



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10120.731585/2012-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-001.466 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de agosto de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente SERRA DA BORDA MINERAÇÃO E METALURGIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2006, 2007

ESTIMATIVAS MENSAS. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. SALDO NEGATIVO ANUAL CONSUMIDO EM COMPENSAÇÕES DE OUTROS DÉBITOS.

As estimativas mensais são antecipações do valor devido na apuração anual, cujo fato gerador é o dia 31 de dezembro; as estimativas antecipadas são deduzidas do valor de IRPJ (e CSLL) apurado no ano; se as estimativas mensais objeto de declarações de compensação compuseram a apuração anual na qual foram apurados saldos negativos e nenhum IRPJ ou CSLL anuais a pagar, e se tais créditos de saldos negativos foram consumidos na compensação de outros débitos, não há como considerar que as estimativas mensais foram pagas e que tais pagamentos foram homologados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

IRPJ. APURAÇÃO ANUAL. DECADÊNCIA. ESTIMATIVAS MENSAS NÃO PAGAS.

Não tendo sido efetuado qualquer pagamento, a contagem do prazo decadencial se desloca para o art. 173, I do CTN.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. IGUALDADE.

Resulta infringido o princípio constitucional da igualdade, pela vantagem indevida frente a outras empresas num regime de livre concorrência, se o conjunto de operações em que foi escolhido um caminho para financiar as operações da Autuada, que resultou em redução de 90% dos valores pagos de IRPJ e CSLL e recebimento de Prêmio de Emissão de 900% sobre o valor de face de Debênture de Participação nos Lucros - DPL, somente possível por se tratar de operação entre empresas pertencentes ao mesmo grupo e sob o mesmo controle - em tese, nenhuma limitação havia à remuneração pactuada

- porém, evidenciou-se que tal operação não seria possível em condições de livre mercado, entre empresas independentes; tivesse sido a operação realizada dentro do princípio *arm's length*, tal vantagem não teria ocorrido.

MULTA QUALIFICADA. REDUÇÃO. NÃO DEMONSTRADA INFRAÇÃO À LEI Nº 4.502, DE 1964.

Não há que se falar de aplicação da multa qualificada se não restou evidente a infração à Lei nº 4.502, de 1964.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

EMPRESAS SOB MESMO CONTROLE. REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURE COM PARTICIPAÇÃO 90% LUCROS. INDEDUTÍVEL COMO DESPESA.

Caracteriza-se como desembolso que não pode ser aceito com despesa de remuneração de debêntures, o pagamento de 90% dos lucros como remuneração de Debênture de Participação nos Lucros - DPL, entre empresas sob o mesmo controle, em relação à qual a debenturista pagou 900% de Prêmio de Emissão na aquisição da DPL, que passou a integrar o Patrimônio Líquido da emitente, sendo a operação comprovadamente divergente da que poderia ter sido realizada em condições de livre mercado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejudgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos seguintes termos: a) afastar a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Luis Fabiano e Ronaldo Apelbaum; b) dar parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%, em segunda rodada de votação, vencidos os conselheiros Luis Fabiano, José Roberto e Ronaldo Apelbaum, que lhe davam provimento e José Carlos e Ester Marques, que lhe negavam provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Eva Maria Los.

(documento assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

(documento assinado digitalmente)

EVA MARIA LOS - redator designado

EDITADO EM: 25/09/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, José Roberto Adelino da Silva, Ester Marques Lins de Sousa (suplente convocada), Eva Maria Los e Ronaldo Apelbaum.

Relatório

Trata-se o presente de autos de infração lavrados contra a ora Recorrente para exigir IRPJ e CSLL referentes aos anos-calendário de 2006 e 2007.

Nos referidos lançamentos, a autoridade fiscal imputou à contribuinte a infração de **apropriação de despesas inexistentes de participação de debêntures**, bem como, aplicou multa qualificada de 150%.

Do Procedimento Fiscal

Das despesas inexistentes de participação de debêntures

A ação fiscal foi instaurada para a verificação da regularidade da operação de emissão de debêntures, pela fiscalizada, e dos respectivos efeitos tributários relacionados à dedução, na apuração do lucro real, do valor calculado a título de participação de debêntures nos mencionados anos.

De acordo com a autoridade fiscal, durante o procedimento, foram utilizados os seguintes elementos probatórios: (1) informações e documentos apresentados pela fiscalizada, pela debenturista e por terceiros relacionados às operações investigadas, em atendimento a intimações da fiscalização; (2) declarações prestadas pelos representantes legais da fiscalizada, da debenturista e de terceiros, lavradas em termos de declarações; (3) documentos apresentados pelas juntas comerciais; (4) informações obtidas junto aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil (RFB).

