decisão de primeira instância deva ser anulada. Isto porque, conforme bem pontuou a Procuradoria da Fazenda em suas contrarrazões há sim possibilidade de livre exercício de argumentos para criação de convicção ao julgador.

80. Conforme indicado naquele documento, vale reiterar, na linha da jurisprudência majoritária deste colegiado, que, de fato, o STJ vem, de forma recorrente, reafirmando o princípio do livre convencimento do julgador:

DOCUMENTO VALIDADO

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 489 E 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA.
ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. SÚMULA 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO.
SÚMULA 211 DO STJ. RELEVÂNCIA DA OMISSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Não se viabiliza o recurso especial pela violação dos arts. 489, § 1º, e 1.022 Código de Processo Civil quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.
2. O julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.
3. As conclusões do acórdão recorrido sobre a não caracterização do ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão da Súmula 7 do STJ.
4. A inexistência de carga decisória a respeito da matéria impede que ela seja apreciada na presente via recursal, tendo em vista a falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ).

5. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento consolidado segundo o qual é necessária a relevância da omissão e a utilidade e necessidade para que se determine, em sede de recurso especial, a realização de novo julgamento dos embargos de declaração pelo tribunal de origem, o que não se verifica no caso em tela.
6. Agravo não provido.
(AgInt no AREsp 1400882/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO.
AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. VALORAÇÃO DE PROVAS PELO MAGISTRADO.
PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. DANOS MATERIAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO EFETIVO PREJUÍZO. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DE VIAÇÃO RUBANIL LTDA. IMPROVIDO.
1. A alegação de violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 não se confirma, uma vez que o Tribunal de origem examinou, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que tenha decidido em sentido contrário à pretensão da recorrente. Na espécie, o acórdão recorrido decidiu expressamente acerca da dinâmica envolvida no acidente de trânsito e sobre a valoração das provas que instruíram o feito, esgotando a prestação jurisdicional que lhe cabia, de maneira que os embargos de declaração opostos pela agravante, de fato, não comportavam acolhimento.
2. O Tribunal de origem declinou, de forma categórica e coerente, o direito pertinente ao caso com a apreciação das provas que reputou relevantes ao desfecho do feito, sendo que a manifestação expressa acerca dos questionamentos formulados não se revelou essencial à apreciação da matéria, motivo pelo qual há de ser rejeitada a alegação de nulidade do julgado por vício de fundamentação.
3. Esta Corte possui entendimento no sentido de que, em regra, a avaliação quanto à valoração e produção de provas pelas instâncias ordinárias é inviável em recurso especial, por incidir o óbice da Súmula n. 7/STJ. Nesse contexto, não há se falar em má valoração da prova, quando o julgador, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de elementos suficientes para formação da sua convicção, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, tal como feito na hipótese. Incidência, no ponto, da Súmula 83/STJ.
4. O acórdão recorrido adotou solução em harmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, no caso de responsabilidade extracontratual, a correção monetária dos valores devidos a título de dano material incide da data do efetivo prejuízo. Inafastável, novamente, a aplicação da Súmula 83/STJ.
5. Agravo interno de Viação Rubanil Ltda. improvido.
(AgInt no AREsp 1512600/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 03/10/2019)

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO OS ARTS. 489, § 1º, IV, 1.022, II, E 1.013 E INCISOS, TODOS DO CPC/15. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS.
> I - Na origem, trata-se de ação de rito ordinário ajuizada pelos autores, em face da UNIFESP (PRO-REITORIA DE ASSUNTOS ESTUDANTIS - CAMPUS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS), com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar o restabelecimento de benefício de auxílio -permanência em favor dos autores, estudantes do curso de Ciência e Tecnologia, bem como para anular as faltas escolares dos autores, permitindo a matrícula dos mesmos para o primeiro semestre de 2014. Na sentença, julgou-se improcedentes os pedidos. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.
> II - Sobre a alegação de malferimento aos arts. 489, § 1º, IV, 1.022, II, e 1.013 e incisos, todos do CPC/15, o Tribunal a quo, na fundamentação do decisum, entendeu que não se verifica a ocorrência de danos morais, razão pela qual é descabida a condenação da apelante ao pagamento de indenização.
> **III - Conforme demonstrado dos excertos colacionados do aresto vergastado, o Tribunal a quo dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia travada nos autos, em que pese em sentido diverso da pretensão dos recorrentes, o que não significa, necessariamente, ausência de prestação jurisdicional.**
> IV - A oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação dos embargantes diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.
> **V - O julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.**
> VI - Descaracterizada a alegada omissão, se tem de rigor o afastamento da suposta violação do art. 1022, II, do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
> VII - Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 1406990/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 10/06/2019)

81. Neste sentido, realmente pode dizer que aquela Corte vem decidindo que não se pode obrigar o julgador a enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes, bem como, por outro lado, exercer e explicitar seus pensamentos para apoiar sua decisão.

82. Em minha visão, a alegação de inovação trazida se aplica nesse contexto de criação de convicção. Nesta conjuntura, se houver eventual inconsistência na decisão, conforme já abordado, ela será corrigida em análise de mérito. Considerando o exposto, voto, tendo por base a mesma linha de argumentação contida na primeira nulidade já analisada, por rejeitar a presente alegação de nulidade.

MÉRITO

SUBCAPITALIZAÇÃO

83. O litígio essencial que levou para o entendimento de enquadramento no tema "Regra de Subcapitalização", assunto correlacionado com a infração de indedutibilidade de juros pagos acima do limite legal, tem como pano de fundo o fato de o Fisco entender que a controlada indireta BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V não exerce atividade econômica substantiva nos Países Baixos.

84. À tal controlada, constituída sob a forma de holding company, em função de tal entendimento fiscal, aplica-se o conceito de o REGIME FISCAL PRIVILEGIADO. Por esta razão, empréstimos contraídos pela Recorrente com aquela entidade devem atender a limite de endividamento de 30% do valor do patrimônio líquido da autuada (devedora), nos termos previstos no art. 25 da Lei 12.249/2010.

85. Os representantes da Autuada argumentam que houve erro em qualificação da BRASKEM NETHERLANDS INC. BV como *holding company*.

86. Neste sentido, afirma-se que sua atividade econômica está classificada como *financial holding*, registrada sob o código 642. O entendimento é o de que, por possuir tipo societário distinto, a *holding company* classifica-se em código específico diferente (701).

87. Há argumentação de que, diante de taxatividade de lista de regimes fiscais privilegiados listados na Instrução Normativa RFB 1.037/2010, considerando as alegações trazidas, tal controlada não pode estar sujeita a tal regime privilegiado.

88. Sem dúvidas, há uma divergência interpretativa na questão. De um lado, o Fisco entende que a referida instrução normativa tem como objetivo alcançar sociedades que **n**ão exercem atividade econômica substantiva e usufruem, sem direito, de regime privilegiado.

89. Tal visão, por certo, é mais abrangente do que a da Recorrente. Pois, esta interpreta de forma diferente o regramento, ou seja, mais restritiva, atendo-se, de fato, a minúcias técnicas de classificação societária.

90. Na constituição de crédito o Fisco destaca que a legislação impõe os seguintes requisitos a tal caracterização de regime fiscal privilegiado

> **REQUISITO 1 –** que a controlada tenha domicílio na Holanda.
>
> **REQUISITO 2 –** que usufrua de regime aplicável à *holding company*.
>
> **REQUISITO 3 –** que não desenvolva atividade econômica substantiva.

DOCUMENTO VALIDADO

91. O Fisco afirma que a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V usufrui do regime aplicável às pessoas jurídicas *holding company* por meio do APA (*Advanced Pricing Agreement*) celebrado entre sua controladora BRASKEM NETHERLANDS B.V e com a administração tributária holandesa:

> **(i)** o TVF transcreveu nota explicativa das demonstrações financeiras de 2019 da BRASKEM NETHERLANDS B.V, onde a empresa esclarece que, em conjunto com suas controladas, forma uma unidade fiscal para fins de imposto de renda na Holanda;
>
> **(ii)** o TVF apresenta extrato do APA, vigente até 2018, informando sobre a atividade de financiamento intragrupo, sendo que o valor constante como atividade financeira da Braskem Holanda, objeto do APA, é o parâmetro utilizado pelo Fisco para definir que pequena percentagem desse valor seria tributado pelo imposto empresarial naquela jurisdição; e
>
> **(iii)** a própria recorrente afirma que a controladora intermediária holandesa BRASKEM NETHERLANDS B.V desenvolve as atividades de *holding* de investimentos do Grupo BRASKEM no exterior, podendo-se concluir, sem dúvida, que se trata de uma *holding company*, como atesta informação em suas demonstrações contábeis da utilização da faculdade de não consolidar as demonstrações financeiras consolidadas e medir pelo custo seus investimentos em subsidiárias, como é o caso da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V.

92. Analisando os elementos instruídos nos autos, conclui-se pela inexistência de documento que se classifique como APA (*Advanced Pricing Agreement*). Tal informação seria elemento de prova capaz de comprovar a correta classificação de regime.

93. Deve-se registrar que no curso da ação fiscal a Recorrente teria se recusado a apresentar acordos firmados com o fisco holandês sob a justificativa de que tais documentos continham informações de terceiros (no caso, controlada domiciliada no México, cuja participação da contribuinte remonta a 75%).

94. Indo na diretriz do que já foi dito em preliminares sobre o direito de defesa, não é razoável a alegação da autuada de que caberia ao Fisco provar que o regime fiscal privilegiado utilizado está em consonância com o previsto com a legislação brasileira que trata do tema aqui abordado.

95. Assim, conforme já aventado, considerando o contexto de tal alegação, cabe a reflexão do porquê da não apresentação do APA (*Advanced Pricing Agreement*), documento que poderia auxiliar o Fisco no transcurso do procedimento fiscal instaurado.

96. A PGFN, ao tecer sua visão sobre o caso em suas contrarrazões ao Recurso Voluntário, claramente ratifica a ideia de que a própria recorrente optou por não apresentar o documento em sua defesa, pelo motivo de que talvez apresentação, em verdade, provaria o contrário de seu intento.

DOCUMENTO VALIDADO

97. Ao explicitar sua visão, a PGFN destaca ainda que o extrato do APA instruído nos autos pela Autoridade Tributária é suficiente para suprir a intenção de prova do Fisco. Em tal contexto, vale indicar considerações feitas na folha 81335:

> Acórdão recorrido também destacou, o que não foi ilidido pelo recurso voluntário, que em relação às alegações da recorrente sobre a existência de tributação mesmo diante dos prejuízos sofridos pela controlada BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V no período da fiscalização, tais resultados negativos circunstanciais não invalidam a caracterização do regime fiscal privilegiado e que em relação ao limite de 20% para caracterizar o regime fiscal privilegiado, é de lógica elementar que bastaria a redução da base tributável, através de *tax ruling*, para tornar sem efeito qualquer nível de alíquota nominal, o que não confirma a interpretação da recorrente.
>
> Além disso, a autoridade fiscal apresentou elementos probatórios suficientes para certificar a ausência de atividade econômica substantiva, como a insuficiência do número de empregados para o desenvolvimento de suas atividades, o compartilhamento de instalações físicas, sem que haja independência patrimonial, bem como ausência de autonomia gerencial relativa às decisões relevantes da empresa.
>
> Não havia capacidade operacional da controlada BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, que se utilizava da estrutura física e de pessoal da controladora imediata, o que a classifica como mera ramificação da referida controladora. Nenhuma das alegações recursais infirmam a demonstração da Fiscalização.
>
> Portanto, mostra-se correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal ao considerar o limite de endividamento de 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da recorrente com empréstimos contraídos com a controlada indireta BRASKEM NETHERLANDS INC.B.V, nos termos art. 25 da Lei n° 12.249/2010, tendo em vista se tratar de entidade situada sob regime fiscal privilegiado, resultando na adição ao Lucro Real e à base de cálculo da CSLL do valor apurado de subcapitalização.

98. Considerando o exposto, tomando como razões de decidir, também, as informações sobre o tema contidas na decisão de primeira instância, voto por considerar improcedente o Recurso Voluntário relativo ao assunto.

LUCROS NO EXTERIOR

99. Em relação à infração constituída LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR, referente a atividades exercidas no exterior por pessoa jurídica domiciliada no País, antes de fazer considerações finais complementares, entendo que os fundamentos contidos em contrarrazões da PGFN sobre a matéria (a partir da folha 81335), coincidem com meu entendimento, portanto, os invoco como minhas razões de decidir. Seguem tais argumentos:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Sinteticamente, a recorrente sustenta que a Fiscalização não poderia ter incluído, na apuração do IRPJ e da CSLL, os resultados auferidos por intermédio das suas controladas residentes em países que possuem com o Brasil tratados para evitar a dupla tributação de renda. Segundo defende a contribuinte, a legislação interna violaria o art. 7º desses tratados, que são normas específicas em relação às disposições internas.

No julgamento da ADI 2.588, o Supremo Tribunal Federal examinou a questão da tributação em bases universais, tendo como perspectiva, à época, a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2;158-35, de 2001. Naquela oportunidade, a Suprema Corte afirmou que o dispositivo somente não poderia ser aplicável para **coligadas residentes em país sem tributação favorecida**.

Outrossim, o STF voltou a se pronunciar sobre o tema após a conclusão do julgamento da ADI 2.588, tendo **ratificado o entendimento** proferido no citado precedente e **avançado em alguns pontos**, notadamente no que diz respeito à **constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, quando o caso envolver controladas residentes fora de "paraíso fiscal"**. Trata-se do julgamento de dois recursos extraordinários – RE 541090/SC e RE 611586/PR –, sendo que no primeiro **analisou-se a situação de uma controlada residente em país sem tributação favorecida**, enquanto no segundo tinha-se uma controlada sediada em "paraíso fiscal". Confiram-se as ementas dos dois precedentes:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001.
>
> 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados "paraísos fiscais"); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados "paraísos fiscais"). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação.
>
> 2. **Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido**. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte.[1]
>
> Ementa: TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> ("31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO"). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA OU CLASSIFICADO COMO "PARAÍSO FISCAL". MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000). 1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir "planejamento tributário") ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização. 2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam "paraísos fiscais"; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados ("paraísos fiscais", assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. 3. No caso em exame, a **empresa controlada está sediada em país inequivocamente classificado como "paraíso fiscal"**. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.[2]

Foi este, portanto, o entendimento adotado pelo STF quanto à constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, com ressalva apenas, no julgamento da ADI 2.588, a respeito das coligadas residentes em países sem tributação favorecida, hipótese alheia a que se discute nestes autos.

Esclarecido o ponto, passa-se ao exame das demais questões relevantes ao deslinde da controvérsia posta.

A recorrente sustenta que a Fiscalização não poderia ter incluído, na apuração do IRPJ e da CSLL, os resultados auferidos por intermédio das suas controladas residentes em países que possuem com o Brasil tratados para evitar a dupla tributação de renda. Segundo defende a contribuinte, o art. 76 da Lei nº 12.973, de 2014, viola o art. 7º desses tratados.

Antes de analisar especificamente os argumentos da recorrente, cabe tecer alguns comentários sobre a natureza dos artigos 76 e 77 da Lei nº 12.973/14 e do regime brasileiro de Tributação em Bases Universais - TBU a fim de determinar se o citado dispositivo é ou não compatível com os tratados em questão.

Considerando a existência de tratados para evitar a dupla tributação da renda, firmados entre o Brasil e os países citados, o primeiro passo é examinar as normas dos referidos acordos internacionais. Com efeito, deve-se buscar inicialmente os conceitos trazidos pelos tratados, tendo em vista a sua finalidade específica de regulamentar situações nas quais se verifique a possibilidade de múltipla incidência de tributos sobre o mesmo fato. A utilização do direito interno de cada um dos países contratantes fica reservada às hipóteses em que a convenção remete a ele, ou quando não se encontram os termos na própria Convenção.[3] Nesse contexto, importante examinar o art. 7º dos referidos acordos internacionais que, salvo pequenas diferenças redacionais, seguem os moldes normativos do exemplo abaixo[4], que coincide com o caso dos autos, que trata da tributação de lucros:

Tratado Brasil-Países Baixos

Artigo 7

Lucros das Empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça, sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente alí situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem, atribuíveis àquele estabelecimento permanente.

A norma acima transcrita, claramente, limita-se a definir qual o país poderá tributar de lucros das empresas. Essa é justamente a essência acordo internacional: fixar a competência tributária quando se verifica a possibilidade de dupla ou múltipla tributação ou isenção da mesma renda. Por essa razão, o conteúdo das normas dos tratados para evitar a dupla tributação, geralmente, está relacionado à delimitação de critérios de competência tributária, às regras para diminuir ou eliminar os efeitos da dupla tributação, entre outros. Esse é o entendimento de Antônio de Moura Borges:

> Por via de tais convenções, os Estados pactuantes previnem, mitigam ou eliminam a dupla tributação internacional com a adoção de duas regras diferentes. De acordo com a primeira, reserva-se com exclusividade a tributação de determinadas categorias de rendimentos a cada um dos Estados. O Estado a que não foi reservado o direito de tributar certas categorias de rendimentos deve renunciar-lhes a tributação, evitando-se, dessa forma, o surgimento da dupla tributação. De conformidade com a segunda regra, aplicável na maioria dos casos, delimitam-se as categorias de rendimentos que podem ser tributadas, tanto pelo Estado da residência, como pelo Estado da fonte, e atribui-se a um desses Estados o dever de eliminar ou atenuar a dupla tributação, utilizando, ou o método da isenção, ou o método da imputação, ou, o que é mais comum, uma combinação dos dois métodos.[5]

Diante disso, analisando o art. 7º desses tratados, a única conclusão que se pode extrair é que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado. Entretanto, os mencionados dispositivos não esgotam a disciplina da tributação dos lucros submetidos ao poder de tributar de dois ou mais Estados. Isso porque falta um conceito essencial para se estabelecer a relação jurídico-tributária, qual seja: **explicitar o que pode ser considerado lucro das empresas residentes em cada país**. Ora, sem esta definição, de nada adiantam os critérios de delimitação de competência dos dispositivos, tendo em vista que ainda é preciso esclarecer o conceito do elemento material do fato gerador do tributo.

Seguindo a linha de raciocínio no sentido de se buscar primeiro nos tratados as definições dos conceitos, volta-se a atenção para o artigo 3º, com redação similar em trodos os tratados, que apresenta as definições gerais:

Tratado Brasil-Países Baixos

Artigo 3
Definições Gerais

1. Para os efeitos desta Convenção, a menos que o seu contexto imponha interpretação diversa:

DOCUMENTO VALIDADO

> 2. Para a aplicação desta Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que nela não esteja definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado, relativamente aos impostos aos quais se aplica a Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa.

Inicialmente, constata-se que o art. 3° dos tratados **não trazem o conceito de lucro**. Por sua vez, **em nenhum outro artigo das convenções foi definido o que seria lucro**, para fins de incidência do imposto sobre a renda. Nessa perspectiva, importante notar que o parágrafo 2° do art. 3° prevê uma regra residual, qual seja: deve ser observada a legislação interna do Estado contratante quando não estiverem presentes, no texto do tratado, a definição de algum termo ou expressão. A esse respeito, vale a pena conferir trecho da obra de Alberto Xavier, na qual analisa o § 2° do art. 3° da Convenção Modelo da OCDE sobre dupla tributação da renda:[6]

> De tudo isto resulta que o § 2° do art. 3° não reveste o alcance de uma cláusula geral de reenvio para o direito interno, como regra subsidiária de interpretação e aplicação do tratado, como pretende Vogel, antes estabelece o círculo excepcional de hipóteses restritas, em que o direito fiscal interno pode ser utilizado para **definir expressões não definidas no tratado**, como, por exemplo, '**lucro**' ou 'controle direto ou indireto'.[7]

Percebe-se, portanto, que a definição do que sejam os "lucros de uma empresa de um Estado Contratante" (no caso, o Brasil) deve ser **buscada no ordenamento jurídico brasileiro**. Esse entendimento está em consonância com as regras de interpretação previstas nos próprios tratados. Nesse ponto, vale lembrar que para chegar a essa conclusão seguiu-se a metodologia considerada pela doutrina como a mais adequada, a saber: investigar primeiro se o conceito foi trazido pelo acordo internacional e, não havendo especificação naquela fonte, parte-se para o direito interno dos países.

Neste ponto, cabe enfatizar que a tese recursal passa ao largo do artigo terceiro dos tratados. Funda-se exclusivamente no art. 7° de cada um deles, que trata da divisão de competência tributária sobre o lucro, mas que não veicula o conceito de lucro. **Ou seja, a recorrente afirma que a lei brasileira tributa materialidade que não constitui lucro da sociedade brasileira sem, todavia, apontar qual o conceito de lucro que supostamente é violado. Assim, deve restar assentado que a definição de lucros que serve de paradigma para aplicação dos tratados, conforme dispõe o art. 3° das Convenções em apreço, deve ser buscada na legislação interna.**

Corrigida a premissa, o próximo passo é examinar a legislação brasileira sobre a tributação de lucros auferidos no exterior. Mais precisamente, cumpre conferir o conteúdo

DOCUMENTO VALIDADO

dos artigos 76, 77 e 87 da Lei nº 12.973/14, que fundaram este lançamento do crédito tributário e, respectivamente, trazem (i) as regras gerais de TBU brasileiras; (ii) a regulação da tributação das controladas residentes no exterior atualmente e (iii) o mecanismo de crédito que evita a dupla incidência em caso de competência compartilhada. Não obstante, também serão feitas alusões ao art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, previsão que antecedeu àquelas na regulação do tema, e que, segundo expõe a recorrente, equivale às regras correntes em substância.