Do Relatório Fiscal de fls. 8.857/9.001

Merecem destaque as seguintes informações iniciais que dizem respeito à contextualização do **grupo Yamana**:

(...) 3. A emissão das debêntures pela fiscalizada faz parte de uma complexa estruturação baseada em diversos contratos e negócios (muitos deles celebrados no exterior) envolvendo, essencialmente, empresas de um mesmo grupo econômico.

4. No decorrer dos trabalhos verificamos que a controladora indireta da fiscalizada captou recursos no exterior (por meio de empréstimos e de ações colocadas no mercado) e transferiu esses recursos para o Brasil, a título de empréstimos entre coligadas, para outra empresa do mesmo grupo. Esta, por sua vez, utilizou tais recursos para aquisição das debêntures emitidas pela fiscalizada e por uma terceira empresa do mesmo grupo que também emitiu debêntures.

5. Desse modo, houve a necessidade de ampliar a análise fiscal ao conjunto de operações que compõem essa estrutura montada com a finalidade de capitalizar a fiscalizada (e outra empresa do mesmo grupo que também emitiu debêntures), conforme detalharemos adiante.

6. Com base na análise dos elementos probatórios colhidos durante a ação fiscal demonstraremos, ao longo do presente relatório, que o aporte de recursos na fiscalizada para o desenvolvimento de suas atividades de mineração trata-se, na sua essência, de integralização de capital travestido de operação de emissão de debêntures participativas, tendo como único objetivo a redução da carga tributária.

(...)

8. Para fins de uniformização e clareza, damos abaixo a definição adotada para os termos e nomes de empresas mais utilizados no presente relatório.

8.1 “Grupo Yamana” significa o conjunto de empresas, situadas em diversos países, controladas direta ou indiretamente pela empresa canadense Yamana Gold Inc.

8.2 “Yamana” significa Yamana Gold Inc., empresa sediada no Canadá, constituída sob as leis daquele país, controladora, direta ou indireta, das empresas que compõem o Grupo Yamana.

8.3 “Amulet”” significa Amulet Limited, empresa constituída sob as leis das Ilhas Cayman.

8.4 “DPL” significa Debênture de Participação nos Lucros.

8.5 “Maracá” significa Mineração Maracá Indústria e Comércio S.A. empresa constituída sob as leis do Brasil, conforme acima identificada.

8.6 “Emissora”, no presente relatório, significa a Serra da Borda Mineração e Metalurgia S.A., empresa constituída sob as

leis do Brasil, conforme acima identificada, na condição de emissora de DPL.

8.7 “Serra da Borda” ou “fiscalizada” significa Serra da Borda Mineração e Metalurgia S.A., empresa integrante do Grupo Yamana, constituída sob as leis do Brasil, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o nº 05.640.971/000170.

8.8 “PTAPAR” significa PTAPAR Participações Ltda, empresa integrante do Grupo Yamana, constituída sob as leis do Brasil, inscrita no CNPJ sob o nº 06.225.177/000172.

8.9 “Debenturista” significa a PTAPAR na qualidade de adquirente de DPL emitidas pela Maracá.

8.10 “YDM” significa Yamana Desenvolvimento Mineral S.A., empresa integrante do Grupo Yamana, constituída sob as leis do Brasil, inscrita no CNPJ sob o nº 05.725.958/000163.

8.11 “DIKAIOS” significa DIKAIOS Serviços Empresariais LTDA, empresa constituída sob as leis do Brasil, inscrita no CNPJ 05.324.334/000134.

8.12 “Price” significa PricewaterhouseCoopers Corporate Finance & Recovery Ltda., empresa contratada pela Maracá para elaborar um relatório, no qual são identificadas referências de mercado relativas ao retorno sobre investimentos em mineração no Brasil, com base em informações disponíveis publicamente.

8.13 “Minera” significa Minera Yamana Inc., CNPJ 09.583.496/000148, empresa sediada no Canadá, constituída sob as leis daquele país, controlada diretamente pela Yamana.

(...)

9. A Serra da Borda é uma sociedade anônima fechada, integrante do Grupo Yamana, sediada no Município de Alto Horizonte/GO, que tem como atividade principal, junto ao CNPJ, a Extração de Minerais Metálicos Não Ferrosos não especificados, Código de Atividade Econômica Principal – CNAE nº 0724301, e que está submetida à apuração de seu resultado tributável com base no Lucro Real.

10. Constituída em 2003, a empresa possuía originalmente a denominação social Santa Elina Desenvolvimento Mineral S/A. Somente em 2007, a empresa mudou sua denominação para Serra da Borda Mineração e Metalurgia S.A.

11. Em 2010, ela concretizou a alienação das minas que explorava, São Francisco e São Vicente, vendendo todos os bens, propriedades e concessões de exploração e mineração relativos a essas minas. Isso se deu em virtude de um acordo de compra e venda realizado em 2009, entre sua controladora canadense e outra empresa canadense.

12. A Yamana, controladora indireta da Maracá, é uma mineradora sediada no Canadá que, por meio de suas subsidiárias, explora propriedades minerais situadas em diversos países, principalmente no Brasil, Argentina, Chile e América Central. É uma sociedade de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa de Valores de Toronto (TSX) sob o símbolo "YRI", na Bolsa de Nova York (NYSE) sob o símbolo "AUY" e na Bolsa de Valores de Londres (LSE) sob o símbolo "YAU".

(...)

13. Os relatórios financeiros anuais divulgados ao mercado, fls. 5419/5571, demonstram que a Yamana, até 2004, era uma empresa com pouca representatividade econômica dentro do segmento de mineração. Das 05 (cinco) minas que possuía (Santa Cruz, na Argentina; Fazenda Nova, São Francisco/São Vicente, Fazenda Brasileiro e Chapada, no Brasil), somente duas estavam em operação: Fazenda Brasileiro e Fazenda Nova.

Em 2004, a meta de crescimento do Grupo Yamana, como um todo, estava focada, primordialmente, na implantação/desenvolvimento dos projetos São Francisco/São Vicente, no Mato Grosso, e Chapada, em Goiás, sendo que este último representava a maior aposta da Yamana, no Brasil, para produção de ouro e cobre.

14. Com o êxito verificado na exploração do projeto Chapada, a Maracá, outra empresa do mesmo grupo, passou a obter expressivos resultados operacionais a partir de 2007, fato determinante para o vertiginoso fortalecimento da posição da Yamana no mercado, tendo sido verificada uma valorização excepcional de suas ações simultaneamente aos investimentos realizados no Brasil, tendo como carro chefe, as operações da Maracá.

15. Conforme será demonstrado neste relatório, a subsidiária Yamana Desenvolvimento Mineral S/A (YDM), CNPJ 05.725.958/000163, sediada em São Paulo/SP, coordena, no Brasil, a exploração dos empreendimentos minerários da Yamana como um todo, envolvendo os aspectos gerenciais, operacionais, administrativos, dentre outros.

Ainda no referido Relatório Fiscal a autoridade faz análise detalhada das informações e dos documentos obtidos durante a fiscalização, cujo conteúdo é demonstrado de forma segregada em diversos capítulos sucessivos. Vejamos:

- (1) Operação com debêntures formalizada pela fiscalizada;
- (2) Financiamento das operações do Grupo Yamana no Brasil;
- (3) Escritura de fideicomisso celebrada no exterior e partes envolvidas;

(4) Do poder de comando da Amulet;

- (5) Da não utilização das debêntures para captação de recursos;*
- (6) Da integralização das debêntures;*
- (7) Empresa veículo – PTAPAR;*
- (8) Operações entre partes relacionadas;*
- (9) Inconsistência do ágio;*
- (10) Da negação da existência do ágio;*
- (11) Do risco do investimento não assumido pela PTAPAR;*
- (12) Crítica aos estudos da DIKAIOS – definição do ágio e dos demais termos pela Fiscalizada;*
- (13) Vantagem de manter controle acionário – incoerência dos argumentos;*
- (14) Não alienação das debêntures no caso concreto de insucesso do empreendimento – contradição de seus próprios argumentos;*
- (15) Da inconsistência da limitação no recebimento de lucros pela PTAPAR*
- (16) Análise de outras inconsistências da operação com debêntures;*
- (17) Do não pagamento do principal e da remuneração das debêntures conforme a escritura de emissão;*
- (18) Demonstração do ganho do Grupo Yamana;*
- (19) Alterações do percentual de remuneração das debêntures emitidas pela Maracá – inconsistência lógica;*
- (20) Alterações do percentual de remuneração das debêntures emitidas pela Maracá – inconsistência jurídica;*
- (21) Da operação efetivamente realizada – integralização de capital; e*
- (22) Da simulação.*

Após a realização da ampla e detalhada análise sob o enfoque de cada um dos temas acima mencionado, o auditor fiscal elaborou um resumo e consignou suas conclusões no Relatório Fiscal, nos seguintes termos:

“(…) 410. A Yamana decidiu investir em suas subsidiárias, no Brasil, recursos próprios, no valor de US\$145.000.000,00, captados com a venda de ações, e recursos de origem não identificada, no montante de US\$100.000.000,00.