Assim, trazem-se as disposições da Lei n.º 12.973/14 pertinentes à presente discussão:

> CAPÍTULO VIII
>
> DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS
>
> Art. 76. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, **relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço,** observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta. (Vigência)
>
> § 1º Dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.
>
> § 2º A variação do valor do investimento equivalente ao lucro ou prejuízo auferido no exterior será convertida em reais, para efeito da apuração da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, com base na taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do levantamento de balanço da controlada direta ou indireta.
>
> § 3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais.
>
> CAPÍTULO IX
>
> DA TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS DAS PESSOAS JURÍDICAS
>
> **Seção I**
>
> **Das Controladoras**

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. (Vigência)

§ 1º A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

§ 2º O prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.

§ 3º Até 31 de dezembro de 2019, a parcela do lucro auferido no exterior por controlada, direta ou indireta, ou coligada, correspondente às atividades de afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados às fases de exploração e de produção de petróleo e de gás natural no território brasileiro não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no País. (Redação dada pela Lei nº 13.586, de2017) (Produção de efeito)

§ 4º O disposto no § 3º aplica-se somente nos casos de controlada, direta ou indireta, ou coligada no exterior de pessoa jurídica brasileira:

I - detentora de concessão ou autorização nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, ou sob o regime de partilha de produção de que trata a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, ou sob o regime de cessão onerosa previsto na Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010 ;

II - contratada pela pessoa jurídica de que trata o inciso I.

§ 5º O disposto no § 3º aplica-se inclusive nos casos de coligada de controlada direta ou indireta de pessoa jurídica brasileira.

(...)

Art. 87. A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas. (Vigência)

§ 1º Para efeitos do disposto no caput , considera-se imposto sobre a renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens, desde que comprovado por documento oficial emitido pela administração tributária estrangeira, inclusive quanto ao imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira.

§ 2º No caso de consolidação, deverá ser considerado para efeito da dedução prevista no caput o imposto sobre a renda pago pelas pessoas jurídicas cujos resultados positivos tiverem sido consolidados.

§ 3º No caso de não haver consolidação, a dedução de que trata o caput será efetuada de forma individualizada por controlada, direta ou indireta.

§ 4º O valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto sobre a renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real.

§ 5º O tributo pago no exterior a ser deduzido será convertido em reais, tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do balanço apurado ou na data da disponibilização.

§ 6º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais.

§ 7º Na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 4º e 8º deste artigo.

§ 8º O saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível de dedução do valor do imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil poderá ser deduzido do valor da CSLL, devida em virtude da adição à sua base de cálculo das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.

§ 9º Para fins de dedução, o documento relativo ao imposto sobre a renda pago no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

§ 10. Até o ano-calendário de 2022, a controladora no Brasil poderá deduzir até 9% (nove por cento), a título de crédito presumido sobre a renda incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real, observados o disposto no § 2º deste artigo e as

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

condições previstas nos incisos I e IV do art. 91 desta Lei, relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 11. O Poder Executivo poderá, desde que não resulte em prejuízo aos investimentos no País, ampliar o rol de atividades com investimento em pessoas jurídicas no exterior de que trata o § 10.

§ 12. (VETADO).

Observem-se, ainda, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e, considerando que o citado dispositivo remete ao art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, torna-se imprescindível analisar as duas normas em conjunto. Assim, vale a pena transcrevê-las abaixo:

Lei nº 9.249, de 1995

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Posto o paradigma legal aplicável, passa-se a seu exame.

O art. 77 da Lei n.º 12.973/14 estabelece que a *parcela do ajuste* do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior *equivalente aos lucros* por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Significa dizer que, ao determinar a adição dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, a norma explicita que os rendimentos produzidos no exterior integrarão o lucro real das pessoas jurídicas brasileiras. Trata-se da consagração do princípio da universalidade ou da tributação em bases universais, previsto no inciso I do § 2º do art. 153 da Constituição Federal de 1988. Previsão com teor similar encontrava-se no art. 25 da Lei nº 9.249/95 ao qual o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, fazia referência.

Nesse ponto, cumpre reiterar que as colocações recursais objetivando desqualificar o art. 77 da Lei n.° 12.973/14 por supostamente repetir o que era trazido pelo art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001 são descabidas e estéreis. Isso porque o dispositivo revogado, por ocasião de sua análise pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamentos das ADI 2.588, RE 541090/SC e RE 611586/PR, foi reputado constitucional para incidência tributária sobre os lucros auferidos pela sociedade investidora brasileira oriundos dos resultados da investida quando esta (i) se tratar de controlada (ii) independentemente de se situar em jurisdição que lhe granjeie tributação favorecida. Trata-se justamente da hipótese versada no presente feito. Dito de outro modo, não há mácula na similitude das normas, eis que a legislação revogada aplicar-se-ia na situação sob exame de forma legítima.

A Lei n.° 12.973/14 manteve para as controladas o regime de competência como critério temporal do fato gerador, ou seja, o momento em que se consideram disponibilizados os lucros para as controladoras brasileiras, enquanto o tratamento das coligadas passou a ser estabelecido no art. 81 do normativo. Note-se que a regra do art. 25 da Lei n.° 9.249/95, que prevê que os resultados auferidos no exterior serão considerados na determinação do lucro ao fim do ano-calendário se mantém vigente, sendo perfeitamente compatível com o art. 77 da Lei n° 12.973/14.

Cabe ressaltar, ademais, que a previsão encontra arrimo no § 2° do art. 43 do CTN, que autorizou o legislador a estabelecer o momento em que ocorrerá a disponibilização dos rendimentos oriundos do exterior, o que anteriormente permitira que o art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, complementasse o regime de tributação em bases universais, para as pessoas jurídicas residentes no Brasil, inaugurado pelo art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995.

Assentados esses pontos, cabe agora retornar à análise da tributação dos lucros auferidos no exterior sob a ótica dos tratados.

As normas brasileiras não extrapolaram os limites dos referidos tratados internacionais, uma vez que **definiram o que seria o lucro da pessoa jurídica situada no Brasil – termo não especificado nas Convenções**. Por sua vez, também não se verifica incompatibilidade entre o disposto em normas brasileiras e nas normas dos tratados. Isso porque o **art. 77 da Lei n.° 12.973/14** apresenta preceitos que correspondem ao **âmbito de competência do Brasil** – ou seja, define o que deve ser entendido como **lucro das empresas brasileiras e o momento em que será possível haver incidência do IR e da CSLL sobre estes lucros**.

E, aqui, ressalte-se, a discussão sobre as normas brasileiras de TBU centra-se na questão da **disponibilização da renda** para a pessoa jurídica brasileira, o que não se confunde, como procura fazer a recorrente, com a tributação da sociedade investida não

DOCUMENTO VALIDADO

residente. Não há qualquer tentativa da Administração Tributária brasileira de se impor sobre os lucros auferidos por residentes nos países envolvidos nas convenções.

Dessa maneira, tem-se que a fiscalização fundamentou seu trabalho no **conceito de lucro fornecido pela legislação brasileira, conforme determina o art. 3° dos tratados.** Com efeito, a autoridade administrativa responsável pelo lançamento, tendo como parâmetro de interpretação o direito interno, **constatou a existência de valores que se subsumiriam à hipótese que autoriza a tributação pelo IRPJ e pela CSLL**.

O principal argumento utilizado pela recorrente, para tentar afastar a tributação no Brasil, diz respeito ao critério de competência definido nos art. 7° e art. 5°. Basicamente, alega-se que as autoridades brasileiras estariam – com base no art. 77 da Lei n° 12.973/14 – tributando os lucros das controladas situadas no exterior, e que essa postura violaria o art. 7° e o art. 5°, respectivamente, das Convenções. Entretanto, tais afirmações não condizem com a realidade.

Primeiramente, conforme demonstrado acima, **o objeto da Lei n.° 12.973/14 não é o lucro de empresa estrangeira, mas os lucros da sociedade controladora sediada no Brasil. Frise-se que já era esse o objeto da Lei n° 9.249, de 1995, e do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001.** Significa dizer que **o enfoque da legislação nacional foi delimitar o conceito de lucro real, incluindo na base de cálculo do IRPJ e da CSLL os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas ou coligadas.** Implica dizer que **os valores disponibilizados pelas controladas estrangeiras devem ser qualificados como lucros da controladora residente no Brasil** – nos termos do art. 77 da Lei n.° 12.973/14.

Como visto acima, **compete ao aplicador do tratado buscar nas legislações de cada país contratante o significado dos termos não definidos nos tratados**. Portanto, se o art. 7° dos tratados dispõem que os lucros de empresa serão tributados apenas no país de residência, a lei brasileira não contraria esses dispositivos. Ao contrário, no caso, o lucro de empresa residente no Brasil está sendo tributado no Brasil, o que implica dizer que **os artigos dos tratados estão sendo observados e respeitados pela legislação pátria**.

Ademais, o art. 87 da Lei n° 12.973/1472 constitui medida adequada e bastante para afastar a bitributação. A previsão de créditos diretos e indiretos previne tanto a bitributação jurídica como a econômica. Assim, a previsão de creditamento garante a higidez da norma de TBU brasileira, bem como sua compatibilidade com os tratados para evitar bitributação, assegurando que a finalidade de evitar a bitributação seja alcançada. O tema será abordado com mais vagar mais adiante, ao cuidar da qualificação das normas brasileiras como normas CFC.

DOCUMENTO VALIDADO

Quanto ao suposto caráter subsidiário do dispositivo, embora seja correto afirmar sua incidência em caso de ausência de norma convencional sobre o ponto, a premissa fático-jurídica da alegação não se sustenta, pois, como fartamente exposto, os art. 7° dos tratados não guardam relação com o art. 77 da Lei n.° 12.973/1472, eis que os tratados versam sobre os lucros auferidos pelas controladas situadas naqueles países, enquanto que o art. 77 da Lei n.° 12.973/14 cuida de exação incidente sobre os lucros da controladora brasileira.

Como dito, não há um conceito de lucro das sociedades na Convenção que afaste a incidência das normas brasileiras. Pelo contrário, o art. 3° dos tratados remete à legislação doméstica do Brasil para definição do conceito de Lucro e, pois, por impossibilidade lógica, a Lei n.° 12.973/14 não pode contrariar o conceito de lucro veiculado pela própria Lei n.° 12.973/14. Assim, não há que se falar que a lei brasileira invade a seara de competência do outro Estado contratante por tributar o lucro de sociedade não residente, pois não há conceito de lucro nas convenções que seja suscetível à vulneração.

Em contínuo, cabe repisar que a Lei n.° 12.973/14 dispõe apenas sobre a tributação de empresas brasileiras, não incide sobre o lucro das sociedades estrangeiras investidas. Assim, não há que se falar em incompatibilidade entre a norma brasileira e a regra convencional, pois a previsão do art. 7° não se sobrepõe ao art. 77 da Lei n.° 12.973/14. Reitera-se, a recorrente busca transformar uma discussão de direito interno, acerca do momento da realização da renda de pessoas jurídicas sitas no Brasil, em uma discussão de Direito Tributário Internacional.

Estabelecido que a Legislação brasileira não guarda qualquer relação de incompatibilidade com os tratados, resta claro que não há que se falar em necessidade de justificar a compatibilidade das normas de TBU brasileiras com os tratados para evitar bitributação.

A partir da análise da legislação, se constatou que as normas examinadas se dirigem a sujeito passivo residente e têm por objeto lucros auferidos por residente, não havendo, portanto, possibilidade de serem incompatíveis com normas que versam sobre a tributação de não residentes.

Por todo o exposto, queda demonstrada a compatibilidade dos artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14 com os tratados internacionais. A fim de esgotar o ponto, passa-se, então, ao exame dos artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14 e sua pertinência com a noção de norma CFC.

DOCUMENTO VALIDADO

Já demonstrada a compatibilidade do art. 77 da Lei n.° 12.973/14 com os tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, cabe analisar o tema sob outro enfoque. A partir de agora, passa a ser debatida a natureza do dispositivo para que fique demonstrado que consiste em norma voltada para a disciplina das CFC.

De início, convém recordar o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 introduziu, no ordenamento jurídico, o regime **de tributação universal da renda das pessoas jurídicas residentes no país**, provocando uma mudança de paradigma no modelo de tributação do IRPJ e da CSLL – que antes era orientado pelo critério da territorialidade.

O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, deu continuidade à mudança de paradigma iniciada com o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995. Esse aspecto é facilmente perceptível no próprio texto do *caput* do art. 74, que ao fazer menção à "determinação da base cálculo do IRPJ e da CSLL" remete para o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995. Por seu turno, a doutrina também reconheceu essa relação entre os dispositivos acima citados, a exemplo de **Luís Eduardo Schoueri**. Portanto, é possível afirmar, com tranquilidade, que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, visava igualmente submeter as pessoas jurídicas residentes no Brasil ao critério da universalidade da tributação da renda.

Após a superação das controvérsias sobre a abrangência do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 por meio dos julgamentos do STF na ADI 2588 e nos Recursos Extraordinários 541090/SC e 611586/PR, foi editada a Lei n.° 12.973/14, que veio atualizar as normas brasileiras de TBU, já absorvendo as diretrizes postas pela Suprema Corte.

As normas sobre TBU trazidas no Capítulo VIII da Lei n.° 12.973/14 merecem especial atenção em relação: (i) à diferença entre o tratamento das coligadas e controladas, isto é o **poder de controle** como critério distintivo para determinar o tratamento a ser dispensado (artigos 77 e 81 da Lei n.° 12.973/14); (ii) a consideração feita pelo legislador à residência das sociedades investidas, ou seja, a adoção do **critério da jurisdição, são ambos critérios que foram utilizados nos julgamentos do STF** (art. 81, I e II da Lei n.° 12.973/14) e, ainda, (iii) a adoção do critério da natureza da renda, que permite distinguir o tratamento a ser conferido às receitas da investidora brasileira em coligadas (art. 81 e 84 da Lei n.° 12.973/14).

As distinções aproximaram a legislação CFC brasileira dos padrões internacionais, mormente o padrão OCDE sobre a matéria, atendendo, portanto, a clamor dos contribuintes e, assim, superando parcialmente os questionamentos acerca da natureza dessa legislação.

DOCUMENTO VALIDADO

A análise das normas dos artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14 revela que o legislador estabeleceu como critério distintivo básico o poder de controle. Nessa senda, determinou que a tributação da renda se dará nos termos do art. 77 da Lei n.° 12.973/14 em caso de controladas, independentemente da jurisdição ou da natureza da renda. Já para as coligadas, a regra geral da tributação se dará de acordo com o regime de caixa, como se depreende do art. 81 da Lei da Lei n.° 12.973/14. Todavia, determinou exceções a esse regime, considerando a jurisdição/regime fiscal da sociedade investida (art. 81, I e II da Lei n.° 12.973/14) e a natureza dos rendimentos auferidos pela sociedade não residente (art. 81 e 84 da Lei n.° 12.973/14).

III.2.3.2 – INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TBU BRASILEIRAS. ENQUADRAMENTO DO REGIME INSTITUÍDO PELO ART. 76 DA LEI N° 12.973/2014 COMO NORMA CFC.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se ao exame das técnicas hermenêuticas que permitem qualificar o art. 77 da Lei n.° 12.973/14 como norma CFC. A primeira a ser utilizada é a **interpretação gramatical**, efetivada mediante a simples leitura do texto normativo e a identificação do significado linguístico das palavras que o compõem. Nessa perspectiva, constata-se que o dispositivo sob análise disciplina os elementos que devem ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que é evidenciado pelo seguinte trecho: "deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil".

Diante disso, apegando-se apenas à literalidade do art. art. 77 da Lei n.° 12.973/14, fica evidente que **o parâmetro utilizado para compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL são os lucros obtidos por intermédio das controladas no exterior e o momento da disponibilização destes lucros para a controladora ou coligada brasileira**. Mais do que isso, já se poderia concluir que o dispositivo regulamenta a tributação da renda de pessoas jurídicas residentes no Brasil. Isso é precisamente o que justifica o termo *Controlled Foreign Coorporation*, vale dizer, as **normas CFC buscam disciplinar a relação entre empresas controladas ou coligadas situadas no exterior e as suas controladoras ou coligadas residentes no país de origem da norma CFC, para fins de apurar os lucros passíveis de tributação auferidos por estas últimas**. Dessa maneira, a interpretação gramatical conduz ao reconhecimento de que **os arts. 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14, reúnem as características elementares de normas classificadas como CFC**, uma vez que **tratam de empresas controladas ou coligadas no exterior e da disponibilização dos seus lucros para a controladora ou coligada brasileira**.

Por seu turno, a **interpretação histórica** também configura ferramenta válida para definir o sentido de uma norma. Com efeito, esse método de investigação considera

DOCUMENTO VALIDADO

tanto a evolução histórica da legislação quanto as circunstâncias fáticas que motivaram ou contribuíram para a introdução de uma norma no mundo jurídico.

Nessa perspectiva, cumpre salientar que, à época da edição do art. 77 da Lei n.º 12.973/14 se encontrava em curso o *BEPS Action Plan*, o plano da OCDE para lidar com estratégias de planejamento tributário abusivo praticado por grupos econômicos multinacionais, que se aproveitam de lacunas normativas e assimetrias entre os sistemas tributários nacionais para transferir, artificialmente ou não, lucros a países com tributação baixa ou inexistente, daí o acrônimo BEPS, significando *Base Erosion and Profit Shifting*, i.e. erosão da base tributária e deslocamento de lucros. O plano foi lançado em 2013 e os relatórios finais das 15 ações foram disponibilizados em 2015, sendo objeto de contínuas revisões.

Trata-se de marco histórico, pois evidencia a preocupação dos países do G20 em criar e adotar medidas voltadas a prevenir a erosão da base tributária. As ações pautam-se por privilegiar a realidade econômica em oposição à formalização contratual. A Ação 3 do Plano cuidou justamente do desenvolvimento de regras CFC efetivas. As conclusões veiculadas no Relatório, embora tenha sido esse publicado em 2015, ilustram as discussões contemporâneas à edição das normas ora discutidas, especialmente a evolução dos parâmetros defendidos pela OCDE, instituição que, como cediço, protagoniza o desenvolvimento das regras de Direito Tributário Internacional. Assim, acresce à presente discussão examinar alguns dos desdobramentos da referida Ação.

Primeiramente, observem-se as considerações da Introdução do relatório, ao tratar das questões de política fiscal a serem levadas em consideração na elaboração das normas CFC:

> 3. Before discussing these six building blocks, this report first addresses the policy
>
> considerations to be considered in the context of Action 3. These include shared policy considerations that all jurisdictions consider when designing CFC rules as well as different policy objectives that are linked to the overall domestic tax systems of individual jurisdictions. Shared policy considerations include **the role of CFC rules as a deterrent measure**; how CFC rules complement transfer pricing rules; the need to balance effectiveness with reducing administrative and compliance burdens; and **the need to balance effectiveness with preventing or eliminating double taxation**. When addressing these policy considerations, jurisdictions **prioritise their policy objectives differently** depending, in part, on whether they have worldwide or territorial tax systems2 and whether they are Member States of the European Union. These policy issues are all briefly considered in Chapter 1. The following chapters then set out the building blocks.The recommendations

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

discussed in this report are designed to combat base erosion and profit shifting. **It is recognised that some countries are concerned about long-term deferral and that recommendations need to provide sufficient flexibility so that jurisdictions can design CFC rules that combat BEPS in a way that is consistent with both their international legal obligations and the policy objectives of their domestic tax systems.**

Em tradução livre:

3. Antes de discutir os seis blocos de discussão, esse relatório primeiramente tratará de considerações de política (fiscal) a serem consideradas no contexto da Ação 3. Essas incluem considerações políticas comuns, que todas as jurisdições devem considerar quando delineiam as normas CFC, assim como objetivos de política fiscal diversos, que se relacionam com os sistemas tributários domésticos de jurisdições individuais. Entre as considerações comuns se inclui o papel das regras CFC como uma medida de dissuasão; como as regras CFC complementam as regras de preço de transferência, a necessidade de sopesar efetividade com redução dos custos administrativos e de *compliance;* **e a necessidade de sopesar efetividade com prevenção ou eliminação de dupla tributação.** Ao tratar dessas considerações de política (fiscal), **as jurisdições devem priorizar seus objetivos de forma diferente** a depender, em parte, se adotam sistema de tributação universal ou territorial e se é Estado Membro da União Européia. Essas questões de política fiscal serão todas brevemente consideradas no Capítulo 1.

Os capítulos seguintes, estabelecerão, então, os blocos constitutivos. As recomendações discutidas neste relatório são delineadas para combater erosão da base fiscal e profit shifting. **Se reconhece que alguns países se preocupam com diferimento de longo prazo e as recomendações devem prover flexibilidade suficiente para que as jurisdições possam desenhar suas normas CFC para combater BEPs de uma forma que seja consistente tanto com suas obrigações internacionais quanto com os objetivos de seus sistemas tributários domésticos.**

Veja-se também o que dispõe o Capítulo 1 do Relatório Final, também sobre considerações de política fiscal e objetivos a serem ponderados na elaboração de normas CFC:

CAPÍTULO 1

1.2 Specific policy objectives

DOCUMENTO VALIDADO

> 12. Whilst the above policy objectives are consistent among most jurisdictions with CFC rules, individual jurisdictions may design CFC rules to achieve a variety of other policy objectives. This is inevitable given that CFC rules are part of a jurisdiction's general system of taxation and the underlying systems vary. As a result, CFC rules also vary significantly in how they prioritise different policy objectives. Two fundamental differences that can affect the design of CFC rules are (i) whether a jurisdiction has a worldwide tax system or a territorial tax system and (ii) whether a jurisdiction is a Member State of the European Union.