411. Para a captação dos US\$100.000.000,00, a Yamana firmou uma escritura de fideicomisso com a Amulet, por intermédio da

qual foram disponibilizados esses recursos de origem desconhecida.

412. Os recursos totais obtidos (US\$245.000.000,00) foram repassados pela Yamana à PTAPAR, sob a forma de empréstimo, para que esta adquirisse as debêntures participativas emitidas pela Maracá e pela Serra da Borda, cujas condições foram previamente definidas pela Yamana e seu financiador oculto.

413. O empréstimo de US\$100.000.000,00 foi liquidado com antecedência de cerca de cinco anos de seu vencimento e, além disso, antes mesmo do início da operação comercial das empresas Maracá e Serra da Borda. Como parte do acordo para essa liquidação, houve exercício dos bônus de subscrição de ações, que tornaram a Amulet acionista da Yamana.

414. Durante o período pré-operacional da Maracá e da Serra da Borda, a Amulet recebeu juros sobre o valor investido. Pouco antes das empresas operacionais começarem a produzir comercialmente, a Amulet tornou-se acionista da Yamana, passando a ter direito de receber dividendos.

415. Independentemente do negócio celebrado com a Amulet, a Yamana realizou, efetivamente, uma integralização de capital, de forma simulada, em suas empresas operacionais Maracá e Serra da Borda.

416. O exame, como um todo, do financiamento das operações da Yamana no Brasil, inclusive, repita-se, com parcela de recursos de origem desconhecida proveniente de empresa sediada em paraíso fiscal (que representa o financiador oculto dos US\$100.000.000,00), permite afirmar que o Grupo Yamana estruturou operações em seqüência com o objetivo predeterminado de evitar o pagamento integral dos tributos devidos.

417. Nessa complexa estruturação, foi utilizada uma empresa veículo, a PTAPAR (vide tópico Empresa veículo – PTAPAR), ou seja, uma empresa sem nenhum empreendimento que a justificasse, exceto o papel de servir de canal de passagem dos recursos provenientes do Canadá e das Ilhas Cayman. Essa empresa, com ínfimo capital de R\$100,00 e controlada indiretamente pela Yamana, foi adquirida, em 01/10/2004, do que pode se chamar de uma “indústria” de CNPJ.

418. Em um curto espaço de tempo, quinze dias após sua aquisição (15/10/2004), a Yamana firmou com a Amulet o Contrato de Subscrição, o qual substituiu todos os contratos anteriores, entendimentos, escritos e verbais, inclusive uma Carta de Intenções firmada anteriormente entre essas empresas (vide tópico Escritura de fideicomisso celebrada no exterior e partes envolvidas). Por meio desse contrato de subscrição, a Amulet se comprometeu a comprar as notas emitidas pela Yamana para captar os US\$100.000.000,00, por meio de colocação privada, para financiamento das atividades operacionais da Yamana no Brasil.

419. Apesar de ostentar a denominação de holding nos seus atos constitutivos, a empresa veículo PTAPAR jamais atuou com essa finalidade (administração de bens próprios e a participação em outras sociedades). É uma empresa desprovida de qualquer estrutura operacional nunca possuiu um funcionário sequer, nem teve terrenos, prédios, máquinas e equipamentos, veículos, nada. Possui existência meramente formal, uma típica empresa de papel. É inegável que a sua aquisição se deu, fundamentalmente, para compor a complexa estrutura engendrada pelo Grupo Yamana com o fim de driblar o fisco brasileiro, mediante a integralização de capital nas suas subsidiárias operacionais (Maracá e Serra da Borda) com aparência de mútuos entre coligadas, conjugados com operações de emissão de debêntures participativas.

420. Aproximadamente dois meses após esse contrato de subscrição inicial, a Yamana e o BNY Trust Company of Canadá (representando a Amulet, que, por sua vez, representou o financiador oculto) celebraram uma Escritura de Fideicomisso, em 21/12/2004, em que ficou estabelecido que a empresa veículo receberia US\$245.000.000,00 para fazer aquisição de debêntures participativas e que os recursos chegariam ao Brasil em forma de empréstimo da Yamana para a PTAPAR.

421. Cinco meses depois, em 19/04/2005, a escritura de fideicomisso foi alterada e consolidada e os recursos começaram a ser liberados, o que ocorreu durante os anos de 2005, 2006 e 2007. A PTAPAR, de capital integralizado de apenas R\$100,00, passou a receber um valor desproporcional ao seu capital, a título de empréstimo. As operações de debêntures foram então formalizadas na Maracá e na Serra da Borda.