Em tradução livre:

> "1.2 Objetivos de política (fiscal) específicos
>
> 12. Enquanto os objetivos de política fiscal acima são consistentes entre as diferentes jurisdições com normas CFC, jurisdições individuais podem delinear suas normas CFC para alcançar a variedade de outros objetivos de política fiscal. Isso é inevitável dado que as normas CFC foram parte do sistema geral de tributação de uma jurisdição e os sistemas subjacentes variam. Como consequência, as normas CFC também variam significativamente em relação a quanto priorizam diferentes objetivos. Duas diferenças fundamentais podem afetar o desenho das normas CFC (i) se a jurisdição tem um sistema de tributação de bases universais ou territorial e (ii) se a jurisdição é um Estado membro da União Europeia."

Dois pontos merecem atenção nos excertos transcritos.

O primeiro, sobremaneira relevante para análise das normas CFC brasileiras, é a inclusão, entre os objetivos de uma política fiscal a serem considerados na elaboração das normas CFC, **do objetivo de evitar o *diferimento de longo prazo* no oferecimento dos lucros auferidos por meio de investidas no exterior**.

Significa que a OCDE passou a reconhecer que o planejamento abusivo a ser combatido via normas CFC não se restringe ao *profit shifting* puro e simples, que é evitado com normas a serem aplicadas em situações limite como a transferência de lucros para paraísos fiscais nos quais a tributação é incerta ou a utilização de *cash boxes financeiras*. Acompanhando o desenvolvimento do cenário econômico mundial, o trabalho da Organização constatou que, para a criação de normas CFC efetivas, tornou-se necessário que abranjam também o diferimento na oferta dos lucros a serem tributados. É esse justamente o escopo das normas brasileiras, já o era antes da edição da Lei n.º 12.793/14, e agora se constata que o objetivo foi expressamente contemplado como objetivo de política pública pela OCDE. Em síntese, a OCDE modernizou seu posicionamento e, nesse movimento, aproximou-se da teleologia da norma brasileira.

Verifica-se, assim, movimento bilateral para convergência das normas brasileiras e do padrão OCDE sobre normas CFC.

Outro aspecto relevante na Introdução e corroborado no Capítulo 1 do Relatório é o reconhecimento de que as Administrações Tributárias priorizarão diferentes objetivos, ou seja, a OCDE propõe vetores de orientação, não regras rígidas. Descabido, por consequente, afirmar que privilegiar um determinado objetivo importa incompatibilidade da legislação com o conceito de norma CFC.

E já se adiante que, com essa observação, não se quer justificar qualquer erro das normas brasileiras, ao inverso, a Lei n.° 12.973/14 assegura o sopesamento harmônico entre os fins de (i) evitar o diferimento da tributação e (ii) a prevenção à dupla tributação ao garantir créditos indiretos, ou seja, a Lei protege o contribuinte da bitributação econômica. O contribuinte jamais será bitributado, nem mesmo sob a perspectiva econômica, porque os tributos pagos no exterior serão utilizados para adimplir os tributos devidos aqui. Destarte, a tributação a que se submeterá o grupo econômico se limitará a maior das alíquotas vigente entre as duas jurisdições envolvidas, o que afasta alegações calcadas em inibição do desenvolvimento da indústria nacional.

O que se busca enfatizar neste ponto é a flexibilidade que há na eleição dos objetivos a serem perseguidos pelas diferentes políticas fiscais, cujo limite é o atendimento à teleologia maior das Convenções para Evitar Bitributação, como é indicado, inclusive, pelo nome pelo qual são conhecidos esses tratados. **Dito de outro modo, desde que preservada a incidência única dos tributos, os objetivos buscados pelas Administrações Tributárias podem diferir, na medida em que devem guardar referibilidade com as questões de planejamento tributário abusivo que lhe são próprias. Não há espaço para imposição de regras rígidas de cunho geral**.

Acresce recordar que, analogamente, o art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, fora editado quando a atenção dos principais países do mundo estava voltada para as práticas de concorrência fiscal internacional prejudicial. Apesar da preocupação com o tema ser antiga, ela ganhou notoriedade com o relatório de 1998 da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE, intitulado *Harmful Tax Competition – an Emerging Global Issue*. A partir de então, nota-se que os Estados intensificaram a atuação voltada para diminuir ou eliminar as condutas consideradas prejudiciais no âmbito da tributação internacional.

Esse contexto permitiu o fortalecimento das teorias de transparência fiscal internacional e, consequentemente, a expansão das normas CFC – estas configurando medidas internas unilaterais que poderiam ser adotadas pelos países que se sentissem prejudicados pelas práticas de concorrência tributária danosa. O Brasil claramente encampou essa linha de atuação, a partir do art. 25 do da Lei n° 9.249, de 1995 – apesar de ser anterior

DOCUMENTO VALIDADO

ao movimento iniciado pela OCDE – pelo art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001 e atualmente pelos artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14. Com efeito, as normas tratam da tributação em bases universais e levam em conta o **lucro produzido no exterior por empresas controladas ou coligadas**. Implica dizer que **o país seguiu uma tendência mundial, refletindo na legislação interna a técnica de controle das relações entre empresas controladoras e coligadas e suas respectivas controladas e coligadas, ou seja, adotou as normas CFC para fins de incidência tributária**.

Como se percebe, a legislação brasileira se alinha ao crescente interesse internacional em tratar de questões relativas à preservação da base tributável dos países, desenvolvendo legislação que efetivamente assegura a tributação justa. E, nessa senda, cumpre repisar que o regime de TBU brasileiro afasta a dupla tributação mediante a adoção de sistema de creditamento do tributo pago no exterior, evitando, assim, até mesmo a bitributação econômica da renda.

Oportuno ainda utilizar a **interpretação finalística** para determinar o conteúdo do art. 77 da Lei n.° 12.973/14. Nesse ponto, conforme explicitado em tópico anterior desta peça, **o objetivo do art. art. 77 da Lei n.° 12.973/14, foi aprimorar a regulação da tributação universal da renda das pessoas jurídicas e, ao mesmo tempo, evitar o diferimento por tempo indeterminado da renda auferida por intermédio de controladas ou coligadas no exterior**. A esse respeito, vale a pena destacar as palavras de Moisés de Sousa e Paulo Riscado Junior, em artigo dedicado ao exame da Medida Provisória n° 2.158-35/2001, o qual, cumpre ressaltar, antecipava o que seria apresentado no Relatório BEPS acima transcrito:

> "Anteriormente à edição da Medida Provisória n° 2.158-35/2001, a tributação dos lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior ocorria no momento do seu pagamento ou crédito ao investidos brasileiro, na forma do art. 1° da Lei n° 9.532/97. Em outras palavras, a legislação nacional adotava a técnica do diferimento (*deferral*), vale dizer, os lucros não eram tributados no instante da sua apuração pelas subsidiárias no exterior, mas no momento da posterior distribuição à empresa brasileira.
>
> No entanto, **essa sistemática se mostrou ineficaz para a tributação universal**, na medida em que **o pagamento do imposto era postergado ao arbítrio da investidora brasileira**, notadamente naqueles casos em que estava presente a relação de controle. Assim, **diversas empresas evitavam a incidência de IRPJ e CSLL mediante a simples manutenção dos lucros no patrimônio das controladas, por prazo indefinido**.
>
> No intuito de **contornar essa situação, veio a lume o art. 74 da MP n° 2.158-35/2001. Fundamentado na avaliação do investimento em controladas e coligadas pelo método da equivalência patrimonial, o**

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> **dispositivo legal eliminou o diferimento, antecipando a tributação para o momento da apuração dos lucros nos balanços das subsidiárias no exterior**. (destaques não constam do original)

Diante dessas informações, pode-se concluir que até mesmo o já revogado dispositivo legal tinha por missão: a) aprimorar a tributação em bases universais para as pessoas jurídicas, levando em conta a renda auferida por intermédio das suas controladas ou coligadas no exterior; b) impedir o diferimento indeterminado da tributação de lucros produzidos no exterior – prática que vinha sendo muito adotada por contribuintes para se beneficiar de sistemas tributários mais favoráveis e, ao mesmo tempo, escapar da tributação no Brasil; c) estabelecer a presunção absoluta quanto ao momento em que se realiza a disponibilização dos lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e coligadas. Assim, coadunava-se com os padrões internacionais de normas CFC. Com ainda mais razão, essa qualificação se aplica às normas introduzidas pela Lei n.° 12.973/14.

Além das considerações gerais sobre a compatibilidade das regras de TBU instituídas pela Lei n° 12.973/14 com o conceito de normas CFC e, pois, a harmonia entre essas normas e o art. 7° dos Tratados que seguem o padrão OCDE, cumpre ainda tecer algumas observações sobre o critério da natureza dos rendimentos, atualizado no *BEPS Action Plan 3*.

No capítulo destinado a tratar do conceito de renda para fins de aplicação das regras, além de recomendar a introdução de um conceito de renda, o trabalho passa a cuidar das espécies de rendimentos mais sensíveis para os fins da legislação CFC.

A OCDE atualiza sua abordagem sobre o tema, superando a dicotomia renda passiva *versus* renda ativa e analisa os tipos de renda ativa que podem ensejar questões de profit shifting. Assim dispõe o *Chapter 4* **Definition of CFC income:**

> "74. This section provides a non-exhaustive list of approaches that CFC rules could
>
> use to attribute income that raises BEPS concerns, which may include, among other things, income earned by CFCs that are **holding companies**, income earned by CFCs that provide financial and banking services, income earned by CFCs that engage in **sales invoicing**, income from IP assets, income from digital goods and services, and income from captive insurance and re-insurance.1 These approaches could be applied on their own or combined with each other. CFC rules generally include income that has been separated from the underlying value creation to obtain a reduction in tax. Existing CFC rules use a variety of factors to identify income that raises these concerns. For example, some focus on **whether the income is of a type that is more likely to be geographically mobile**; some focus on whether the income was earned

from or with the assistance of related parties; some focus on the source of the income; and some focus on the level of activity in the CFC. Depending on their policy priorities, different jurisdictions with CFC rules focus on different factors."

(...)

77. Jurisdictions generally first categorise income according to its legal classification, focusing on categories such as the following:

· dividends

·interest

· insurance income

· royalties and IP income

· sales and services income.

78. Jurisdictions that apply a categorical approach based on legal classification separate out these categories of income because **they are more likely to be geographically mobile and therefore are likely to raise the concerns that CFC rules** are designed to address.

· *Sales and services income* – Income that arises from the sale of goods that were

produced in the CFC jurisdiction or from services that were provided in the CFC jurisdiction generally does not raise any concerns about BEPS. **Income from sales and services does, however, raise concerns in at least two contexts: (i) invoicing companies**; and (ii) IP income. Invoicing companies raise concerns because they **earn sales and services income for goods and services that they have purchased from related parties and to which they have added little or no value**. As discussed above, income from IP that was shifted into the CFC and to which the CFC has added little to no value is commonly considered as sales and services income and could again escape CFC inclusion. Categorical analyses based on legal classification therefore may not attribute income that raises BEPS concerns if they exclude all sales and services income without taking account of these two situations."

Os excertos transcritos revelam que, na determinação dos rendimentos a serem submetidos às normas CFC, um dos critérios é a mobilidade, os rendimentos de alta mobilidade são mais suscetíveis a *profit shifting*. Minudenciando o critério, o Relatório enumera tipos de rendimentos que, por sua mobilidade, demandam especial atenção das normas CFC, expressamente incluindo (i) rendimentos auferidos por sociedades holdings e (ii) rendimentos recebidos por "*sales and services income de Invoicing companies raise concerns because they* earn sales and services income for goods and services that they have purchased *from related parties and to which they have added little or no value*".

DOCUMENTO VALIDADO

Ante todo o exposto nesta subseção, não há como se negar a qualificação de norma CFC nos artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14. Com efeito, deve-se considerar **a finalidade da norma – combater a elisão fiscal – fator inegavelmente ligado ao conceito de norma CFC**. Por outro lado, **disciplinar a tributação de rendimentos auferidos no exterior por intermédio de empresas coligadas ou controladas e, ao mesmo tempo, impedir o diferimento da tributação são objetivos inerentes às normas CFC**. Afinal, a norma permitirá ao Estado brasileiro trazer para o campo da incidência tributária os resultados obtidos por pessoas jurídicas residentes no país por meio de suas controladas e coligadas no exterior.

Partindo dessa premissa, convém rememorar que o artigo 77 da Lei n.° 12.973/14 segue a trilha do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, que, por sua vez, deu continuidade ao regime introduzido pelo art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995. Assim, é possível concluir que a mesma lógica aplicada a este dispositivo deve ser estendida para aquele. Vale dizer, se o legislador trouxe os artigos 76 e seguintes da Lei n.° 12.973/14, para complementar o que havia iniciado com o art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995, é perfeitamente válido assumir que as normas possuem o mesmo objetivo, qual seja: **efetivar a tributação em bases universais e coibir o diferimento indeterminado dos rendimentos produzidos no exterior por meio de controladas ou coligadas**.

Nesse contexto, relevante, ainda, destacar que o Ministro Ayres Britto firmou, ainda sob a vigência do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, o caráter antielisivo da norma. Isso é o que se verifica em seu voto proferido no julgamento da ADI 2.588, que analisava a constitucionalidade justamente do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001. Confira-se:

> E o certo é que se cuida de norma inserida no âmbito das chamadas "regras CFC", sigla que significa, em inglês, *controlled foreign corporation*, ou, em tradução livre 'sociedade estrangeira controlada'. Dando-se que essas '*CFC rules*' são instrumentos de tributação em bases universais (TBU), ou independentemente do

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> território desse ou daquele Estado soberano. Vale dizer: pelo regime TBU (ou *world wide income taxation*), certos países adotam o princípio da universalidade na tributação da renda, em desfavor da tributação fundada no princípio da territorialidade. Com isso, onera: ou a totalidade dos rendimentos obtidos por seus nacionais, pouco importando o domicílio destes (critério da nacionalidade), ou a totalidade das rendas das pessoas residentes no País (critério da residência). Tudo devido à consideração de o princípio da territorialidade não mais se revelar eficaz para assegurar aos Estados soberanos proteção contra a fuga de capitais. Fuga, sobretudo, para os chamados paraísos fiscais.
>
> (...)
>
> Nesse diapasão, **averbo que não me impressionam as alegações de que tal sistemática de tributação atua como fator de inibição das nossas empresas no processo economico-financeiro de globalização.** Não me impressionam essas alegações porque parte significativa dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, sobretudo os membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, adota alguma forma de mecanismo de tributação em bases universais – conforme pontuei linhas atrás – notadamente pela utilização de modalidades de '*CFC rules*' Por ilustração, é o que se dá com os Estados Unidos da América (desde 1962), Inglaterra (1984), Alemanha (1972), Japão (1978), Nova Zelândia (1988), França (1980), Canadá (1976), Austrália (1990), Noruega (1992), Finlândia (1994), Espanha (1994), Portugal (1995), Dinamarca (1995), África do Sul (1997), Hungria (1997), México (1997), Argentina (1999), Itália (2000) e Israel (2000).

Destaque-se que o ministro não apenas anuiu com a natureza de normas CFC das regras brasileiras de TBU, como descartou alegações no sentido de que a "**sistemática de tributação atua como fator de inibição das nossas empresas no processo economico-financeiro de globalização".** A fundamentação vertida pelo magistrado se aplica, com ainda mais precisão, à normatização contemporânea, que refinou os parâmetros de tributação corroborando os fundamentos acima trazidos.

Diante de todo exposto, resta claro que a legislação brasileira evoluiu e atualmente confere tratamento diferenciado em função da jurisdição de residência da investida (arts. 81 e 82 da Lei nº 12.973/14), distingue entre controlada e coligada (arts. 77 e 81 da Lei nº 12.973/14), e, não bastasse, utiliza o critério da renda ativa versus passiva para determinar o regime de tributação das coligadas (art. 81 e 84 da Lei nº 12.973/14). E não se

olvide o sistema de creditamento, que preserva o princípio da **tributação una** (art. 87 da Lei nº 12.973/14). Significa que adotou critérios típicos do padrão internacionalmente aceito.

De outro lado, e de forma espelhada, a OCDE também evoluiu no tratamento matéria. A doutrina trazida pelo contribuinte tem por referência documento datado de 1996. Seus parâmetros rígidos bastavam para lidar com as estratégias abusivas então disponíveis. Todavia, diante da necessidade de novos critérios capazes de lidar com as estratégias mais sofisticadas utilizadas num ambiente de globalização das cadeias de produção, esses parâmetros foram repensados e superados pelas manifestações de 1998 e principalmente pelo BEPS Action Plan de 2015. Esta ação, como indica o próprio nome, foca na **flexibilidade voltada para efetividade** das normas CFC.

Esse vetor de orientação, admitindo que cada jurisdição enfrentará questões particulares, propõe maior flexibilidade no teor de tais normas, que devem considerar os diferentes objetivos a serem alcançados na elaboração da política fiscal e essa flexibilidade serve justamente para que atendam a teleologia das Convenções Internacionais Tributárias, isto é, busca efetividade. Não se olvide que os tratados em matéria tributária têm por fim evitar a bitributação e a evasão fiscal. Este último objetivo, inclusive, é de introdução recente nas orientações da OCDE. Percebe-se, portanto, que as orientações da OCDE, que refletem o vigente padrão internacional, evoluíram para convergir com as normas brasileiras.

Portanto, as alegações trazidas pela contribuinte contra as regras brasileiras, além de genéricas, mostram-se superadas, eis que a normatização instituída pela Lei n.º 12.973/14 alinha-se ao corrente padrão internacional CFC.

Diante do exposto, fica estabelecido que os arts. 76 e ss da Lei n.º 12.973/14 qualificam-se como *Norma CFC*.

Passa-se a sintetizar as razões para negar provimento às pretensões recursais expostas nas seções antecedentes.

O primeiro obstáculo à tese defendida pela contribuinte situa-se no próprio conceito de norma CFC. Com efeito, **é da essência das denominadas normas CFC o tratamento das controladas ou coligadas situadas no exterior como pessoas jurídicas distintas da controladora ou coligada residente no país que edita a norma CFC**. Dessa maneira, a norma CFC brasileira reconhece e respeita a existência jurídica individual de cada empresa – tanto da residente quanto da não residente no país que elabora a norma. Ora, seguindo a sua **natureza de norma CFC, os 76 e seguintes da Lei n.º 12.973/14 são**

DOCUMENTO VALIDADO

direcionados para a pessoa jurídica residente no Brasil, ou seja, buscam a **tributação dos rendimentos da empresa situada no país considerando sua participação nos lucros de sua controlada que se encontra no exterior**. Portanto, não procede a alegação da recorrente de que a legislação brasileira teria determinado a tributação do lucro das controladas residentes nos países que possuem com o Brasil tratados para evitar a dupla tributação de renda.

O segundo ponto que precisa ser esclarecido é que **os 76 e seguintes da Lei nº 12.973/14 trazem apenas técnicas de tributação**. Significa dizer que o **propósito da norma CFC não é desconsiderar a personalidade jurídica da controlada ou coligada situada no exterior, mas apenas incluir na apuração do tributo devido pela empresa residente no Brasil os resultados obtidos por intermédio da subsidiária estrangeira**. A percepção dessa realidade é fundamental para entender o exato conteúdo da norma, qual seja: trata-se de **regras que permitem fixar marcos para a disponibilização de lucros e, com isso, sua inclusão na apuração do IRPJ e da CSLL da controladora ou coligada residente no Brasil**. Esse é o núcleo da norma e é a partir dele que devem ser extraídos os efeitos tributários.

Nesse contexto, convém ressaltar que a alegação de que estariam sendo tributados os lucros da empresa estrangeira contrasta com o próprio comando do dispositivo ora analisado. Isso porque o objeto da norma são os **lucros disponibilizados aos sócios, e estes não podem ser confundidos com os lucros da própria pessoa jurídica que auferiu os resultados no país estrangeiro**. A legislação brasileira se refere à **parcela que caberia aos sócios brasileiros do lucro apurado no exterior por suas subsidiárias**.

Essa interpretação, é bom frisar, coaduna-se com todo o cenário delineado até aqui, a saber: a) a natureza CFC da norma, com sua peculiaridade intrínseca de reconhecer a personalidade jurídica distinta da controladora residente no país e da controlada situada no exterior; b) a sua finalidade de implementar a tributação universal da renda das pessoas jurídicas residentes no Brasil – o que corrobora a tese de que o **objeto da norma é tributar o lucro do contribuinte residente no país, mesmo que para isso tenha-se como parâmetro a sua participação nos resultados obtidos pelas suas controladas ou coligadas residentes no exterior**; c) a noção de transparência fiscal e a utilização da norma como um **instrumento para evitar o diferimento indeterminado da tributação das rendas auferidas no exterior por intermédio de empresas controladas ou coligadas** – daí o porquê da estipulação do momento em que se consideram disponibilizados os lucros para a empresa residente no Brasil. Diante disso, pode-se afirmar que **o art. 77 da Lei n.º 12.973/14 nunca teve por objetivo tributar o lucro de pessoas jurídicas residentes em outros países**.

Nesse ponto, importante destacar que, dentre as teorias que fundamentam a transparência fiscal internacional, existe aquela que considera possível o legislador

DOCUMENTO VALIDADO

estabelecer uma presunção absoluta quanto ao momento de disponibilização dos lucros. Ora, essa foi justamente a técnica adotada na legislação brasileira para as controladas, vale dizer, estipular um momento em que se considerem disponibilizados os lucros provenientes do exterior para os sócios residentes no Brasil. Com efeito, escolheu-se a data da apuração do resultado no balanço da controlada ou coligada situada no estrangeiro como marco para a distribuição presumida dos lucros. Dessa maneira, quando o **art. 77 da Lei n.° 12.973/14** se reporta "a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda", resta evidente que deve ser interpretada como a **parcela que caberia aos sócios brasileiros do lucro apurado no exterior por intermédio de suas subsidiárias**.

Ademais, deve ser considerada a previsão do **art. 87 Lei n.° 12.973/14** que concede, aos residentes no Brasil, crédito referente ao tributo pago no exterior. Essa é a justificativa para os valores a serem contabilizados na controladora ou coligada situada no Brasil corresponderem ao montante dos lucros auferidos no exterior antes do pagamento de impostos. Com isso, permite-se a tributação da parcela dos lucros que efetivamente pertencem à controladora ou coligada brasileira, atribuindo-se aos impostos pagos no exterior apenas a finalidade de créditos compensáveis com os tributos devido no Brasil. Portanto, não há qualquer fundamento para se afirmar que o lucro objeto de tributação pertence à pessoa jurídica residente no exterior.

De início, é de se esclarecer que não está sendo tributado o MEP. O objeto de tributação do art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995, e do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-75, de 2001, é o mesmo: o resultado obtido por pessoas jurídicas situadas no Brasil, por intermédio de suas controladas ou coligadas residentes no exterior. Nesse cenário, o MEP aparece como um instrumento para determinar esse resultado, e não o objeto da tributação em si.

Na linha do entendimento de Bulhões Pedreira, o MEP serve para refletir os resultados das controladas no balanço da controladora, notadamente, o lucro obtido pela controlada e que caberia à controladora na sua condição de acionista. Aliás, convém destacar que, em diversas ocasiões, as receitas relativas ao MEP correspondem integralmente aos lucros auferidos pela controlada e que são imediatamente refletidos na controladora, como ajuste do valor do investimento. Por exemplo, basta que a controladora detenha 100% de participação na controlada e que as receitas de MEP sejam compostas integralmente de lucros – sem qualquer outro item, como variação cambial ou ganho de capital por variação de participação societária. Daí porque é possível que o valor do MEP seja considerado em sua totalidade para a apuração do lucro da controladora, isto é, não por ser o objeto da tributação, mas por representar os lucros auferidos pela controladora em virtude de sua participação na controlada.

DOCUMENTO VALIDADO

Por outro lado, cabe rebater o argumento acerca do tratamento neutro do MEP e de sua compatibilidade com o regime de tributação previsto no art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, e no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. Para isso, importante conferir o que dispõe o mencionado art. 25:

> Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)
>
> (...)
>
> § 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:
>
> I - as filiais, sucursais e **controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem** em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;
>
> II - **os lucros a que se refere o inciso I** serão **adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora**, na **proporção de sua participação acionária**, para apuração do lucro real;
>
> (...)
>
> § 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo **método da equivalência patrimonial**, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, **sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º**. [destaques não constam do original]

Seguindo o raciocínio explicitado acima, o MEP é o instrumento indicado pela legislação brasileira para aferir o resultado econômico obtido pelo grupo empresarial, via reflexo no balanço da controladora dos resultados obtidos por meio da controlada. Contudo, isso não quer dizer que o MEP será o objeto da tributação – conforme já explicitado anteriormente. Isso porque estão incluídos no MEP valores que não correspondem ao lucro, como o resultado das variações cambiais, que não devem ser utilizados na apuração do lucro tributável. E é por essa razão que a norma acima transcrita trouxe o tratamento da tributação dos lucros no § 2º e o tratamento do MEP no § 6º.

A presença de outras riquezas distintas do lucro, nos resultados apurados via MEP, não retira a sua aptidão para servir de parâmetro no momento de definir o lucro tributável da controladora. Com efeito, para atender ao disposto no inciso II do § 2º do art.

DOCUMENTO VALIDADO

25 da Lei nº 9.249, de 1995, é preciso que a controladora adicione os lucros auferidos por intermédio da sua controlada "**na proporção de sua participação acionária**". Nessa perspectiva, cumpre ressaltar que os lucros auferidos por intermédio da controlada estão contidos nos valores reconhecidos por meio do MEP, razão pela qual se deve extrair dos resultados do MEP a parcela referente aos lucros e adicioná-la ao lucro real da controladora.

Ao proceder dessa forma, o contribuinte não estará oferecendo à tributação o MEP, mas tão somente adicionando ao seu lucro a parcela que lhe cabe dos lucros auferidos por intermédio de sua controlada residente no exterior, na proporção de sua participação acionária na referida controlada. Diante disso, mostra-se improcedente qualquer argumentação no sentido de que a legislação brasileira estaria determinando a tributação do MEP.

Restaria a explicação para o comando inserido no § 6º do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995. Alguns argumentam que este dispositivo serviria de fundamento para afastar a utilização do MEP como parâmetro na tributação dos lucros auferidos por intermédio de controladas ou coligadas residentes no exterior. **Segundo essa corrente, o mencionado § 6º do art. 25 teria assegurado a neutralidade tributária que a legislação anterior à Lei nº 9.249, de 1995, conferia aos resultados de MEP. Entretanto, essa interpretação do § 6º somente pode prevalecer se forem esquecidos os demais dispositivos do art. 25 – o que não faz nenhum sentido.**

Novamente, importante salientar que o MEP é instrumento para a aferição do lucro tributável da controladora, mas não o objeto da tributação. Nessa linha de raciocínio, tem-se que a controladora apenas adicionará ao seu lucro real a parcela do MEP que corresponder ao lucro obtido em virtude de sua participação na controlada situada no exterior – devendo ser desconsiderado qualquer valor que não corresponda ao lucro. E o que acontece com os resultados de MEP que não correspondem ao lucro? **Ora, permanecem tendo o tratamento previsto nas regras vigentes antes da instituição das normas de tributação em bases universais para as pessoas jurídicas – vale dizer, o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, em seguida e conjuntamente o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 e atualmente o art. 77 da Lei n.º 12.973/14.**

Daí porque o § 6º do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, prevê que o tratamento do MEP continuará sendo o mesmo "previsto na legislação vigente, **sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º**". Com efeito, ao se apurar o lucro real, os valores correspondentes ao MEP não afetarão o resultado tributável, dando-se o seguinte tratamento: o resultado positivo de MEP é excluído do lucro real, enquanto o resultado negativo é adicionado. Ao se examinar a Ficha 09A da DIPJ, tem-se que o campo específico para realizar esses procedimentos são a **linha 14 "Ajuste por Diminuição Valor de Invest. Aval. p/ PL" (adição) e a linha 48 "Ajustes por Aumento Valor de Invest. Aval. p/PL" (exclusão)**. Isso atende à primeira parte do citado § 6º do art. 25. Por outro lado, **a parcela do MEP**

DOCUMENTO VALIDADO

correspondente ao lucro auferido por intermédio da controlada ou coligada residente no exterior deverá ser adicionada ao lucro real, por meio da **linha 07 da Ficha 09A "Lucros Disponibilizados do Exterior"**, conforme determinam os §§ 2° e 3° do art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995. É justamente este procedimento que justifica a parte final do § 6° do art. 25, ou seja, a expressão "**sem prejuízo do disposto nos §§ 1°, 2° e 3°**".

Por fim, complementando essa sistemática introduzida pelo art. 25 da Lei n° 9.249, de 1995, o art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, previu que os lucros seriam considerados disponibilizados da data em que apurados os balanços das controladas ou coligada no exterior. Disposição similar é trazida no art. 77 da Lei n.° 12.793/14. Dessa maneira, todos os lucros mensurados via MEP – sejam provenientes de controladas diretas ou indiretas – devem ser refletidos no balanço da controladora residente no Brasil e oferecidos à tributação. Nesse ponto, importante lembrar que o STF já se manifestou sobre a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, e firmou posicionamento no sentido da validade da tributação nos moldes previstos neste dispositivo. O resultado desse julgamento foi relevante, posto que assentou duas premissas, quais sejam: (a) o reconhecimento dos resultados por meio da utilização do MEP implica disponibilidade da renda para a controladora brasileira; e (b) havendo disponibilidade, os lucros são de titularidade da pessoa jurídica residente no Brasil. Portanto, não cabe qualquer argumento sobre a ausência de disponibilidade de lucros apurados por meio da aplicação do MEP, visto que o STF apreciou esse tema ao julgar a ADI 2.588 e confirmou a constitucionalidade da tributação.

A fim de superar definitivamente a alegação recursal, deve-se observar que a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial foi objeto de exame específico pelo Superior Tribunal de Justiça A **Primeira Seção do STJ** decidiu acerca da **validade do art. 7°, da IN/RFB 213/2002, que estabelece a tributação do resultado positivo dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial (MEP)** pela primeira vez.

No EREsp n° 1.554.106/BA restou assentado que o artigo 7° da IN RFB 213/2002 só será ilegal "em relação ao que exceder a proporção a que faz jus a empresa investidora no lucro auferido, no exterior, pela empresa investida (controlada ou coligada)". Eis a ementa do julgado:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR. RESULTADO POSITIVO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE RECONHECEU A ILEGALIDADE DO ART. 7°, §1°, DA IN/SRF 213/2002. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS INTEGRANTES DA

DOCUMENTO VALIDADO

PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 168/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Embargos de Divergência interpostos contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão embargado, a Primeira Turma do STJ, adotando como fundamento o REsp 1.211.882/RJ, ora apontado como paradigma, manteve decisão monocrática do Relator que transcreveu, quase que na íntegra, o voto condutor do aludido acórdão 1.211.882/RJ.

Assentou o aresto ora embargado que "a questão em debate encontra-se pacificada nesta Corte superior, havendo muitos precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção a declarar a ilegalidade do art. 7°, § 1°, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 213/2002, que extrapolou o poder regulamentar e ampliou a base de cálculo dos tributos, em desrespeito à regra da legalidade estrita".

III. No acórdão paradigma (REsp 1.211.882/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 14/04/2011), a Segunda Turma firmou compreensão no sentido de ser "ilícita a tributação, a título de IRPJ e CSLL, pelo resultado positivo da equivalência patrimonial, registrado na contabilidade da empresa brasileira (empresa investidora), referente ao investimento existente em empresa controlada ou coligada no exterior (empresa investida), previsto no art. 7°, §1°, da Instrução Normativa SRF n. 213/2002, **somente no que exceder a proporção a que faz jus a empresa investidora no lucro auferido pela empresa investida,** na forma do art. 1°, §4°, da Instrução Normativa SRF n.213, de 7 de outubro de 2002".

IV. No mesmo sentido, os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: REsp 1.325.709/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 20/05/2014; AgRg no AREsp 531.112/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 28/08/2015; AgInt no REsp 1.698.113/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 25/06/2018; AgInt no AREsp 978.663/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 26/03/2019; AgInt no REsp 1.472.581/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/06/2019.

V. Igualmente, no âmbito da Segunda Turma, os seguintes precedentes: AgRg nos Edcl no REsp 1.232.796/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 09/02/2012; AgRg no REsp 1.307.054/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

04/06/2013; REsp 1.649.184/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 11/04/2018; AgInt no AREsp 1.152.151/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 12/09/2018; REsp 1.766.095/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 11/03/2019; AgInt no AREsp 1.660.773/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 15/09/2020.

VI. A rigor, a irresignação da Fazenda Nacional parece decorrer de uma interpretação equivocada da jurisprudência do STJ. Os precedentes das Turmas integrantes desta Primeira Seção, bem entendidos, **não proscrevem o método da equivalência patrimonial.**

Apenas **determinam, com base na legislação tributária, que o resultado positivo da equivalência patrimonial só seja tributado, na empresa investidora, na proporção decorrente dos lucros da sociedade investida (controlada ou coligada)**.

VII. A questão é puramente semântica. Pode-se dizer que o art. 7°, § 1°, da Instrução Normativa SRF 213/2002 é ilegal, porque permite a tributação de outros resultados que não os decorrentes do lucro da empresa investida; ou pode-se dizer que é ilegal a tributação do resultado positivo da equivalência patrimonial, previsto no art. 7°, § 1°, do aludido ato normativo, em relação ao que exceder a proporção a que faz jus a empresa investidora no lucro auferido, no exterior, pela empresa investida (controlada ou coligada).

A interpretação das assertivas conduz à mesma conclusão: a de que a tributação pura e simples do resultado positivo da equivalência patrimonial, sem perquirir da origem daquele resultado, extrapola a regra do art. 25 da Lei 9.249/95.

VIII. Não há, pois, divergência entre o entendimento da Primeira e da Segunda Turmas da Primeira Seção do STJ, pelo que incide, na espécie, o óbice da Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". Manutenção da decisão ora agravada.

IX. Agravo interno improvido.

A Corte máxima para dirimir questões sobre direito infraconstitucional, por meio de sua 1° Seção, pacificou o entendimento das diferentes Turmas de Direito Público, **entendendo pela regularidade da tributação de lucros oriundos de controladas no exterior por meio MEP, desde que observada a proporção do que faz jus a empresa investidora no lucro auferido pela empresa investida.** Convém ressaltar que a decisão estabeleceu que a divergência entre as Turmas era somente aparente.

O CARF já se manifestou, em diversas oportunidades, sobre a legalidade de autuações fiscais que exigem IRPJ e CSLL de contribuintes residentes no Brasil, em virtude dos lucros auferidos por intermédio de controladas e coligadas no exterior, tendo por fundamento o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. Nesse ponto, cumpre ressaltar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais pacificou seu entendimento, no sentido da validade de lançamentos que tenham por fundamento o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, conforme se verifica nos Acórdãos nº **9101-002.330, 9101-002.832, 9101-002.751, 9101-002.590 e 9101-002.589.** Diante disso, a solução do presente processo administrativo deve seguir o entendimento firmado pela CSRF, nos precedentes citados.

Ante o exposto, resta evidente que autuação se encontra em perfeita consonância com o entendimento assentado no CARF sobre a regularidade da tributação dos lucros provenientes de controladas no exterior.

A recorrente sustenta que ainda que o efetivo pagamento do IR no exterior tenha ocorrido em anos posteriores, tem direito à compensação dos créditos nos anos-calendário 2018 e 2019, considerando que a dedução do IR pago no exterior ocorreu no mesmo balanço no qual os lucros foram tributados no Brasil.

Aduz que a situação ocorrida não se enquadraria na hipótese prevista no § 7º do art. 87 da Lei nº 12.973/2014, pois a ressalva legislativa decorre da possibilidade de não haver sincronia entre os períodos de apuração previstos na legislação brasileira e na estrangeira.

Segundo entende, o art. 14 da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 (vigente mesmo após a edição da Lei nº 12.973/2014) permite de forma expressa a compensação do imposto devido no exterior antes do seu efetivo pagamento.

O acórdão recorrido examinou a questão de forma percuciente:

> "Como se depreende da leitura das normas acima transcritas, nem a lei nem a instrução normativa que rege o tema explicitam o significado dos vocábulos "tributados" e "tributação".
>
> Na interpretação da norma, não se afigura razoável entender que a mera coincidência do período de apuração é suficiente para autorizar a compensação, sem considerar qualquer limite temporal para a efetivação do pagamento a ser deduzido.
>
> Por sua vez, o §1º do art. 6º da Lei nº 9.430/96 determina que o ajuste do IRPJ apurado em 31 de dezembro deve ser pago, em quota única, até o último dia útil de março do ano seguinte. Assim, sua apuração, na qual se inclui a dedução de imposto pago no exterior, deve ser efetivada até essa data. Há uma impossibilidade fático-jurídica dessa dedução para valores pagos posteriormente a esse dia.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> Portanto, deve-se admitir a dedução apenas dos pagamentos efetuados até o mês de março do ano seguinte ao de apuração do lucro real anual".

Já em relação ao IR pago referente aos lucros auferidos em 2019, que a autoridade fiscal desconsiderou por se tratar de avaliação provisória e não definitiva, a recorrente sustenta a inexistência no art. 87 da Lei nº 12.973/2014 e na IN RFB nº 1.520/2014 de qualquer exigência de avaliação definitiva pelo fisco estrangeiro, como requisito para compensação de tributos pagos no exterior.

Também sem razão a recorrente.

A argumentação desenvolvida no recurso não foi suficiente para ilidir os precisos termos da decisão recorrida:

> "A ausência de previsão expressa na legislação quanto à exigência de comprovação de definitividade dos pagamentos decorre de uma consequência óbvia da qualificação legal do pagamento. Sendo o pagamento hipótese de extinção do crédito tributário, prevista no inciso I do art. 156 do Código Tributário Nacional (CTN), a referência da lei a esse instituto, sem qualquer qualificação, refere-se à entrega definitiva de recursos para a liquidação do tributo devido. O próprio CTN qualifica o termo "pagamento" somente nas hipóteses nas quais lhe são atribuídas características de não definitividade, a exemplo do §1º do art. 150 e do inciso VII do art. 156, quando se refere ao "pagamento antecipado".
>
> Por conseguinte, o emprego na Lei nº 12.973/2014 do vocábulo "pagamento" sem qualquer qualificação não abarca os valores recolhidos perante a Fazenda estrangeira de forma provisória, por estar pendente de avaliação definitiva, razão pela qual, considera-se correta a desconsideração pela Autoridade Lançadora quanto aos valores pagos ao fisco holandês relativos ao imposto de renda do ano-calendário 2019."

Tampouco procede a pretensão subsidiária, no sentido de que se deduzir, em 2018, o IR pago no exterior relativo ao lucro apurado pela BRASKEM NETHERLANDS B.V em 2016, no importe de € 4.416.811,00 (conforme Processo Administrativo nº 15588.7201232020-36), considerando que foi recolhido no ano de 2018.

A recorrente não fez prova em tempo hábil acerca do pagamento, pois não apresentou em momento oportuno a avaliação definitiva referente ao ano-calendário 2016, que é imprescindível para comprovar o direito à dedução do pagamento, considerando a possibilidade de alteração do imposto devido, inclusive com restituição de valor pago.

Além disso, a recorrente pleiteia o reconhecimento do crédito relativo ao imposto recolhido no exterior em 2019 sobre os lucros auferidos em 2018 pela BRASKEM NETHERLANDS B.V nos montantes de € 9.515.440,00 e € 338.696,00, para abatimento do IRPJ de 2019.

No entanto, a avaliação definitiva referente ao ano de 2018, que resultou em valor a restituir à contribuinte no importe de € 3.690.434,00, ocorreu apenas em 08/02/2021, tendo por consequência que a recorrente somente poderia utilizar como dedução os

pagamentos de IR no exterior efetuados em 2019, referentes aos lucros de 2018, apenas no ano-calendário de 2021.

Assim, não são passíveis de conhecimento os pagamentos para abatimento em 2019, considerando que não há repercussão sobre o referido ano-calendário, pois, nos termos do art. 144 do CTN, "o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação".

Melhor sorte não tem a recorrente acerca da pretensão da inclusão valores de compensação de IR pagos no exterior em 2018 e 2019, bem como de créditos adicionais na apuração das estimativas de dezembro, sob o argumento de que a autoridade fiscal não os considerou no cálculo das estimativas apuradas em dezembro, tendo como resultado o incremento indevido da penalidade aplicada nos meses de dezembro de 2018 e 2019, e de que não foram aproveitados nos respectivos anos, por excederem o montante do IRP.1 e da CSLL, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real.

Além das considerações que serão desenvolvidas nos tópicos seguintes, que demonstram a impossibilidade de compensar estimativas com o IR pago no exterior, também há necessidade de destacar a precisa a análise do acórdão recorrido:

> "Caberia à contribuinte optar por utilizar tais valores em dezembro, compondo o valor da estimativa paga do mês ou apenas por ocasião da apuração anual.
>
> Ao analisar a Escrituração Contábil Fiscal – ECF apresentada pela contribuinte em 2018 e 2019, verifica-se que não foram informados impostos pagos no exterior nas estimativas de dezembro, conforme exemplificado no registro N620, referente ao mês de dezembro de 2019:
>
> (...)
>
> Assim sendo, não cabe à Autoridade Lançadora, tampouco em fase de julgamento, alterar a opção da contribuinte em deduzir o imposto pago no exterior no ajuste anual, para uma nova situação, apenas porque após a apuração das infrações, a dedução na apuração da estimativa de dezembro é mais vantajosa para a contribuinte.
>
> A Impugnante pleiteia o cômputo na apuração das estimativas de dezembro dos seguintes créditos adicionais de impostos pagos no exterior, que não foram aproveitados nos respectivos anos, por excederem o montante do IRP.1 e da CSLL, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real:
>
> (...)
>
> A defesa argumenta que diante das adições efetuadas na autuação que provocaram aumento do IRP.1 e CSLL supostamente devidos nas estimativas de dezembro de 2018 e 2019, a utilização integral dos créditos de imposto pago no exterior passou a ser possível. Pelas mesmas razões adrede exteriorizadas, o pleito da Impugnante não pode ser deferido.
>
> Tampouco merece prosperar o pleito da Impugnante de cômputo do imposto pago pela BRASKEM NETHERLANDS B.V em 2018 no valor de R$ 11.553.163,85 no cálculo da estimativa mensal de dezembro de 2018, pelas mesmas razões acima expostas.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> Quanto ao pleito referente ao imposto pago pela BRASKEM NETHERLANDS B.V em 2018, no valor de € 4.416.811,00, relativo ao lucro apurado em 2016, além das razões expostas acima, tal montante não pode ser computado para fins de apuração da estimativa mensal de dezembro de 2018, diante do não reconhecimento da dedução, analisada em tópico anterior.