422. Em cada uma das operações (Maracá e Serra da Borda), criou-se um ágio artificial elevado.

Esse ágio foi definido pelo Grupo Yamana, conforme documentos e declarações das partes envolvidas, sem qualquer relação com o mercado de capitais. Em uma situação de mercado, em função da baixa atratividade do projeto e do alto risco, como relatado, a situação seria de deságio.

423. Não havia necessidade de contratação dos serviços de uma empresa “especializada” apenas para fazer cálculo de taxa interna de retorno, pois a Yamana já sabia que iria investir as vultosas quantias nas minas Chapada, São Francisco e São Vicente, bem como conhecia a rentabilidade esperada do investimento. O estudo da Dikaio foi realizado apenas para dar uma aparência técnica para a operação e para legitimar o ágio.

424. A “vantagem” alegada pela empresa na escolha de financiamento com debêntures possibilidade de negociação das debêntures e conseqüente manutenção do controle acionário não se sustenta do ponto de vista lógico, já que no caso de sucesso na exploração do projeto, dificilmente ocorreria a venda das debêntures por parte da PTAPAR, pois o Grupo Yamana estaria abdicando do seu objeto social rentável (produzir lucros para

terceiros não faz parte do objeto social de qualquer empresa). No caso de insucesso, também seria improvável a debenturista vender os títulos, pois não haveria razão para alguém investir em debêntures participativas de uma empresa com projeto, em andamento, fracassado, sobretudo quando esse projeto, desde o início, já era desacreditado.

425. Ademais, há uma série de anomalias na operação. Da escritura de emissão constou remuneração com base em participação nos lucros (90%), exclusivamente, além de cláusulas contrárias aos interesses da PTAPAR, caso essa não fosse apenas uma empresa veículo, ou seja, caso a operação não fosse entre partes relacionadas. Como exemplos de cláusulas perniciosas à PTAPAR, citamos a ausência de penalidade por atraso no pagamento da remuneração e do principal e a perda do elevadíssimo ágio, caso a Serra da Borda decidisse, por livre arbítrio, mudar de atividade, ou endividar-se, ou praticar um evento de incorporação (item 3.8 da escritura), o que efetivamente ocorreu, tendo o fisco sido prejudicado.

426. As debêntures não foram oferecidas ao público, nem mesmo a terceiros, não relacionados, em uma emissão privada. Houve apenas uma única debenturista, a PTAPAR.

427. Adicionalmente, não faz sentido a captação de R\$ 128.397.000,00, por meio de debêntures subordinadas, por empresa com capital de apenas R\$ 15.806.018,00.

428. Em suma, as condições de emissão das debêntures foram totalmente anômalas em comparação com o que o mercado realmente praticou e pratica até hoje.

429. Utilizou-se da constituição de uma empresa veículo para viabilizar a evasão de tributos. A fraude foi cometida com a prática de simulação, eis que o negócio real, dissimulado, foi a integralização do capital na Maracá e na Serra da Borda, e os negócios simulados (formalizados), para enganar o fisco, foram os dois empréstimos que totalizaram US\$245.000.000,00 e as duas operações com debêntures totalmente fora dos padrões de mercado. Foi constituída uma empresa veículo para operacionalizar a fraude. A PTAPAR, formalizada apenas no papel, participou da operação de debêntures apenas para criar o ágio artificial e deduzi-lo das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, ou seja, recebendo a suposta remuneração de debêntures das empresas operacionais, Maracá e Serra da Borda, para que essa remuneração fosse anulada com as despesas de ágio, criadas artificialmente.

430. A Yamana precisava cumprir sua política de dividendos declarada, que consistia em remunerar seus acionistas com rendimentos equivalentes às taxas de dividendos de empresas semelhantes e em revisar esse rendimento periodicamente, avaliado em relação ao crescimento do fluxo de caixa operacional da Yamana, decisão esta que leva em consideração a sua situação financeira e as suas necessidades de caixa. Como o negócio real (dissimulado) foi a integralização de capital e a

Yamana tinha que cumprir sua política de dividendos, a Maracá e a PTAPAR tiveram que alterar o percentual de remuneração das debêntures para deixar recursos nas empresas Maracá e Serra da Borda e não distribuir dividendos em excesso (em valores superiores à média de retorno de mineradoras atuantes no Brasil) aos acionistas da Yamana no Canadá. Em outras palavras, as empresas tiveram que neutralizar os efeitos indesejáveis da operação que elas simularam (operação de debêntures).