Quanto aos créditos adicionais de IRRF, a pretensão não merece acolhida, pois a utilização de IRRF é uma escolha do contribuinte, podendo usá-lo para compor as estimativas mês a mês ou diretamente no ajuste anual, em linhas específicas relativas a retenções na fonte, ou ainda, em uma combinação das situações anteriores, fazer uso de parte no cálculo da estimativa e outra parte no ajuste, como aconteceu no caso concreto, não cabendo à autoridade fiscal, ou mesmo aos órgãos julgadores, alterar a opção da contribuinte em deduzir o IRRF no ajuste anual, para uma nova situação, apenas porque após a apuração das infrações, a dedução mês a mês é mais vantajosa para a contribuinte.

Em relação ao crédito adicionais de PAT, as informações existentes na ECF, como o LALUR, são insuficientes para comprovar a efetivação das despesas de custeio relacionadas, sendo imprescindível a apresentação de evidências adicionais, como os registros contábeis e notas fiscais dos gastos, em tempo oportuno no rito do PAF, o que inviabiliza a pretensão recursal.

Em relação à aplicação da taxa SELIC, de fato, o prazo para pagar o valor do ajuste anual é o último dia útil de março do ano subsequente ao da apuração, conforme preceitua o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.430/96. Contudo, o acréscimo dos juros segue a regra prevista no § 2º do mesmo artigo, segundo o qual devem ser acumulados já a partir de fevereiro, o que demonstra o acerto da autuação.

Em relação aos tributos recolhidos no Brasil quando da distribuição dos lucros, o acórdão recorrido considerou, acertadamente, que os documentos apresentados não são hábeis para comprovar por si só o oferecimento à tributação dos dividendos distribuídos pela controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V., pois foram desacompanhados de elementos de prova, a exemplo de registros contábeis, comprovantes das remessas, documentos devidamente registrados com tradução para o vernáculo, que deveriam ter sido apresentados no momento oportuno.

A recorrente sequer demonstrou a relação entre os dividendos distribuídos e os lucros de 2018 e de 2019.

A decisão recorrida ponderou, também, que "ainda que houvesse instrução probatória suficiente e adequada, a eventual tributação dos dividendos distribuídos nos anos de 2021 e 2022 não teria o condão de repercutir sobre os lançamentos efetuados, posto que estes se referem a fatos ocorridos anteriormente, qual seja, a ausência de inclusão no lucro real e na base de cálculo da CSLL de resultados auferidos no exterior em razão de participação societária na controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V nos anos-calendário 2018 e 2019".

100. Considerando o exposto, ratifico o entendimento de primeira instância de que é legítima a tributação sobre os lucros auferidos através de controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V. Isto porque, conforme explicitado, além das demais questões abordadas, as normas de TBU dispostas nos artigos 76 e 77 da Lei 12.973/2014 não são elididas pelo artigo 7 do Tratado Brasil-Holanda. Sendo assim, voto por considerar improcedente o Recurso Voluntário em relação à matéria.

DOCUMENTO VALIDADO

MULTA ISOLADA E JUROS

101. Conforme já dito, as infrações apuradas pela fiscalização alteraram os resultados fiscais dos períodos correspondentes. Em função disto, a Recorrente deixou de efetuar pagamentos de estimativas de IRPJ e CSLL. Por consequência, o Fisco aplicou Multa Isolada conforme legislação de vigência.

102. A Recorrente discorda de tal aplicação. Neste sentido, invocando o Princípio da Consunção, alega impossibilidade de cobrança concomitante de multa isolada e multa de ofício.

103. Tal tema é recorrente e conhecido neste colegiado. Portanto, considerando o conteúdo sobre o tema contido na decisão de primeira instância, bem como, nas contrarrazões da PGFN, voto por considerar a possibilidade de concomitância nos moldes da legislação de Regência.

104. Sendo assim, voto por considerar Improcedente a alegação da Recorrente. Tal multa deve ser mantida nos moldes da constituição original do crédito.

105. Sobre a incidência de juros sobre a multa de ofício (artigo 161 do CTN), entendo que há a referida incidência sobre crédito não integralmente pago no vencimento. Assim, de fato, por ser a multa obrigação principal (conforme indicado em detalhes em contrarrazões da PGFN), ela integra o crédito tributário.

106. Sobre a alegação de equívoco em cálculo de juros Selic (folha 81232), ratifico a decisão de primeira instância, ou seja, entendo que, de fato, o acréscimo de juros aplicável ao caso segue regra prevista no §2º, artigo sexto da Lei 9.430/96.

OUTRAS MATÉRIAS

107. Conforme indicado em decisão de primeira instância e em contrarrazões, em relação a tributos recolhidos no Brasil quando ocorrida distribuição de lucros, de fato, não há documentos hábeis que comprovem, por si só, efetivo oferecimento à tributação de dividendos distribuídos pela controlada BRASKEM NETHERLANDS B.V.

108. Em relação ao tema, não houve apresentação oportuna de elementos de prova (registros contábeis, comprovantes de remessas, documentos devidamente registrados com tradução e outros).

109. A Recorrente alega que ainda que o efetivo pagamento de IR no exterior tenha ocorrido em anos posteriores, tem direito à compensação de créditos nos anos-calendário 2018 e 2019. Isto porque, em sua visão, a dedução do IR pago no exterior ocorreu no mesmo balanço no qual os lucros foram tributados no Brasil. Sobre o assunto, acompanho a decisão de primeira para considerar improcedente a alegação:

> "Como se depreende da leitura das normas acima transcritas, nem a lei nem a instrução normativa que rege o tema explicitam o significado dos vocábulos "tributados" e "tributação".
>
> Na interpretação da norma, não se afigura razoável entender que a mera coincidência do período de apuração é suficiente para autorizar a compensação, sem considerar qualquer limite temporal para a efetivação do pagamento a ser deduzido.
>
> Por sua vez, o §1º do art. 6º da Lei nº 9.430/96 determina que o ajuste do IRPJ apurado em 31 de dezembro deve ser pago, em quota única, até o último dia útil de março do ano seguinte. Assim, sua apuração, na qual se inclui a dedução de imposto pago no exterior, deve ser efetivada até essa data. Há uma impossibilidade fático-jurídica dessa dedução para valores pagos posteriormente a esse dia.
>
> Portanto, deve-se admitir a dedução apenas dos pagamentos efetuados até o mês de março do ano seguinte ao de apuração do lucro real anual".

110. Em relação ao IR pago referente a lucros auferidos em 2019, a Recorrente alega inexistência, com fundamento no art. 87 da Lei 12.973/2014 e na IN RFB 1.520/2014, de qualquer exigência de avaliação definitiva pelo fisco estrangeiro como requisito para compensação de tributos pagos no exterior. Sobre a matéria, também voto para negar tal alegação. Minha visão vai ao encontro de razões explicitadas na decisão de primeira instância:

> "A ausência de previsão expressa na legislação quanto à exigência de comprovação de definitividade dos pagamentos decorre de uma consequência óbvia da qualificação legal do pagamento. Sendo o pagamento hipótese de extinção do crédito tributário, prevista no inciso I do art. 156 do Código Tributário Nacional (CTN), a referência da lei a esse instituto, sem qualquer qualificação, refere-se à entrega definitiva de recursos para a liquidação do tributo devido. O próprio CTN qualifica o termo "pagamento" somente nas hipóteses nas quais lhe são atribuídas características de não definitividade, a exemplo do §1º do art. 150 e do inciso VII do art. 156, quando se refere ao "pagamento antecipado".
>
> Por conseguinte, o emprego na Lei nº 12.973/2014 do vocábulo "pagamento" sem qualquer qualificação não abarca os valores recolhidos perante a Fazenda estrangeira de forma provisória, por estar pendente de avaliação definitiva, razão pela qual, considera-se correta a desconsideração pela Autoridade Lançadora quanto aos valores pagos ao fisco holandês relativos ao imposto de renda do ano-calendário 2019."

111. Adicionalmente, a recorrente pleiteia reconhecimento de crédito de imposto recolhido no exterior em 2019 sobre lucros auferidos em 2018 pela BRASKEM NETHERLANDS B.V (visando abatimento do IRPJ de 2019). A avaliação definitiva referente ao ano de 2018, que resultou em valor a restituir ocorreu em 08/02/2021. Com isso, de fato, a Recorrente somente poderia utilizar como dedução pagamentos de IR no exterior efetuados em 2019, referentes a lucros de 2018, apenas no ano-calendário de 2021.

112. Tendo por base os fundamentos da decisão de primeira instância e contrarrazões sobre o pedido, entendo que não são passíveis de conhecimento pagamentos para abatimento em 2019. Isto porque, nos termos do artigo 144 do CTN, não há repercussão sobre o referido ano-calendário.

113. No que se refere a pretensão subsidiária de dedução em 2018 de IR pago no exterior relativo a lucro apurado pela BRASKEM NETHERLANDS B.V em 2016, a recorrente não fez prova em tempo hábil acerca do pagamento.

DOCUMENTO VALIDADO

114. De fato, a recorrente não fez prova em tempo hábil acerca do pagamento, pois não apresentou em momento oportuno a avaliação definitiva referente ao ano-calendário 2016. Tal definitividade é imprescindível para comprovação de direito à dedução de pagamento em função de possibilidade de alteração de imposto devido (inclusive com possibilidade de restituição de valor pago).

115. Quanto aos créditos adicionais de IRRF e PAT, tomo como minhas razões de decidir o texto sobre as matérias contido em contrarrazões (folha 81370):

> Quanto aos créditos adicionais de IRRF, a pretensão não merece acolhida, pois a utilização de IRRF é uma escolha do contribuinte, podendo usá-lo para compor as estimativas mês a mês ou diretamente no ajuste anual, em linhas específicas relativas a retenções na fonte, ou ainda, em uma combinação das situações anteriores, fazer uso de parte no cálculo da estimativa e outra parte no ajuste, como aconteceu no caso concreto, não cabendo à autoridade fiscal, ou mesmo aos órgãos julgadores, alterar a opção da contribuinte em deduzir o IRRF no ajuste anual, para uma nova situação, apenas porque após a apuração das infrações, a dedução mês a mês é mais vantajosa para a contribuinte.
>
> Em relação ao crédito adicionais de PAT, as informações existentes na ECF, como o LALUR, são insuficientes para comprovar a efetivação das despesas de custeio relacionadas, sendo imprescindível a apresentação de evidências adicionais, como os registros contábeis e notas fiscais dos gastos, em tempo oportuno no rito do PAF, o que inviabiliza a pretensão recursal.

116. Quanto à utilização de créditos de IR decorrentes de tributos sobre renda no exterior, realmente, a vedação de uso de estimativas constitui consequência de sistemática própria de compensação de créditos de tributo pago no exterior. Neste sentido, conforme indicado em contrarrazões (folha 81380), o Brasil adotou o método de crédito para evitar dupla tributação jurídica de lucros auferidos no exterior. Com isso, houve limitação de compensação a valor de imposto efetivamente devido no Brasil (ainda que a alíquota no país de fonte seja superior).

117. Sobre a matéria, considerando o contexto indicado pela PGFN, a conclusão essencial é a de que a regra de proporcionalidade que limita o aproveitamento de tributo pago no exterior a montante de lucros auferidos no exterior advém de expressa previsão legal.

118. Nesta diretriz, vale ressaltar que a norma estabelece que créditos de tributos pagos no exterior somente podem ser utilizados para pagamento no Brasil de tributo sobre lucros auferidos por meio de investidas não residentes (artigos 26 da Lei 9.249/95 e art. 87 da Lei 12.973/14). Além deste, há, ainda os seguintes contextos que devem ser observados (folha 81385):

DOCUMENTO VALIDADO

> **b)** outrossim, a possibilidade de utilizar os créditos não utilizados no ano-calendário corrente para pagamento de tributos incidentes sobre lucros auferidos no Brasil **não é necessária para que se evite a bitributação**. A preservação dos créditos para uso futuro, que é admitida pela legislação, permite que esses créditos sejam utilizados para quitação de tributos referentes a lucros advindos do exterior, isto é, **basta para superar a bitributação a preservação dos créditos para uso futuro**;
>
> **c)** por outro lado, a transformação dos créditos de imposto sobre a renda pago no exterior em créditos suscetíveis de utilização paga quitação de estimativas é carente de previsão. A conduta importa, por via oblíqua, transformar créditos de tributos pagos no exterior, que se sujeitam à sistemática específica regulada originalmente no art. 26 da Lei n. 9.249/95 e atualmente no art. 87 da Lei n. 12.973/14, em créditos de tributos pagos no Brasil. Não há fundamento para que os créditos de tributos pagos no exterior sejam utilizados para adimplemento de tributos devidos no Brasil sobre lucros auferidos no Brasil;
>
> **d)** aceitar que os créditos de tributos pagos no exterior resultem em saldos de prejuízo fiscal importaria que o Brasil restituísse/compensasse tributo pago no exterior, situação que, por óbvio, contrariaria a soberania fiscal de qualquer Estado, resultando em erosão da base tributária brasileira.

119. Considerando o exposto, também voto para considerar o recurso improcedente em relação a tal pedido.

CONCLUSÃO

120. Diante das fundamentações trazidas, voto por considerar improcedente o Recurso Voluntário.

É O VOTO.

Assinado Digitalmente

Marcelo Izaguirre da Silva

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Henrique Nimer Chamas**, redator designado

Redijo esse voto a fim de expressar as razões de divergência relacionadas aos seguintes itens extraídos da ementa de julgamento: "*(ii) em relação à multa isolada sobre estimativas não pagas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Marcelo Izaguirre da Silva (relator), e Ailton Neves da Silva, que votaram por negar provimento ao recurso; (iii) no tocante à dedução dos pagamentos efetuados no exterior, por*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos dos fundamentos do voto vencedor, vencido o Conselheiro relator que votou por negar-lhe provimento".

PAGAMENTOS EFETUADOS NO EXTERIOR

Conforme se observa da fl. 64 do TVF, a contribuinte pagou os seguintes valores nos anos de 2018 e 2019:

Data de pagamento	Ano de referência	Lucro tributável (Dólar)	Lucro tributável (Euro)	Imposto Bruto (Euro)	Juros cobrados/Descontos/ créditos fiscais/Liquidação provisórias executadas (Euro)	Imposto total pago ou restituído (Euro)	Conversão (Euro x Real) – 31/12 do ano e 23/01/2023	Total imposto pago ou restituído (R$)
29/03/2018	2018	12.558.490,00	10.450.603,00	2.602.650,00	0,00	2.602.650,00	4,4390	R$ 11.553.163,35
23/04/2019	2018	58.893.100,00	49.867.146,00	12.118.090,00	2.602.650,00	9.515.440,00	4,5305	R$ 43.109.700,92
22/05/2019	2018	58.893.100,00	49.867.146,00	12.556.786,00	12.118.090,00	338.696,00	4,5305	R$ 1.534.462,228
19/03/2020	2018	-	-	2.134.180,00	1.633.909,00	500.271,00	6,3779	R$ 3.190.678,4109
07/04/2020	2018	-	-	2.134.180,00	1.640.156,95	494.023,05	6,3779	R$ 3.150.829,6105
22/04/2020	2018	-	-	2.134.180,00	2.129.934,00	4.246,00	6,3779	R$ 27.080,56
08/02/2021	**2018**	**55.277.653,00**	**46.805.802,00**	**11.691.450,00**	**-15.381.884,00**	**-3.690.434,00**	**6,3210**	**-R$ 23.327.233,31**
20/02/2019	2019	31.283.784,00	274.82.899,00	6.858.723,00	-115.075,00	6.743.648,00	4,5305	R$ 30.552.097,26
25/06/2020	2019	61.134.878,00	54.640.272,00	13.640.272,00	-9.571.162,00	4.069.110,00	6,3779	R$ 25.952.376,67
23/01/2023	2019	107.858.847,00	96.345.552,00	24.074.387,00	23.371.194,00	703.193,00	5,6418	R$ 3.967.274,27
29/03/2018	2016	29.015.780,00	26.213.551,00	6.543.387,00	- 2.371.336,00+244.760,00= 2.126.576,00	4.416.811,00	4,4390	R$ 19.606.224,03
11/03/2019	2017	45.918.663,00	40.646.775,00	10.151.693,00	-11.056.892,00	-905.199,00	4,5305	-R$ 4.101.004,07

Entretanto, nem todos foram considerados como pagamentos aptos a reduzir o imposto devido no Brasil, conforme seguinte fundamentação:

> Considerando o Auto Definitivo de 2018, a liquidação provisória teria sido de € 14.507.130,00 ao longo dos anos de 2018 e 2021. Há deduções consideradas para o cálculo do valor a pagar, segundo informa a contribuinte, de créditos VAT (IVA) e outros benefícios.
>
> Contudo, como já exposto, há que haver necessidade de coordenação do pagamento com o ano de apuração do tributo cobrado aqui no Brasil (art. 87, §7º, da Lei 12.973/2014), nesse sentido, percebe-se que o valor pago para fins de aproveitamento neste processo fiscal é de € 2.602.650,00 (R$ R$ 11.553.163,35), cotação de 4,4390 por se tratar da data do balanço apurado no ano de 2018 – art. 87, §5º, da Lei 12.973/2014), que fora liquidado no dia 29/03/2018.
>
> É salutar esclarecer o mecanismo de avaliação adotado pelo fisco holandês. Esta avaliação provisória tem por base uma média dos últimos dados conhecidos dos dois anos anteriores e outras alterações que possam ser importantes para a cobrança do imposto.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> A provisoriedade permite que a contribuinte possa pedir revisão ao fisco do valor avaliado, podendo reduzir na próxima avaliação fiscal. No caso de avaliação definitiva, a contribuinte pode opor objeção a cobrança dentro do prazo de 6 semanas. O novo cálculo da avaliação pode ser indicado na seção "a ser recalculado/reembolsado", como ocorreu em 2018.
>
> Assim, a sistemática adotada na Holanda guarda semelhança com a apuração de IRPJ por estimativa do Brasil, em que ao longo do período a contribuinte faz recolhimentos parciais e ao final do período apura se o valor que pagou foi maior ou menor do que o devido. Portanto, deve-se considerar a avaliação definitiva e não a provisória, sob pena de tomar por base um valor que ainda não é derradeiro, entendido como devido ou restituível pelo fisco daquele país.
>
> Nos anos de 2018 e 2019, não houve preenchimento do "Registro X351 - Demonstrativo de Resultados e de Imposto Pago no Exterior", de modo que reconhecesse resultados das investidas e imposto pago na Holanda. Mesmo na planilha apresentada em resposta ao item 8 do TIPF, contendo resultados das controladas formalizadas em outros países, não constam os resultados da Braskem Holanda. Ainda assim, esta auditoria teve o cuidado de analisar os pagamento à luz dos documentos juntados nesta Peça Fiscal e da legislação de regência a fim de aproveitar os valores informados pela contribuinte.
>
> **Por fim, levando em consideração a Tabela 5 em que consta os valores pagos e reembolsados a contribuinte, o auto de cobrança definitivo, bem como as respectivas datas de pagamento, o ano de referência e a definitividade da avaliação juntada, a BRASKEM S/A terá direito de deduzir desta apuração para o ano de 2018 o montante de R$ R$ 11.553.163,35 nos termos do art. 87 da Lei 12.973/2014 e do art. 25 da IN RFB 1.520/2014. Em relação ao ano de 2019, pela ausência de avaliação definitiva, de modo que se apure o montante total pago, os créditos fiscais concedidos além do ruling que ela já se beneficia para reduzir vertiginosamente a base de cálculo do IRPJ, não foi considerado neste Auto os valores apresentados pela contribuinte para o ano de 2019.**

A contribuinte, a seu turno, sustenta ser necessária a dedução do imposto pago no ano de 2019, relativo aos lucros auferidos nos anos-calendário de 2018 e 2019. Destaco os trechos principais trechos de suas alegações que, inclusive, refutam a decisão recorrida:

> Os limites aplicáveis à compensação são prescritos pela legislação tributária brasileira e, nesse aspecto, o que a legislação brasileira exige é a comprovação do recolhimento do tributo, que pode ser feita através do reconhecimento pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto (§ 9º, art. 87, da Lei nº 12.973/2014), por meio da apresentação dos documentos de arrecadação do imposto estrangeiro e de evidência de tributação do lucro pelo país de origem (art. 16, § 2º, II, da Lei nº 9.430/1996). Exigir qualquer requisito ou forma não disposta em lei, não só afronta à legalidade, como gera insegurança jurídica aos contribuintes.