431. A PTAPAR é a centralizadora dos resultados da Serra da Borda e da Maracá. Assim, essa empresa veículo, mesmo não tendo, de 2008 a 2010, recebido receitas de remuneração das debêntures emitidas pela Serra da Borda (em razão de prejuízos contábeis verificados nesta), deu baixa no ágio relativo às series vencidas nesses anos, e assim diminuiu, mais ainda, a remuneração de debêntures provenientes da Maracá, contabilizadas como receitas, já deduzidas do seu respectivo ágio.

432. Entretanto, para cumprimento das políticas de dividendos e de investimentos, o ajuste financeiro sempre se deu na empresa que produziu resultados de maior expressão, no caso, a Maracá. A Serra da Borda apresentou lucros apenas em 2006 e 2007, e, ainda assim, menos expressivos. Já a Maracá, teve lucros relevantes nos anos fiscalizados (2007 a 2010). Assim, as alterações dos percentuais de remuneração, na Maracá, são os ajustes financeiros para cumprimento das políticas citadas do Grupo Yamana.

433. É por isso que as razões declaradas para alteração de percentuais da remuneração na escritura da Maracá não fazem qualquer sentido lógico ou econômico (aumento dos lucros em função do aumento de preços do seu produto no mercado internacional ocasionado pelas crises ocorridas na produção dos concorrentes e pelo aumento da demanda por grandes consumidores asiáticos com diminuição do percentual de remuneração) ou jurídico (manutenção de equilíbrio de um contrato aleatório). As alterações foram realizadas para satisfazer a política dividendos da Yamana e as necessidades de capital das empresas operacionais.

434. As debêntures foram formatadas fora da finalidade societária que lhe é própria, qual seja, de captar recursos, pois estes já estavam captados no exterior por meio de emissões de ações da Yamana e por empréstimo obtido com empresa sediada em paraíso fiscal (financiador oculto). As debêntures serviram (i) como meio de integralização de capital, (ii) como forma de devolver dividendos aos acionistas da Yamana e, fundamentalmente, (iii) como artifício para reduzir as bases de cálculo de IRPJ e CSLL, pela transferência dos lucros das empresas operacionais para empresa veículo, empresa do grupo Yamana em que se deu a anulação desses resultados com os ágios criados de forma artificial.

435. A PTAPAR tentou ocultar a baixa do ágio gerado artificialmente, uma vez que não houve registro integral das receitas de remuneração e a baixa do ágio foi realizada diretamente numa conta patrimonial, sem registro em conta de resultado (despesa de ágio). Ela não informou, nas Demonstrações de Resultado das DIPJ relativas aos anos-calendário de 2006 a 2010, os valores realmente deduzidos a esse título.

436. Os seguintes elementos denunciam que a operação efetivamente realizada foi de integralização de capital na Maracá e na Serra da Borda:

a) Declarações dos representantes das empresas de que o ágio foi pago em função do risco da operação, sem obrigatoriedade de retorno para a debenturista e que a extinção das obrigações da emissora, de acordo com a escritura, se daria com o pagamento do valor de face; em outras palavras, dos US\$245.000.000,00 investidos na Maracá e na Serra da Borda, em função do ágio criado artificialmente, de pronto, US\$220.500.000,00 90% do empréstimo Yamana/PTAPAR não tinham obrigação de retorno para a PTAPAR;

b) Item do estudo da Dikaio que mostrou que o ágio não seria devolvido;

c) Nos estudos da Price e da Dikaio, todo o investimento em debêntures foi referenciado em ações, porque a Yamana, de fato, buscou adequar a remuneração das debêntures ao montante dos dividendos fixados para distribuição aos acionistas;

d) Os mútuos por meio dos quais a Yamana destinou recursos de US\$ 245.000.000,00 à PTAPAR, sem fixação de quaisquer penalidades à mutuária no caso do não pagamento, foram celebrados com o estabelecimento de cláusula permitindo prorrogações do vencimento da dívida, pelo prazo total de 18 anos, equivalente ao prazo de vida útil da Minas Chapada, e superior ao prazo de vida útil das Minas São Francisco e São Vicente, o que denota o caráter definitivo do ingresso dos recursos, ou seja, sem obrigatoriedade de efetivo retorno à Yamana;

e) Em diversos relatórios anuais divulgados no mercado canadense, a Yamana, categoricamente, afirmou que a dívida (mútuos) poderia nunca ser amortizada, ou seja, informou que os recursos ingressaram sem obrigação efetiva de retorno;

f) Em 2010, em razão das novas normas em vigor no Brasil sobre subcapitalização, dos US\$245.000.000,00 repassados à PTAPAR, US\$116.249.599,92 foram convertidos em integralização de capital por meio da Minera, e essa integralização só não foi feita diretamente pela Yamana por questões burocráticas;