O que se vê no caso concreto, tanto no âmbito da fiscalização quanto da DRJ, é a imposição de óbices e adoção de requisitos não previstos em lei para desconsiderar o crédito de imposto comprovadamente pago no exterior sobre os lucros que foram indevidamente tributados no Brasil.

Conforme reconhecido pela própria d. autoridade fiscal119, a Braskem BV pagou a título de imposto sobre a renda no exterior os montantes de R$ 51.898.346,55 (€ 11.691.450,00) e R$ 52.537.762,222 (€ 10.109.565,00) relativos aos anos-calendários findos em 31 de dezembro de 2018 e 2019, respectivamente. No entanto, apenas o montante de R$ 11.553.163,35 (€ 2.602.650,00) foi abatido pela d. auditoria na determinação do IRPJ no ano-calendário de 2018, e nada foi considerado na apuração dos tributos referentes a 2019.

Em relação ao imposto pago pela Braskem BV referente aos lucros apurados em 2018, a d. autoridade fiscal argumentou que deveria haver "coordenação do pagamento com o ano de apuração do tributo cobrado aqui no Brasil"120, de modo que só seriam passíveis de compensação os pagamentos realizados no próprio ano de 2018. Os tributos pagos em 2019, 2020 e 2021 não seriam passíveis de compensação na apuração de 2018.

Ao analisar o tema, a DRJ ratificou que seria necessária a coordenação do pagamento com o ano de apuração do tributo cobrado aqui no Brasil e entendeu por bem "admitir a dedução apenas dos pagamentos efetuados até o mês de março do ano seguinte ao de apuração do lucro real anual"121. Com base nessa premissa, nenhum recolhimento adicional foi considerado.

Já em relação ao imposto pago no exterior pela Braskem BV referente ao lucro apurado em 2019, a d. autoridade autuante alegou que "pela ausência de avaliação definitiva, de modo que se apure o montante total pago, [...] não foi considerado neste Auto os valores apresentados pela contribuinte para o ano de 2019"122.

A DRJ08 considerou correta a não aceitação dos valores recolhidos de forma provisória e ressaltou que a "ausência de previsão expressa na legislação quanto à exigência de comprovação de definitividade dos pagamentos decorre de uma consequência óbvia da qualificação legal do pagamento".123 Quanto ao pedido subsidiário de considerar no ano de 2018 o imposto recolhido no exterior relativo ao lucro apurado em 2016 pela Braskem BV, considerando que o montante de € 4.416.811,00 foi efetivamente recolhido em 2018, ele também foi negado pela ausência de avaliação definitiva.

Já quanto aos valores de imposto recolhido no exterior em 2019 sobre os lucros auferidos em 2018 pela Braskem BV nos montantes de € 9.515.440,00 e € 338.696,00, devidamente comprovados pela avaliação definitiva emitida em relação ao ano de 2018, a DRJ08 entendeu que, embora já houvesse a avaliação definitiva, essa avaliação apenas teria sido emitida em 2021, de modo que, "no ano de 2019, a contribuinte ainda não tinha o direito de utilizar os pagamentos

DOCUMENTO VALIDADO

> efetuados neste ano-calendário, por não ter ocorrido a avaliação definitiva referente ao ano de 2018"124.
>
> A DRJ08 ainda indica que mesmo a avaliação definitiva estando disponível no momento do lançamento em 2023, esse fato não poderia repercutir sobre o direito de compensação desses pagamentos no ano de 2019, pois, nos termos do art. 144 do CTN, "o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação"125.
>
> A autoridade julgadora dispensou equivocada interpretação restritiva ao art. 87 da Lei nº 12.973/2014 e aos documentos apresentados pela Recorrente, acarretando a manutenção de crédito tributário a maior, como passará a demonstrar.

Ainda no Recurso Voluntário, a recorrente analisa o aspecto temporal da dedução do imposto, sustentando a não aplicação do §7º do artigo 87 da Lei nº 12.973/2014 ao caso, e o necessário computo do imposto pago em 2019, referente aos lucros de 2016, 2018 e 2019.

Porquanto o primeiro ponto, que aborda a aplicação do §7º do artigo 87 da Lei nº 12.973/2014 ao caso não fora objeto de discussão no decorrer do julgamento julgamento, deixo-me de pronunciar sobre o tema e passo a enfrentar as alegações subsidiárias.

Quanto ao computo do imposto pago em 2018 e 2019, a contribuinte assim se manifestou:

> Por fim, caso a interpretação da d. auditoria sobre a aplicação do art. 87, § 7º da Lei nº 12.973/2014 seja acolhida - o que também se considera em remota hipótese - a Recorrente requer seja considerado na dedução dos tributos lançados no ano de 2018, o tributo recolhido no exterior referente ao lucro apurado pela Braskem BV no ano de 2016136, no valor de € 4.416.811,00, considerando que esse recolhimento apenas ocorreu no ano de 2018, e o documento definitivo já foi emitido e está sendo apresentado na presente oportunidade (doc. 04).
>
> Igualmente, deve ser reconhecido o crédito relativo ao imposto recolhido no ano de 2019 sobre os lucros auferidos em 2018 pela Braskem BV, nos valores de € 9.515.440,00 e € 338.696,00137, para abatimento do IRPJ exigido em relação ao ano de 2019. **Até porque, esse abatimento é uma consequência lógica da interpretação defendida pelo próprio d. auditor fiscal (imposto recolhido no ano de 2019 e atestado por comprovação definitiva), não fazendo qualquer sentido esses valores não terem sido considerados para abater o imposto devido em 2019.**
>
> Alegar que é preciso considerar a data em que foi homologado de forma definitiva o pagamento na Holanda para o computo desse crédito não nos parece uma exigência razoável. Uma exigência nesse sentido demandaria uma sincronia entre a legislação interna e a legislação holandesa, o que, como visto, não existe.
>
> Considerando que o fisco holandês tem o prazo de três anos para homologar de forma definitiva o pagamento do imposto recolhido na Holanda, considerar que a

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> data da homologação definitiva teria que ocorrer até março do ano subsequente ao que lucro foi apurado é o mesmo que inviabilizar a compensação do crédito de imposto no exterior e validar a dupla tributação dos lucros.
>
> Caso similar já foi analisado pelo CARF138. No caso, a autoridade autuante havia glosado a compensação sob a justificativa de não ter sido identificada a natureza jurídica dos pagamentos. A DRJ, embora tenha reconhecido a natureza dos pagamentos, alegou que o pagamento se referia a ano-calendário anterior ao exercício em que se pretendia compensar, criando, portanto, novo motivo para manutenção da glosa.
>
> A conclusão acertada a que chegou esta Turma foi de que comprovado que os valores não foram deduzidos do imposto devido no ano calendário anterior (2015), apesar de referirem-se a este, cabe a dedução do montante devido, referente ao ano calendário posterior (2016).
>
> (...)
>
> Especificamente em relação ao montante de € 10.106.565,00, pago pela Braskem BV a título de imposto sobre a renda referente aos lucros auferidos em 2019, a d. auditoria desconsiderou integralmente a dedução desse valor dos tributos lançados, tendo alegado que "deve-se considerar a avaliação definitiva e não a provisória, sob pena de tomar por base um valor que ainda não é derradeiro, entendido como devido ou restituível pelo fisco daquele país"139.
>
> Considerando que o documento definitivo já foi emitido pela autoridade holandesa (doc. 05), é devido o reconhecimento desse montante como crédito a ser abatido do imposto devido.

Passo ao julgamento.

Como visto, a contribuinte, no ano-calendário de 2019, pagou imposto de renda no exterior, referente aos lucros auferidos nos anos de 2016, 2018 e 2019, e os documentos definitivos dos pagamentos constam dos autos:

(i) Ano-base: 2016[5]; Pagamento em 29/03/2018; Valor: EUR 4.416.811,00 / R$ 19.606.224,03; fl. 78.278 dos autos;

(ii) Ano-base: 2019; Pagamento em 20/02/2019; Valor: EUR 6.743.648,00 / R$ 30.552.097,26; fl. 27.512 e 78.264 dos autos;

(iii) Ano-base: 2018; Pagamento em 23/04/2019; Valor: EUR 9.515.440,00 / R$ 43.109.700,92; fl. 64 do TVF; e

(iv) Ano-base: 2018; Pagamento em 22/05/2019; Valor: EUR 338.696,00 / R$ 1.534.462,228; fl. 64 do TVF.

[5] Referido lucro foi adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL da Impugnante através de lançamento de ofício realizado no bojo processo administrativo de n.º PAF n. 15588.720123 2020-36, não tendo o imposto recolhido em 2018 sido abatido da referida autuação.

Apesar da definitividade dos pagamentos trazer complexidade adicional ao caso, já que o fisco holandês tem o prazo de três anos para homologar definitivamente o pagamento do imposto recolhido na Holanda e, consequentemente, inviabilizaria a dedução do imposto pago no exterior, já que não seria possível obter tal homologação até março do ano subsequente à apuração do lucro no exterior, fato é que a contribuinte *pagou* os valores acima destacados, o documento definitivo do pagamento consta dos autos e a possibilidade do aproveitamento nos anos de 2018 e 2019 decorre da própria interpretação defendida no lançamento de ofício.

O direito à dedução dos valores pagos acima decorrem da própria interpretação defendida pela autoridade fiscal, porquanto foram recolhidos no ano de 2019 e se tornaram definitivos. Ainda, porquanto os pagamentos ocorreram no ano-calendário de 2019, naturalmente não foram deduzidos nos respectivos ano-base anteriores, quando oferecidos os lucros auferidos no exterior à tributação.

Assim, devem ser considerados imposto pago no exterior aptos à reduzir os valores lançados de ofício, calcado no racional de que ao não utilizar um pagamento de imposto no exterior, ele se converte em base e é controlado na parte B do LALUR, podendo ser aproveitado posteriormente, pois, de fato, não foram deduzidos do imposto devido nos anos-calendário anteriores.

Isto posto, **dou provimento** ao Recurso Voluntário nesse ponto para permitir seja aproveitado o imposto pago na Holanda nos anos de 2018 e 2019, nos valores de EUR 4.416.811,00 / R$ 19.606.224,03, EUR 6.743.648,00 / R$ 30.552.097,26, EUR 9.515.440,00 / R$ 43.109.700,92 e EUR 338.696,00 / R$ 1.534.462,228, a fim de reduzir os lançamentos relacionados à infração “lucros auferidos no exterior”, conforme as datas em que pagos.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA PELO NÃO PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS

A recorrente defende a ilegalidade de cobrança de multa de ofício em conjunto com multa isolada, decorrente do não pagamento de estimativas, matéria também impugnada e afastada pelo acórdão recorrido.

A matéria a ser analisada é objeto de uma série de questionamentos perante este Conselho. A análise histórico-sistemática da evolução interpretativa sobre a matéria é relevante para fundamentar o entendimento adotado.

O artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, que comina multas aplicáveis a infrações tributárias, passou por inúmeras alterações desde a sua edição, gerando dúvidas sobre a materialidade das penalidades prescritas. Dois momentos são relevantes para verificar o contexto histórico-normativo: o momento anterior e posterior à alteração promovida pela Lei nº 11.488/2007.

Em sua redação original, assim prescreveu o legislador pátrio:

DOCUMENTO VALIDADO

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:
>
> (...)
>
> § 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:
>
> I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;
>
> II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;
>
> III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;
>
> IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

O *caput* do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, na redação original, mencionava a materialidade atingida pela multa isolada, isto é, a *totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*.

Ao normatizar que a multa isolada se referiria à totalidade de tributo ou contribuição, a dúvida interpretativa é se a norma buscou atingir o valor do ajuste anual ou apenas "parte" da totalidade que se refere à estimativa mensal apurada. Aparentemente, tendo em vista que as antecipações de estimativas em nada se relacionam com a *totalidade de tributo ou contribuição*, a referência normativa se reporta ao valor devido no ajuste anual.

Contudo, alguns problemas de ordem prática são evidenciados, caso se interprete o termo *totalidade* como o devido no ajuste anual. Inicialmente, enquanto não há o ajuste anual, não haveria possibilidade de se verificar a ausência de recolhimento de estimativa ainda no curso do ano-calendário. Em segundo lugar, a interpretação esvaziaria o permissivo do inciso IV, porquanto não seria possível cobrar a multa isolada quando o valor devido no ajuste anual constituísse efetivamente prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. Em ambos os casos, inexistiria base de cálculo para a multa isolada, impedindo sua aplicação.

As dúvidas deram azo a longos debates na jurisprudência administrativa deste CARF, sobre a possibilidade de cobrança concomitante da multa de ofício e da multa isolada, o que motivou a edição da Súmula CARF nº 105, assim disposta:

> **Súmula CARF nº 105**
>
> Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

DOCUMENTO VALIDADO

> A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.
>
> Acórdãos Precedentes:
>
> 9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012

O conteúdo sumular é claro ao impedir a aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, devendo prevalecer esta última.

Contudo, a Medida Provisória nº 303/2006, que perdeu sua eficácia, e a Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, modificou o texto legal do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, retirando do *caput* a indicação da base de cálculo das multas. O dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
>
> I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
>
> II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:
>
> a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;
>
> b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

A norma prescrita constituiu importante evolução na matéria das sanções tributárias, sobretudo, porque deu fim à discussão sobre qual sera a base imponível para multa no caso das estimativas mensal devida e não paga.

Mas os embates relacionados às sanções punitivas continuam. A nova redação do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996 esclarece ser a base de cálculo da multa isolada o valor do pagamento mensal. Sua interpretação deve se dar em conjunto com o teor da Súmula CARF nº 82:

> **Súmula CARF nº 82**
>
> **Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 10/12/2012**

DOCUMENTO VALIDADO

> Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).
>
> Acórdãos Precedentes:
>
> Acórdão nº 101-96353, de 17/10/2007 Acórdão nº 105-16808, de 05/12/2007 Acórdão nº 108-08933, de 27/07/2006 Acórdão nº 107-09125, de 12/09/2007 Acórdão nº 103-22842, de 24/01/2007 Acórdão nº 101-96683, de 17/04/2008 Acórdão nº 105-17057, de 30/05/2008.

O conteúdo sumulado consolidou o entendimento de que as estimativas consistem em mera antecipação do tributo devido, tornando-as inexigíveis após o término do ano-calendário, a partir do qual o próprio tributo é apurado e devido.

Compreende-se as estimativas como sendo uma técnica de arrecadação imposta aos optantes pelo regime anual de apuração do lucro real e, caso seja autuado o contribuinte, sofrendo a exigência do recolhimento das estimativas no curso do ano-calendário ao qual correspondem, não se exige a multa isolada, mas multa de ofício de 75%. Isso significa que se impõe ao contribuinte a penalidade, para que cumpra sua obrigação de antecipar recursos aos cofres públicos, independentemente de, ao final do ano-calendário, apurar ou não saldo de tributo a pagar.

Entender de forma contrária implicaria o esvaziamento da norma sancionatória imposta àquele que deixa de antecipar o devido tributo, instituindo prazo decadencial inferior a um ano, o que não é suportado pela previsão do Código Tributário Nacional.

A conduta penalizada é distinta: inicialmente, ao contribuinte é imputado o dever de antecipar as parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais); após, surge o dever de pagar esse mesmo tributo apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual). São duas situações distintas, as quais seguem regimes jurídicos também diferentes.

As duas condutas, a bem da verdade, são independentes. É possível apurar as estimativas mensais e não apurar o ajuste anual, bem como é possível que o contribuinte apure o ajuste anual, ainda que não tenha realizado a mensuração das estimativas mensais. Ao cabo, o que se busca é o pagamento do tributo pelo sujeito passivo, mas os bens jurídicos tutelados não são os mesmos: as estimativas se voltam à manutenção do fluxo de caixa do governo durante o ano, a fim de que a arrecadação do IRPJ apurado pelo Lucro Real anual não implique em um único pagamento (inclusive, que poderia impactar a adimplência fiscal); por outro lado, o ajuste anual tem a finalidade de que o sujeito passivo pague o que de fato é devido, em respeito aos princípios aplicáveis à relação jurídico-tributária – tanto é que existe a figura do saldo negativo, para os contribuintes que antecipem tributo a maior no decorrer do ano.

É por isso que as condutas envolvem penalidades específicas para cada caso. Estimativas não pagas são penalizadas com multa isolada de 50%, ao passo que o ajuste anual devido é penalizado à razão de 75%.

DOCUMENTO VALIDADO

Após o ano de 2007, com a alteração legislativa da Lei nº 11.488/2007, portanto, a aplicação da Súmula CARF nº 105 foi esvaziada.

Contudo, tratando-se de lançamento concomitante de multa isolada e de ofício, isto é, quando não se trata de um simples lançamento de multa de ofício, cobrada em razão de o contribuinte não ter atuado em prol de antecipar o tributo devido apurado mensalmente no lucro real por estimativa, a situação torna-se mais complexa.

Os lançamentos conjuntos em que se exige a multa de ofício pelo não pagamento dos tributos apurados sob a sistemática do lucro real anual em conjunto com a multa isolada afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins, no REsp nº 1.496.354-PR (DJE 24/03/2015):

> Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.
>
> Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais , ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.
>
> As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.
>
> As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.
>
> Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

Mais recentemente, os Ministros da 2ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, reiteraram esse posicionamento, conforme atesta a ementa do julgamento proferido no **REsp 1.708.819/RS**, de 16/11/2023. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

DOCUMENTO VALIDADO

> 1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).
>
> 2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).
>
> 3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.
>
> 4. Recurso especial provido.

Este CARF, conforme esposado no voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.080, de lavra do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, firmou o seguinte entendimento:

> (...)
>
> Porém, também há muito, este Conselheiro firmou seu entendimento no sentido de que a alteração procedida por meio da Lei nº 11.488/2007 não modificou o teor jurídico das prescrições punitivas do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para cambiar a geografia das previsões incutidas em tal dispositivo e alterar algumas de suas características, como, por exemplo a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.
>
> Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e deslocou o item que carrega a previsão da aplicação multa isolada, o apenamento cumulado do contribuinte, por meio de duas sanções diversas, pelo simples inadimplemento do IRPJ e da CSLL (que somadas, montam em 125% sobre o mesmo tributo devido), não foi afastado pelo Legislador de 2007, subsistindo incólume no sistema jurídico tributário federal.
>
> E foi precisamente essa dinâmica de saturação punitiva, resultante da coexistência de ambas penalidades sobre a mesma exação tributária – uma supostamente justificada pela inocorrência de sua própria antecipação e a outra imposta após a verificação do efetivo inadimplemento, desse mesmo tributo devido –, que restou sistematicamente rechaçada e afastada nos julgamentos registrados nos v. Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105.
>
> Comprovando tal afirmativa, confira-se a clara e didática redação da ementa do v. Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela C. 3ª Turma Especial da 1ª Seção desse E. CARF, em sessão de julgamento de 10/04/2012, de relatoria da I. Conselheira Selene Ferreira de Moraes (o qual faz parte do rol dos precedentes que sustentam a Súmula CARF nº 105):

DOCUMENTO VALIDADO

(...)

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

Como se observa, o efetivo cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam um simples adiantamento de tributo que tem seu fato gerador ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, a falta dessa antecipação mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício de 75%.

E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o ius puniendi (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular dano ao Erário (do ponto de vista material), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o princípio da absorção ou da consunção, visando repelir esse bis in idem, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmitd em sua obra (Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462).

Frise-se que, per si, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva cumulação, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada consequência, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Registre-se que reconhecimento de situação antijurídica não se dá pela mera invocação e observância da Súmula CARF nº 105, mas também adoção do

DOCUMENTO VALIDADO

> corolário da consunção, para fazer cessar o bis in idem, caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte – que não pode ser tolerado.
>
> Posto isso, verificada tal circunstância, devem ser canceladas todas as multas isoladas referentes às antecipações, lançadas sobre os valores das exigências de IRPJ e CSLL, independentemente do ano-calendário dos fato geradores colhidos no lançamento de ofício.
>
> (...)

Ora a questão que é insuperável é a seguinte: como a contribuinte poderia se manter adimplente com as estimativas se a sua apuração não refletia a necessidade do recolhimento e nem sequer permitiria o pagamento do tributo? A estimativa somente surgiu após o lançamento de ofício e até então a contribuinte cumpriu adequadamente suas obrigações acessórias e principal. É desarrazoado exigir que a contribuinte mantivesse duas formas de apuração do IRPJ (uma que fosse fiel ao seu entendimento e outra com um *potencial* entendimento distinto do Fisco brasileiro).

Ainda, e por fim, o Tema nº 487 do STF, recentemente enunciado, fixou a seguinte tese:

> Tese de julgamento: "1. A multa isolada aplicada por descumprimento de obrigação tributária acessória estabelecida em percentual não pode ultrapassar 60% do valor do tributo ou do crédito vinculado, podendo chegar a 100% no caso de existência de circunstâncias agravantes. 2. Não havendo tributo ou crédito tributário vinculado, mas havendo valor de operação ou prestação vinculado à penalidade, a multa em questão não pode superar 20% do referido valor, podendo chegar a 30% no caso de existência de circunstâncias agravantes. **3. Na aplicação da multa por descumprimento de deveres instrumentais, deve ser observado o princípio da consunção, e, na análise individualizada das circunstâncias agravantes e atenuantes, o aplicador das normas sancionatórias por descumprimento de deveres instrumentais pode considerar outros parâmetros qualitativos, tais como: adequação, necessidade, justa medida, princípio da insignificância e ne bis in idem.** 4. Não se aplicam os limites ora estabelecidos à multa isolada que, embora aplicada pelo órgão fiscal, se refira a infrações de natureza predominantemente administrativa, a exemplo das multas aduaneiras".