g) A própria natureza das debêntures participativas mostra que se trata de investimento de capital ao ser definido que 100% da

remuneração seria em função do lucro (90% dos lucros), ou seja, a remuneração está associada ao risco da atividade produtiva da Serra da Borda, da mesma forma que as ações representativas do capital de uma companhia;

h) As alterações de percentual de remuneração das debêntures emitidas pela Maracá foram adotadas para fazer frente às necessidades financeiras do Grupo Yamana e para atender a política de dividendos desse grupo, que “prevê um rendimento de dividendo que está em conformidade com o rendimento das taxas de dividendos de empresas semelhantes, e será revisada periodicamente e avaliada em relação ao crescimento do fluxo de caixa operacional da Yamana”.

437. Em suma, a forma concebida de anulação de lucro da Serra da Borda, mediante a distribuição de dividendos (isentos) como se despesas de participação de debenturistas fossem, transferindo assim rendimentos tributáveis para a PTAPAR, onde supostamente seriam tributados, e a criação de despesas nesta sociedade (amortização do ágio ou prêmio e a dedução de “juros” sobre empréstimos remetidos a esse título para a Yamana) de forma a reduzir a sua tributação, demonstra de forma cabal a falsidade da operação. O real motivo daqueles acionistas, na execução da operação, foi o de promover a evasão de tributos (a par de aportar capital nas empresas operacionais), e não o de manter controle acionário em uma eventual alienação das debêntures, ou de se beneficiar de outras vantagens alegadas durante a fiscalização.

438. Assim sendo, as despesas de participação de debêntures são indedutíveis, eis que, para efeito tributário, a operação de emissão daqueles títulos não produz efeitos e os valores entregues à Yamana, via empresa veículo (PTAPAR), têm natureza de dividendos.

439. Em virtude de todo o exposto, esta fiscalização está constituindo os créditos tributários de IRPJ e de CSLL referentes aos anos-calendário de 2006 e 2007, mediante a glosa de participações de debêntures das duas primeiras séries da operação (período fiscalizado). Com a glosa dessas participações, na Serra da Borda, os atos praticados pelo Grupo Yamana, por meio da empresa veículo (PTAPAR), nos anos-calendário de 2007 a 2010, relacionados à operação de debêntures em questão, deixam de produzir os efeitos tributários pretendidos no sentido de redução da carga tributária.”

Por fim, o auditor fiscal ressaltou que, após o início da fiscalização, a ora Recorrente e a PTAPAR praticaram diversos atos com o intuito de legitimar sua operação de debêntures.

Para confirmar essa afirmação, o auditor fiscal ressaltou os seguintes aspectos no Relatório Fiscal:

“(…) 441. Em 2010, a PTAPAR adquiriu debêntures de uma nova emissão da Serra da Borda. Desta feita, porém, a operação

de debêntures foi realizada nos padrões normais de mercado, isto é, sem ágio e remuneração com base em juros fixos (Termo de Declarações PTAPAR – 26/04/2011 – pergunta 27, fls. 3181/3220, e Escritura Particular da 2a. Emissão Privada de Debêntures arquivada na Junta Comercial do Estado do Mato Grosso, fls. 6957/6975).

442. Em momento posterior, diante da dificuldade de esclarecer as dezenas de inconsistências demonstradas por esta fiscalização, a Serra da Borda e a PTAPAR passaram a apresentar argumentos e justificativas que alterariam a natureza da operação realizada.

443. Nesse sentido, e como visto no tópico “Da negação da existência do ágio”, a PTAPAR, que vinha se reportando a esta fiscalização sobre a questão do ágio elevado, após mais de um ano e meio de fiscalização na Maracá, para análise de operações nos mesmos moldes da realizada na Serra da Borda, e mais seis meses de fiscalização na própria Serra da Borda e na PTAPAR, passou a negar a existência desse ágio e criou uma nova tese para explicar a operação com debêntures. Passou a dizer que as “operações com debêntures se aproximam a “empréstimos onerosos” e que o “montante total entregue pelo debenturista nele incluído o principal e o prêmio de subscrição, corresponde ao valor emprestado que lhe deve ser restituído”.

444. Como se percebe, as empresas, ao serem fiscalizadas e ao terem suas teses questionadas pela equipe da Receita Federal do Brasil, praticaram as ações acima na tentativa de legitimar sua operação de debêntures e de dar a aparência de que elas estariam vivenciando os seus efeitos. E, diante da dificuldade de esclarecer as inconsistências e contradições demonstradas por essa equipe, passaram, ao final, a apresentar justificativas que, na verdade, desnaturam a própria operação realizada.”