Nesse sentido, **dou provimento** ao Recurso Voluntário, para afastar a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL.

Conclusões

Diante do exposto, considerando minhas convicções expressadas nesse voto vencedor, concluo por: (i) quanto à multa isolada, dar provimento ao Recurso Voluntário para

DOCUMENTO VALIDADO

afastar sua exigência; e (ii) quanto à dedução dos pagamentos no exterior, dar provimento, nos termos da fundamentação acima.

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Henrique Nimer Chamas**

Redijo esta declaração de voto para expressar minha convicção quanto ao tema da subcapitalização.

SUBCAPITALIZAÇÃO

Quanto à infração lançada sob o fundamento de subcapitalização, a autoridade fiscal assevera:

> Os arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, tratam da dedutibilidade dos juros pagos ou creditados às pessoas jurídicas vinculadas, residentes ou domiciliados no exterior, sejam elas não constituídas em países ou dependências com tributação favorecida ou em regimes fiscais privilegiados (não paraísos fiscais) ou constituídas em países com esta classificação (paraísos fiscais), respectivamente, conforme classificação prevista nos art. 24 (tributação favorecida) e 24-A (regime fiscal privilegiado) da Lei 9.430/96, com regulamentação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04 de junho de 2010.
>
> Os referidos dispositivos legais, que tratam das deduções de juros pagos ou creditados para empresas vinculadas que estejam no exterior (art. 24 e 25 da Lei 12.249/10), foram normatizados no âmbito da Receita Federal por meio da Instrução Normativa RFB nº 1154, de 12 de maio de 2011. A normatização, especialmente, nos arts. 2º (não paraíso fiscal) e 5º (paraíso fiscal), indica que deverá observar o patrimônio líquido da empresa devedora, que reconheceu as despesas com juros.
>
> A legislação de regência traz critérios objetivos acerca do nível de endividamento das empresas vinculadas. Conforme os citados dispositivos legais e infralegais, o endividamento com empresas situadas em paraíso fiscal tem como nível de endividamento 30% do patrimônio líquido da empresa devedora (mutuária). Por outro lado, o endividamento com empresas vinculadas localizadas em países que

DOCUMENTO VALIDADO

> não sejam paraíso fiscal, o limite de endividamento é de até 200% (ou melhor, duas vezes) o patrimônio líquido da empresa devedora localizada no Brasil.
>
> Os critérios aduzidos pela Lei 12.249/2010, em regra, são para aplicação da regra de subcapitalização, independente da natureza da operação, e que as exceções estão previstas na própria Lei, à exemplo do art. 25, §5º, em que excetua os repasses feitos por instituições financeiras.
>
> Dessa forma, a empresa que opera dessa maneira obtém lucros que não são tributadas, ou são tributados aquém em outro país, e, por outro lado, os juros apropriados acabam reduzindo a base de cálculo no Brasil. Trata-se, portanto, de planejamento tributário abusivo, não respaldado pela legislação fiscal brasileira.
>
> No caso concreto, os documentos apresentados pela contribuinte dão conta de que houve empréstimos financeiros efetuados pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (Países Baixos – Holanda), BRASKEM AMERICA, INC (Estados Unidos da América) e BRASKEM FINANCE LIMITED (Ilhas Cayman), entre outras, com a BRASKEM S/A (fiscalizada).
>
> Nesse sentido, pode-se afirmar que Países Baixos, embora não estejam na lista de tributação favorecida, poderão ser considerados regime fiscal privilegiado, caso a atividade econômica desenvolvida pela empresa (holding company) não seja substantiva. Os Estados Unidos da América não são considerados pela legislação brasileira como paraíso fiscal. Por fim, as Ilhas Cayman são consideradas paraíso fiscal para fins fiscais.

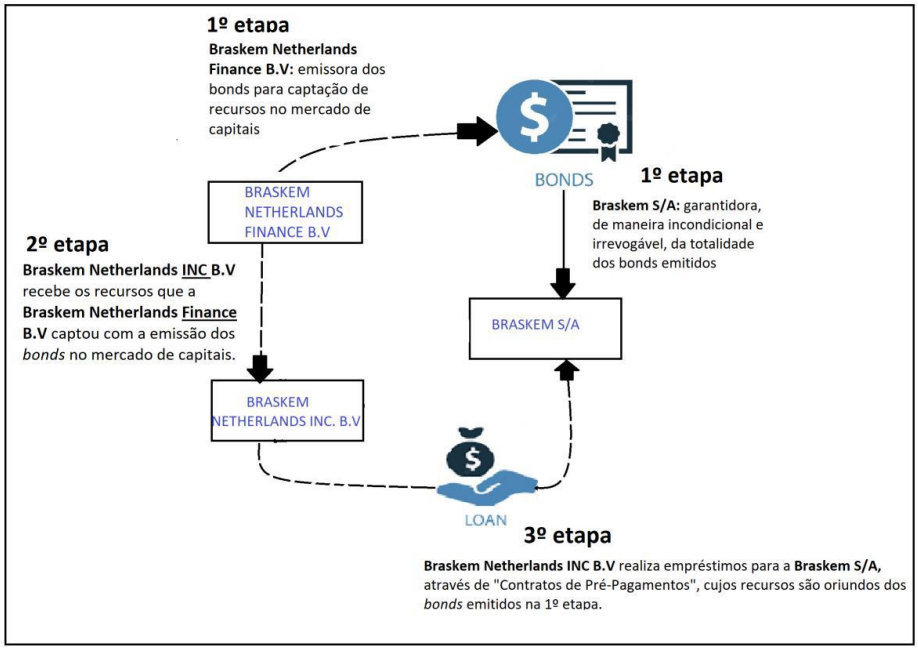
A contribuinte entendeu que a Braskem Holanda INC estaria sujeita à regra que limita o endividamento em 2 vezes o patrimônio líquido da empresa devedora, isto é, no artigo 24 da Lei nº 12.249/2010 e não no artigo 25 da mesma lei.

A autoridade fiscal, por outro lado, destacou:

> Todavia, demonstraremos que o enquadramento BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (Países Baixos – Holanda) deve ser nas regras do que dispõe o art. 25 da Lei n° 12.249/2010 (limite de endividamento de 0,3 do PL da devedora), com equivalência no art. 5º da IN 1154/2011, pois se trata de controlada constituída sob a forma de holding company que não exerce atividade econômica substantiva. Portanto, a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V está na condição de pessoa jurídica situado em regime fiscal privilegiado, devendo seus empréstimos serem submetidos ao limite de endividamento de 30% do PL da BRASKEM S/A (devedora).

Então, passou a analisar a origem dos recursos da Braskem Holanda Inc. e identificou o seguinte cenário:

DOCUMENTO VALIDADO



Braskem Netherlands Finance emite *bonds* no mercado de capitais; os recursos são recebidos por Braskem Holanda INC; são celebrados contratos de pré-pagamento entre Braskem Holanda INC e Braskem S/A. Há um spread de juros entre os *bonds* e os contratos de pré-pagamento (cerca de 2,717% - fl. 71). Essa é a operação realizada pelo grupo Braskem.

A autoridade fiscal então, sustenta que a Braskem Holanda INC seria *holding company* e suas operações serviriam para se livrar da tributação no Brasil e na Holanda.

Quanto à classificação jurídica, Braskem Holanda INC é uma financial holding. Contudo, a autoridade fiscal, apesar de enxergar isso, afirma que se trata de uma *holding company*.

Sobre suas receitas, é afirmado:

> No que tange as principais receitas e despesas usuais da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, a contribuinte informou, em resposta ao item 10 do TIF 5, no dia 12 de maio de 2023, que "A Braskem informa que as principais receitas e despesas da Braskem Netherlands INC. B.V. nos anos de 2018 e 2019 possuem natureza financeira.
>
> A propósito, merece destaque a constatação de que a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V tem como fonte de receitas apenas rendas passivas, originadas de juros sobre os contratos de pré-pagamentos, celebrados com investidas do grupo BRASKEM. Em 2018, informou na DF 2019 o resultado antes de impostos foi de US$ 937 mil, enquanto em 2019 o resultado foi de US$ 276 mil. No entanto, só de juros pagos pela BRASKEM S/A, em dólar, foram mais de US$ 274 milhões (2018) e US$ 471 milhões (2019).

Ao tratar da tributação efetiva da Braskem Holanda (e não Braskem Holanda INC):

DOCUMENTO VALIDADO

> Como se vê na Tabela 10 acima, a tributação efetiva suportada pela contribuinte é ínfima, quando comparado com o lucro fiscal (lucro mais adições e exclusões, ainda que segundo a legislação holandesa). Constatando que há diferença significativa entre a alíquota nominal (25%) e a alíquota que efetivamente incide o imposto de renda (0,002636%, em 2018, e 0,023259%, em 2019).
>
> Somada a informação trazida pela própria contribuinte no item 20 do TIPF, há na DF 2019 da BRASKEM NETHERLANDS BV (pág. 17-18 e 78-79, notas às demonstrações financeiras, item sobre tributação), afirmação de que a partir de 2019, mesmo com o encerramento do ruling (APA), o percentual cobrado sobre a remuneração bruta é de apenas 0,1908%. O lucro restante é considerado como capital informal. Vejamos o que diz a nota explicativa divulgada pela controlada da contribuinte na Holanda na DF 2019:

Então, passa a sustentar a ausência de atividade econômica substantiva da Braskem Holanda INC:

> Alguns elementos já apontados inicialmente demonstraram a artificialidade de como conduz suas operações financeiras de holding, bem como a ausência de atividade econômica substantiva da BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, mutuante dos empréstimos para a BRASKEM S/A (fiscalizada).
>
> A questão da falta de atividade econômica substantiva vai ao encontro do que dispõe o parágrafo único, II, alínea "a", do art. 24-A da Lei 9.430/96, regulamentado, no caso em tela, pelo parágrafo único do art. 2º da IN 1.037/2010. Lembrando que esses normativos buscam trazer os contornos para definição de regime fiscal privilegiado.
>
> Inicialmente temos que ter em mente dois aspectos trazidos na referida legislação. O primeiro aspecto está previsto no parágrafo único do art. 24-A da Lei 9.430/96 traz elementos do que vem a ser uma jurisdição considerada regime privilegiado. O segundo aspecto disposto no parágrafo único do art. 2º da IN 1.037/2010 traz elementos da pessoa jurídica que exerce atividade de holding com substância econômica, a contrário sensu, não havendo os elementos ali descritos, estaria caracterizada como holding sem substância econômica.

Duas são as premissas para aplicar as regras de subcapitalização à Braskem Holanda INC: ser uma holding company e não ter atividade substantiva.

O artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996 prescreve o seguinte:

> Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

DOCUMENTO VALIDADO

> I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);
>
> II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:
>
> a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
>
> b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
>
> III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;
>
> IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

Interpreto: respeitadas as características do parágrafo único para se considerar regime fiscal privilegiado, aplicam-se as regras de preços de transferência (art. 18 a 21) e dos juros (artigo 22).

A IN RFB nº 1.037/2010, que regulamentou a matéria, disciplinou os regimes fiscais privilegiados, no artigo 2º, já que a Holanda não está inserida nos países arrolados no artigo 1º:

> Art. 2º São regimes fiscais privilegiados:
>
> (...)
>
> IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva;
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos nos incisos III e IV do caput, entende-se que a pessoa jurídica que exerce a atividade de holding desempenha atividade econômica substantiva quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas:
>
> I - ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe; ou
>
> II - à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.

Resta, então, definir se Braskem Holanda INC (i) é uma holding company e (ii) a depender da primeira resposta, se exerce atividade substantiva.

Quanto ao primeiro ponto, tenho por certo que Braskem Holanda INC não é holding company. É uma financial holding. No regime fiscal holandês as duas figuras societárias existem:

DOCUMENTO VALIDADO

"Código 6420 – Financial Holding" e "Código 701 – Holding Company", como atesta o parecer emitido por Tabelião Holandês juntado aos autos.

Conforme apresenta a recorrente, as holdings companies exercem as atividades de deter participações em pessoas jurídicas pertencentes a um grupo e podem ser gestoras, com finalidade de M&A. Seriam as holdings puras, conhecidas no direito pátrio.

A sociedade Braskem Holanda INC não exerce essas atividades, pois, como identificado pela própria autoridade fiscal, exerce atividade financeira intragrupo, realizando contratos de pré-pagamento à Braskem S/A e suas receitas decorrem de juros de valores dos empréstimos a entidades do grupo.

Igualmente, não se pode assumir que Braskem Holanda INC é holding company a partir do fato da classificação da Braskem Holanda como holding intermediária em suas demonstrações financeiras. Trata-se de empresas distintas sob controle em um mesmo grupo econômico, com funções distintas, inclusive, de ordem econômica.

Ainda, não foi comprovado que Braskem Holanda INC tenha participações societárias, investimentos, em outras sociedades.

Embora sediada na Holanda, portanto, a Braskem Holanda INC não pode ser definida como holding company, o que a exclui da hipótese prevista no artigo 2º, inciso IV, da IN nº 1.037/2010 e, naturalmente, do artigo 25 da Lei nº 12.249/2010 (regras de subcapitalização).

Tal constatação seria o suficiente para afastar a acusação fiscal, mas também, sob a ótica da atividade econômica substantiva, ainda que a carga tributária da Braskem Holanda (e não da Braskem Holanda INC) seja de fato pequena, não há como afirmar que esta última não tem atividade econômica substantiva.

Primeiro, sendo uma financial holding e exercendo atividade financeira, é normal que suas receitas sejam advindas dos negócios típicos por ela celebrados: empréstimos. As receitas de empréstimos, então, são juros. Assim, qual a anormalidade de suas receitas serem decorrentes de atividades financeiras? Não há anormalidade alguma.

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que nos anos de 2018 e 2019, conforme apresenta a autoridade fiscal nas fls. 80 e 81, figuras 26 e 27, a Braskem Holanda INC sequer auferiu lucro, o que afasta qualquer dúvida sobre a carga tributária nos anos-calendário fiscalizados.

Ainda, o número de empregados e as instalações da sociedade realmente são tão relevantes para se afirmar inexistência de capacidade operacional? Ora, sua razão de existir e suas atividades econômicas são exercidas e se justificam somente dentro de um grupo empresarial e, mais, quando considerado o próprio grupo Braskem. Então, dentro dessas finalidades, não há como se afirmar que deveria ter mais funcionários ou estrutura física adequada. Tais afirmações são presunções que ferem a liberdade de organização da contribuinte.

DOCUMENTO VALIDADO

Existem funcionários, existe estrutura. Portanto, não há comprovação de ausência de atividade econômica substantiva por falta de capacidade operacional apropriada.

Ainda que holding company fosse, então, também entendo não ter comprovação de falta de atividade econômica substantiva.

Ainda, reflito sobre a relação normativa entre o artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996 e o artigo 2º, inciso IV, da IN nº 1.037/2010.

A saber, embora o artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996 trate de conceitos abertos, na forma hipotética (incisos do artigo), para se considerar um regime fiscal como privilegiado, existe uma instrução normativa, uma comunicação oficial da Administração Tributária, para elencar os "paraísos fiscais" e os regimes fiscais privilegiados.

O fato de a IN ter sido redigida com tipos fechados e específicos, que consideram os regimes fiscais de certos países "paraíso fiscal" ou determinados tipos de sociedade sediados em outros países para se considerar regime fiscal privilegiado não é em vão.

Existe, de fato, uma negociação entre Estados soberanos sobre a inclusão ou não de um deles nesse rol dos regimes fiscais privilegiados. Existem tratativas institucionais sensíveis, pois tal inclusão impacta a relação e os negócios privados celebrados entre o Brasil e esses países.

Logo, o fato de a acusação fiscal não se sustentar, a partir da conclusão de que Braskem Holanda INC não é holding company, é relevante, pois privilegia a segurança jurídica, já que a interpretação da instrução normativa não admite extensão nesse ponto.

Contudo, ainda poderia ser arguido que Braskem Holanda INC está dentro da hipótese do artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996. Mas, a meu ver, esse salto interpretativo não é válido no caso concreto.

O raciocínio contrário expressa meu entendimento: acaso isso fosse permitido, por qual razão existiria a IN com países expressamente mencionados no artigo 1º e outros tipos societários ou países no artigo 2º? Se o artigo 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996 fossem suficientes, desnecessária seria a Instrução Normativa – mas ela não é.

A Instrução Normativa, para além de garantir a segurança jurídica no âmbito nacional, permitindo que os particulares entendam as regras que estarão sujeitos ao se estabelecerem e outros países, formaliza todo esse contexto interrelacional do Brasil com os demais países, já que existe toda essa sensibilidade relacionada à diplomacia internacional brasileira ao incluir determinado país no rol dos RFP.

Diante de todos esses elementos, entendo que Braskem Holanda INC não é holding company e, logo, as despesas financeiras glosadas com fundamento no artigo 25 da Lei nº 12.249/2010 não se sustentam, pois não são aplicáveis ao caso concreto.

Logo, dou provimento ao Recurso Voluntário, nesse ponto, para cancelar as exigências de IRPJ e CSLL.

DOCUMENTO VALIDADO

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas

Conselheira **Miriam Costa Faccin**

Apresento a presente declaração de voto para expor as razões pelas quais não acompanhei o Ilustre Relator no mérito do Recurso Voluntário, aderindo, com a devida vênia, à divergência.

A controvérsia diz respeito à glosa de despesas financeiras decorrentes de contratos de pré-pagamento de exportação firmados entre a Recorrente e a Braskem Netherlands Inc. B.V. ("Braskem Inc."), sob o fundamento de aplicação das regras de subcapitalização previstas no artigo 25 da Lei nº 12.249/20105.

Segundo a Fiscalização, os juros pagos à Braskem Inc. estariam sujeitos ao limite restritivo de dedutibilidade aplicável a operações mantidas com pessoa jurídica submetida a regime fiscal privilegiado, nos termos do artigo 24-A da Lei nº 9.430/19966 e do artigo 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/20107.

Para tanto, a Fiscalização sustentou, essencialmente, que a Braskem Inc. seria entidade constituída sob a forma de holding company sem atividade econômica substantiva, enquadrando-se, assim, no regime fiscal privilegiado previsto para determinadas entidades estabelecidas nos Países Baixos, conforme se verifica dos seguintes trechos do relatório fiscal:

> "A legislação de regência traz critérios objetivos acerca do nível de endividamento das empresas vinculadas. Conforme os citados dispositivos legais e infralegais, o endividamento com empresas situadas em paraíso fiscal tem como nível de endividamento 30% do patrimônio líquido da empresa devedora (mutuária). Por outro lado, o endividamento com empresas vinculadas localizadas em países que não sejam paraíso fiscal, o limite de endividamento é de até 200% (ou melhor, duas vezes) o patrimônio líquido da empresa devedora localizada no Brasil.
>
> [...]
>
> No caso concreto, os documentos apresentados pela contribuinte dão conta de que houve empréstimos financeiros efetuados pela BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (Países Baixos – Holanda), BRASKEM AMERICA, INC (Estados Unidos da América) e BRASKEM FINANCE LIMITED (Ilhas Cayman), entre outras, com a BRASKEM S/A (fiscalizada).
>
> Nesse sentido, pode-se afirmar que Países Baixos, embora não estejam na lista de tributação favorecida, poderão ser considerados regime fiscal privilegiado, caso a atividade econômica desenvolvida pela empresa (holding company) não seja substantiva. Os Estados Unidos da América não são considerados pela legislação

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> brasileira como paraíso fiscal. Por fim, as Ilhas Cayman são consideradas paraíso fiscal para fins fiscais.
>
> [...]
>
> Todavia, demonstraremos que o enquadramento BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V (Países Baixos – Holanda) deve ser nas regras do que dispõe o art. 25 da Lei n° 12.249/2010 (limite de endividamento de 0,3 do PL da devedora), com equivalência no art. 5º da IN 1154/2011, pois se trata de controlada constituída sob a forma de holding company que não exerce atividade econômica substantiva. Portanto, a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V está na condição de pessoa jurídica situado em regime fiscal privilegiado, devendo seus empréstimos serem submetidos ao limite de endividamento de 30% do PL da BRASKEM S/A (devedora).
>
> [...]
>
> Assim, além do fato de situar no mesmo endereço que outras empresas, a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V tem como essência de sua atividade econômica ser uma Holding Financeira, código SBI "642 Financial holdings" (Standaard Bedrijfsidentificatie - Identificação Padrão da Empresa), nomenclatura equivalente à CNAE brasileira.
>
> [...]
>
> Ainda acerca do código "6420 – Financial holdings" do Escritório Central de Estatística da Holanda (CBS – Centraal Bureau voor de Statistiek e SBI – Standaard Bedrijsindeling) ele envolve majoritariamente atividades correspondentes a holding company. Vejamos a tabela a seguir detalhando a abrangência da classificação a qual se submete a BRASKEM NETHERLANDS INC B.V:
>
> [...]
>
> Nesse sentido, indubitavelmente estamos nos referido a uma holding company. Fato corroborado na resposta apresentada pela contribuinte ao TIF 5, no dia 12 de maio de 2023, o qual ela junta o extrato da junta comercial da empresa que que se trata de uma holding financeira".

Como se observa dos trechos acima, a conclusão fiscal apoiou-se, essencialmente, no fato de a empresa estar registrada sob o código "642 – Financial Holdings", entendido pela Fiscalização como equivalente à condição de holding company.

A decisão recorrida manteve a glosa sob o entendimento de que, ainda que a Braskem Inc. não seja formalmente constituída sob a forma de "holding company", ela estaria submetida ao mesmo regime fiscal privilegiado aplicável às holding companies holandesas.

Segundo a decisão, tal circunstância decorreria do fato de a empresa integrar a mesma unidade fiscal ("fiscal unity") da Braskem B.V. e usufruir dos efeitos do APA (Advanced Pricing Agreement) firmado com o isco holandês, sem exercer atividade econômica substantiva

própria. Por essa razão, concluiu-se pela incidência das regras de subcapitalização previstas no artigo 25 da Lei nº 12.249/2010.

Para sustentar essa conclusão, a decisão recorrida parte da premissa de que, embora a lista constante da IN RFB nº 1.037/2010 tenha natureza taxativa, o enquadramento em regime fiscal privilegiado não dependeria da classificação societária formal da entidade como holding company. Assim, mesmo registrada sob o código "642 – Financial Holdings", a Braskem B.V. poderia ser considerada beneficiária do mesmo regime fiscal aplicável às holding companies holandesas.

Além disso, a DRJ concluiu que a Braskem Inc. não exerceria atividade econômica substantiva própria, destacando, para tanto, o reduzido número de empregados, o compartilhamento de estrutura física e administrativa com a controladora e a alegada ausência de autonomia operacional e gerencial.

A Recorrente, por sua vez, sustenta que a decisão recorrida desconsiderou elemento central da controvérsia: a Braskem Inc. não se enquadra como holding company segundo a legislação societária holandesa, nos seguintes termos:

> "Embora tenha reconhecido não ser a Braskem Inc. uma holding company, a DRJ passou ao largo dos argumentos de defesa trazidos, através dos quais restou claro que. societariamente, holding companies holandesas são registradas sob o código comercial 701 - Holding companies. Entidades classificadas sob código 642 – Financialholdings não são holding companies. Na legislação dos Países Baixos, classificam-se como holding companies empresas que têm como atividade principal a participação e gestão de outras sociedades, o que não é o caso da Braskem Inc".

Além disso, sustenta que a Fiscalização não comprovou a submissão da Braskem Inc. a regime fiscal privilegiado, tampouco demonstrou a compatibilidade de eventual regime com os requisitos previstos no artigo 24-A da Lei nº 9.430/96.

A Recorrente destacou, ainda, que, à época dos fatos, possuía estrutura econômica e operacional efetiva na Holanda, com instalações físicas adequadas e quadro de funcionários compatível com as atividades desempenhadas. A entidade exercia funções relevantes no âmbito do grupo, incluindo atividades de trading internacional, gestão de participações e captação de recursos no mercado externo.

Confira-se os seguintes trechos de suas razões recursais:

> "As atividades da Recorrente na Holanda são subsidiadas por sólida estrutura operacional. Além de atuar como trading e holding, a Braskem BV também realiza a captação de recursos de forma direta no mercado internacional. Ademais, no período autuado, a estrutura da Braskem na Holanda dispunha de 718 m² de espaço físico e 60 funcionários (média de 11,9 m² por funcionário, superior à média comum de 7 m²).

DOCUMENTO VALIDADO

> A atuação da Recorrente como garantidora das dívidas de suas controladas estrangeiras é prática usual de mercado, como se verifica da análise das demonstrações financeiras de outras relevantes empresas no Brasil (e.g. Gerdau, JBS, Petrobras, Vale e Votorantim). Ainda, a existência de spread entre a taxa de juros captada no mercado de capitais (quando da emissão do bond pela Braskem Finance) e a taxa de juros praticada entre a Braskem Inc. e a Recorrente justifica-se pelos seguintes fatores principais: (i) as entidades holandesas incorrem localmente em riscos e exercem funções específicas, devendo ser remuneradas nessa extensão; e (ii) os juros devidos pela Recorrente estão em conformidade com as regras de preços de transferência".

Pois bem.

Conforme demonstrado nos autos, a Braskem Inc. não se caracteriza como holding company segundo a legislação societária holandesa. A Fiscalização baseou-se exclusivamente no fato de a entidade estar registrada sob o código "642 – Financial Holdings", presumindo, a partir da utilização da expressão "holdings", tratar-se de holding company.

Entretanto, restou evidenciado que, no sistema societário holandês, as entidades efetivamente enquadradas como holding companies são registradas sob o código "701 – Holding companies", ao passo que o código "642 – Financial Holdings" refere-se a entidades dedicadas à gestão de ativos e operações financeiras, notadamente concessão de crédito e financiamento intragrupo.

A distinção não é meramente terminológica, mas jurídica e funcional. Holding company, nos termos da legislação holandesa, é a sociedade cuja atividade principal consiste na detenção e administração de participações societárias. Não é essa a atividade desempenhada pela Braskem Inc., cuja atuação, conforme reconhecido inclusive pela própria Fiscalização, está voltada à concessão de financiamentos e à gestão financeira intragrupo, conforme se verifica do seguinte trecho do relatório fiscal:

> "De acordo com a pág. 6 da DF 2019 da BRASKEM NETHERLANDS B.V, que detém e cita em sua demonstração financeira a BRASKEM NETHERLANDS INC. B.V, diz que esta última foi criada para emprestar fundos à Braskem SA e suas coligadas. O único objetivo da controlada que firmou contratos de pré-pagamentos com a fiscalizada é apenas emprestar recurso". (Destaques no original)

Os elementos constantes dos autos, inclusive pareceres técnicos produzidos por especialistas em direito holandês, demonstram que a Braskem Inc. não exerce atividade típica de holding company, tampouco aufere receitas características desse tipo societário, como dividendos ou ganhos de capital decorrentes de participações societárias.

Dessa forma, ausente a condição prevista no artigo 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010 - qual seja, tratar-se de pessoa jurídica constituída sob a forma de holding company -, não há fundamento jurídico para enquadrar a Braskem Inc. como beneficiária de regime fiscal privilegiado.

DOCUMENTO VALIDADO

Com efeito, o regime fiscal privilegiado previsto na legislação brasileira não constitui mera situação fática aferível a partir da existência de baixa tributação ou da alegada ausência de substância econômica. Trata-se, em verdade, de regime jurídico específico, previsto em legislação estrangeira, que deve necessariamente reproduzir uma das hipóteses descritas no parágrafo único do artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996.

É justamente por essa razão que o inciso IV do artigo 2º da IN RFB nº 1.037/20108 faz referência expressa à "legislação do Reino dos Países Baixos". A norma infralegal não qualificou genericamente qualquer entidade holandesa sem substância econômica como sujeita a regime fiscal privilegiado. O dispositivo delimitou de forma precisa sua incidência ao "regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company".

Desse modo, não basta à Fiscalização apontar a existência de alegada ausência de atividade econômica substantiva. É indispensável demonstrar, cumulativamente, que a entidade: i) foi constituída sob a forma de holding company; e ii) encontra-se submetida a regime jurídico-fiscal favorecido previsto na legislação holandesa, compatível com as hipóteses do artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996.

A interpretação ampliativa adotada pela decisão recorrida - no sentido de que empresas não constituídas sob a forma de holding company também poderiam ser enquadradas no inciso IV do artigo 2º da IN RFB nº 1.037/2010 apenas por supostamente usufruírem de tratamento fiscal semelhante - extrapola os limites da própria norma regulamentar e desconsidera sua natureza excepcional e restritiva.

A redação da IN RFB nº 1.037/2010 é inequívoca ao restringir a incidência do dispositivo às "pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company". Portanto, entidades que não possuam essa natureza jurídica e funcional não podem ser automaticamente equiparadas às holding companies para fins de caracterização de regime fiscal privilegiado.

No que se refere à substância econômica, é essencial destacar que o simples fato de uma entidade exercer atividades de financiamento intragrupo ou de gestão de participações não autoriza, por si só, a conclusão de ausência de atividade econômica substantiva.

Este Conselho já reconheceu que, mesmo holdings puras podem exercer atividade econômica substantiva, desde que disponham de estrutura e capacidade funcional compatíveis com suas atividades, conforme se extrai da ementa abaixo:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
>
> Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012
>
> REGRA DE SUBCAPITALIZAÇÃO. INAPLICÁVEL AO CASO.
>
> Mesmo para uma holding pura, é equivocado afirmar que ela não exerce atividade econômica substantiva apenas porque tem por objeto a participação no capital de outras sociedades, com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.

DOCUMENTO VALIDADO

> Uma holding desenvolve atividade econômica substantiva quando possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico, especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias. A capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas. [...]. (Acórdão n° 1302002.011- 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária (Processo n° 11516.721418/201474, Sessão de 24 de janeiro de 2017).

Como bem frisado pelo Conselheiro Relator Alberto Pinto Souza Junior, no referido Acórdão:

> "Por outro lado, no mérito, há que se analisar se basta demonstrar que a APMM era uma holding pura domiciliada na Dinamarca, para se concluir que ela gozava de regime fiscal privilegiado.
>
> Inicialmente, cabe trazer a lume, a Instrução Normativa 1037/10, cujo inciso II do seu art. 2º assim dispõe:

"Art. 2º São regimes fiscais privilegiados:

(...)

II com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva.

(...)".

Há que se interpretar este dispositivo cum granus salis, pois concordo com o autuante quando sustenta que existem três condições para se considerar que, como base no dispositivo acima, uma pessoa jurídica esteja usufruindo de um regime fiscal privilegiado: primeiro, que esteja domiciliada na Dinamarca; segundo que seja uma Holding Company; e, terceiro, que não exerça atividade econômica substantiva. Ora, o fato de ser uma holding não pode ser tido, por si só, como razão para concluir que não exerça atividade econômica substantiva, pois, se assim fosse, bastava que a norma dispusesse sobre duas condições: holding company sediada na Dinamarca. Por essa razão, há que se perquirir o que seja "atividade econômica substantiva", pois é incontroverso que a mutuante é uma holding company sediada na Dinamarca.

> Incialmente, ressalto que consta, no sítio da RFB na Web, a Consulta Pública RFB nº 007/2016, de 30/05/2016, cujo assunto é justamente: "Definição de atividade econômica substantiva para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados". Anexa a referida Consulta, consta uma exposição de motivos de minuta de instrução normativa, a qual vale ser trazida à colação:

""Em cumprimento ao dever institucional de atualização e melhoria dos atos normativos, identificou-se a necessidade de estabelecer uma definição para o termo "atividade

DOCUMENTO VALIDADO

econômica substantiva" para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados, previstos no art. 2º da IN RFB no 1.037, de 4 de junho de 2010, que relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

2. Diferentemente da classificação europeia das atividades empresariais em econômicas (compra e venda de bens e serviços) e não econômicas (as outras), o conceito de substância econômica é fundamental para distinguir entre investimentos produtivos, que geram emprego e renda no país, e investimentos meramente especulativos, que visam apenas auferir ganhos sem contrapartida socioeconômica. Ao estabelecer critérios objetivos de recursos humanos e materiais compatíveis com as atividades realizadas, o conceito de substancia econômica permite a extensão de incentivos fiscais a atividades essencialmente gerenciais, que não representam compra ou venda de bens ou serviços.

3. No âmbito do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), criado pelo G20 em parceria com a OCDE, com objetivo de prevenir a erosão da base tributável de lucros de garantir que as atividades econômicas estivessem sendo tributadas onde estivessem gerando valor, o conceito de substância econômica foi amplamente discutido, especialmente na Ação 5, que trata do combate às práticas tributárias danosas.

4. Desde a edição do relatório da OCDE sobre regimes preferenciais prejudiciais de 1998, há um consenso acerca da necessidade de que os regimes dos países não incentivem os contribuintes a realizarem operações ou acordos que tenham puramente o objetivo de reduzir tributo. A fim de combater de forma eficaz o uso de tais regimes, a Ação 5 condicionou a comprovação da atividade econômica substancial para que o regime não seja declarado prejudicial. No contexto do projeto BEPS, essa exigência contribui para assegurar que os lucros tributáveis em um país não sejam artificialmente deslocados para jurisdições de baixa tributação.

5. O Fórum de Práticas Danosas (FHTP Forum on Harmful Tax Practices) no âmbito da OCDE também leva em consideração o critério da substância econômica para analisar se o regime fiscal privilegiado é prejudicial ou não. Dentre as abordagens utilizadas para se verificar se atividade desenvolvida pelo contribuinte é substantiva, tem-se a abordagem que requer que o contribuinte desenvolva atividades relacionadas a sua principal atividade (core business) e que sejam legalmente os proprietários dos ativos que dão origem ao benefício fiscal e, por fim, que os contribuintes suportem os riscos econômicos relacionados às atividades.

6. Assim, entende-se que uma holding que desenvolve atividade econômica substantiva é aquela possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico. Especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias. Por fim, é importante destacar que a capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas.

DOCUMENTO VALIDADO

7. Essas são as razões que justificam a elaboração da instrução normativa que ora se submete a Consulta Pública.”.

> Vale ressaltar o disposto no parágrafo 6 da exposição de motivos acima transcrita, segundo o qual entende-se que uma holding desenvolve atividade econômica substantiva quando:
>
> a) possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico, especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias; e
>
> b) que a capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas.
>
> A interpretação dada no parágrafo 6 da exposição de motivos foi seguida de uma proposta de instrução normativa nessa mesma linha, se não vejamos como dispõe seu art. 1º da minuta de IN:

“Art. 1º Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos no art. 2º da Instrução Normativa no 1.037, de 4 de junho de 2010, entende-se que a pessoa jurídica legalmente constituída sob a forma de holding exerce atividade econômica substantiva quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional e instalações adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas:

I - ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe, exceto rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital; ou

II - à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.”

A interpretação acima é bem razoável, na medida em que não anulou o sentido da expressão “atividade econômica substantiva” e deu um conceito que reconhece a substância econômica de holdings puras, ou seja, de sociedades que se dedicam apenas a manter investimentos em outras empresas e, assim sendo, seu patrimônio é composto basicamente de ações de outras sociedades”. (Destaques no original)

Nesse sentido, conforme destacado no precedente acima, a caracterização de regime fiscal privilegiado exige a presença cumulativa de três elementos: i) domicílio em jurisdição específica; ii) enquadramento como holding; e iii) ausência de atividade econômica substantiva. Esse último elemento não pode ser presumido, devendo ser demonstrado com base em análise concreta da estrutura operacional e das funções desempenhadas.

Ademais, a própria Receita Federal, em discussão normativa sobre o tema, reconhece que a substância econômica deve ser aferida a partir da existência de capacidade operacional, instalações físicas adequadas e pessoal qualificado, aptos a exercer funções de gestão e tomada de decisões no âmbito do grupo econômico.

DOCUMENTO VALIDADO

No caso concreto, a Recorrente comprovou a existência de estrutura operacional relevante na Holanda, com instalações físicas adequadas e número significativo de funcionários, além do exercício efetivo de funções como captação de recursos no mercado internacional, gestão financeira e suporte às operações globais do grupo.

Os elementos apontados pela Fiscalização - como número reduzido de empregados próprios, compartilhamento de estrutura e centralização de decisões - não são suficientes para afastar a substância econômica. Tais características são comuns em grupos multinacionais e refletem práticas legítimas de eficiência operacional e governança corporativa.

Assim, ausentes os pressupostos legais para caracterização de regime fiscal privilegiado, não se mostra legítima a aplicação das regras restritivas de subcapitalização previstas no artigo 25 da Lei nº 12.249/2010.

Diante do exposto, acompanho a divergência para dar provimento ao Recurso Voluntário e cancelar integralmente a exigência fiscal relativa à glosa de juros decorrente das regras de subcapitalização.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Miriam Costa Faccin

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Sérgio Magalhães Lima**

Trata-se de controvérsia acerca da dedutibilidade de juros pagos pela BRASKEM S/A à BRASKEM Netherlands Inc. B.V., pessoa jurídica sediada nos Países Baixos, à luz das regras de subcapitalização aplicáveis a operações com beneficiários submetidos a regime fiscal privilegiado.

A fiscalização entendeu que a referida entidade se enquadra no art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010, por se tratar, em essência, de holding company sem atividade econômica substantiva. A contribuinte, por sua vez, sustenta tratar-se de financial holding, figura distinta da holding company no direito holandês, e afasta a existência de regime fiscal privilegiado.

Essa é a questão central examinada na presente declaração de voto, na qual, em complemento ao voto do relator, exponho considerações acerca da matéria que me conduzem ao entendimento de que, no mérito, o argumento central da contribuinte não merece acolhimento.

De início, cumpre analisar os elementos que, a meu ver, caracterizam a BRASKEM Netherlands Inc. B.V. como holding company.

DOCUMENTO VALIDADO

A classificação da entidade sob o código SBI 642 — financial holdings — no sistema holandês de identificação econômica *(Standaard Bedrijfsindeling*), não tem caráter jurídico determinante. Trata-se de mera categorização estatística equivalente ao CNAE brasileiro, que não define a natureza jurídica da entidade nem afasta a incidência da norma tributária brasileira.

Também não procede a alegação de que o conceito de holding company deva ser interpretado exclusivamente à luz do direito holandês. A IN RFB nº 1.037/2010 não incorpora definições estrangeiras específicas — limita-se a identificar regimes fiscais associados a determinadas estruturas, e o enquadramento deve observar a realidade econômica da entidade sob a perspectiva da legislação tributária brasileira.

A distinção entre financial holding e holding company, invocada com base na classificação estrangeira, é meramente funcional e guarda semelhança com a adotada no próprio ordenamento brasileiro, que distingue holdings financeiras e não financeiras sem excluir qualquer delas do conceito mais amplo de holding. A holding financeira não deixa de ser holding por atuar na centralização ou intermediação de ativos financeiros — é apenas uma modalidade específica desse gênero.

Nesse contexto, a expressão "sob a forma de holding company", presente não apenas no inciso IV do art. 2º da IN RFB nº 1.037/2010, mas também nos incisos III e X, relativos à Dinamarca e à Suíça, não pode ser interpretada de maneira estritamente formal, como se remetesse a um tipo societário específico do direito estrangeiro — à diferença do que ocorre com figuras como a *Limited Liability Company*, cujos contornos jurídicos são bem definidos. Cuida-se, ao contrário, de conceito funcional, cuja aplicação está condicionada, no próprio dispositivo, à ausência de atividade econômica substantiva. Isso impõe necessariamente uma análise material da atuação da entidade. Uma leitura restrita à forma esvaziaria esse requisito e comprometeria a lógica da norma.

Fixada a premissa inicial, passo a expor as razões pelas quais entendo que a BRASKEM Netherlands Inc. B.V. não exercia, quando da apuração dos fatos, atividade econômica substantiva.

O art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010 não alcança toda e qualquer holding holandesa — apenas aquelas que não exerçam atividade econômica substantiva, o que exige a verificação concreta das funções desempenhadas, dos riscos assumidos e da estrutura operacional mantida.

Na espécie, o conjunto probatório demonstra que a BRASKEM Netherlands Inc. B.V. atuava como mera intermediária em operações de financiamento intragrupo, numa estrutura em que recursos captados por outra entidade eram simplesmente repassados à BRASKEM S/A, sem assunção de riscos relevantes — todos integralmente garantidos pela própria mutuária brasileira. A isso se soma a ausência de autonomia decisória, a remuneração reduzida compatível com funções de alcance limitado, o número de empregados incompatível com o volume das operações, o compartilhamento de endereço com diversas outras empresas e a inexistência de estrutura

DOCUMENTO VALIDADO

operacional adequada. Esses elementos, avaliados em conjunto, evidenciam atuação meramente instrumental.

Nessas circunstâncias, a renda de juros auferida não decorre de atividade financeira substantiva, mas da interposição formal da entidade na cadeia de financiamento, em postura essencialmente passiva. A presença da BRASKEM Netherlands Inc. B.V. na estrutura não se justifica por funções econômicas relevantes próprias, mas pela sua posição formal no grupo — o que reforça a caracterização como holding financeira sem atividade econômica substantiva.

Tampouco procede a alegação de que o dispositivo normativo teria sido concebido exclusivamente para alcançar o regime de participation exemption aplicável a dividendos e ganhos de capital. Essa limitação não encontra respaldo no texto normativo, que não restringe sua incidência a rendimentos dessa natureza, mas se refere genericamente a holding companies sem atividade econômica substantiva. Ainda que se considere o contexto histórico de sua edição, o alcance do dispositivo deve ser extraído de sua redação — que é mais ampla e orientada pela substância da entidade —, de modo que a utilização de veículo de intermediação financeira sem substância econômica também se insere no âmbito de incidência da norma.

Diante desse conjunto, concluo que a BRASKEM Netherlands Inc. B.V., embora formalmente classificada como financial holding, enquadra-se, para fins do art. 2º, IV, da IN RFB nº 1.037/2010, no conceito de holding company sem atividade econômica substantiva, por essa classificação estar inserida no conceito mais amplo de holding.

Mostra-se aplicável, nessas condições, o regime previsto no referido dispositivo, bem como as correspondentes regras de limitação à dedutibilidade de juros.

Por essas razões, sobre a questão relacionada à dedutibilidade de juros pagos, nego provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Sérgio Magalhães Lima

DOCUMENTO VALIDADO