Asseveraram, por fim, as autoridades fiscais que a utilização de simulação justifica a aplicação de multa qualificada de 150%, nos termos do art. 44, inciso I e § 1º, da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/07.

Ademais, afirmaram os agentes fiscais que os aludidos fatos também tipificam a prática de sonegação fiscal, fraude e conluio, pois subsumem-se ao disposto, respectivamente, nos artigos 71, inciso I, 72 e 73, todos da Lei n.º 4.502/64.

II. DA IMPUGNAÇÃO

A ora Recorrente apresentou Impugnação por meio da qual alega, em síntese, que as autoridades fiscais:

(1) tiraram conclusões pessoais sobre os fatos e informes recebidos, a fim de se permitirem concluir ter havido falsidade e dolo específico;

(2) fizeram interpretações errôneas sobre os fatos e informes recebidos, inclusive sob o ponto de vista estritamente jurídico;

(3) misturaram a situação da Recorrente com ocorrências relativas à obrigações tributárias da debenturista (PTAPAR), inclusive questionando o critério contábil que esta utilizou para deduzir a amortização do prêmio de subscrição, e afirmando que foi adotado para esconder a dedução da amortização do ágio, que seria indevida;

(4) deixaram de aplicar corretamente a lei, pois o que ocorreu na debenturista (PTAPAR), caso errado, deveria motivar autos de infração contra ela, não contra a emitente das debêntures (Recorrente);

(5) ignoraram os Pareceres Normativos CST n. 347/70, 23/77 e 4/81, no sentido de que a forma de contabilizar é de livre escolha do contribuinte, desde que não altere o lucro real, que é o que se deu na PTAPAR;

(6) chegaram a suposições falsas, mediante sucessivas solicitações de esclarecimentos, sobre fatos já esclarecidos em documentos ou anteriores depoimentos de representantes da Recorrente, mas que voltaram a ser objeto de novas inquirições e de cruzamento com inquirições a representantes da debenturista; a despeito da coerência entre a contabilidade e os documentos e as declarações prestadas em mais de uma vez e por mais de uma pessoa, os auditores fiscais, num procedimento mais afeito aos inquéritos policiais.

1. Da Preliminar de decadência

Suscita a contribuinte a preliminar de decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário em relação ao ano-calendário de 2006.

Segundo a Recorrente, seria inaplicável ao presente caso a regra insculpida no art. 173, I, do CTN, sob o fundamento de que teria havido simulação, pois a emissão de debêntures realizada pela empresa ora autuada teria se dado em total consonância com a real vontade das partes que não pretendiam aumentar o capital da ora Recorrente.

Assevera que se reporta aos itens específicos de sua impugnação, nos quais demonstraria a inexistência de simulação e dolo no presente caso.

Consequentemente, conclui que, superada a questão da simulação, a regra aplicável ao caso seria a prevista no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que teria havido pagamento antecipado (a contribuinte apurou e recolheu estimativas de IRPJ e CSLL nos meses de outubro e novembro de 2006).

2. Do Mérito

Prossegue a Recorrente, agora para rebater, um a um, os argumentos da autuação, ressaltando que se limitaria a contestar o que seria o essencial para demonstrar a improcedência do feito fiscal.

Em síntese, apresenta a Recorrente as seguintes considerações.

2.1 Do argumento fiscal de que a emissão de debêntures pela Recorrente representaria simulação, eis que encobriria real aumento de capital, sustenta a contribuinte que não há como se confundir um ato jurídico com outro, uma vez que ambos têm disciplinas legais distintas e produzem efeitos jurídicos diferentes.

Afirma que não altera esta distinção essencial o fato de que parte do valor captado na emissão de debêntures não seja restituível, uma vez que:

(1) a própria lei prevê a possibilidade da cobrança de prêmio de subscrição; e

(2) seu valor, segundo a mesma lei, não é creditado à conta de capital em proveito de quem o aporta, pois fica em uma reserva de capital para, caso capitalizada, ser distribuída proporcionalmente a todos os acionistas, sejam eles quem forem no momento da capitalização, o que pode inclusive não acontecer se a reserva for absorvida por prejuízos.

Reportando à jurisprudência do antigo 1º Conselho de Contribuintes e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) aponta acórdãos que (1) consideraram indedutíveis apenas as parcelas de participação nos lucros atribuídas à debêntures nos casos em que não tenha havido efetiva captação de recursos novos; (2) reconheceram a dedutibilidade da amortização dos prêmios de emissão (ou ágios), mesmo nos casos de debêntures emitidas para subscrição dentro do grupo e com tais características; (3) mantiveram a glosa das participações atribuídas às debêntures, mas consideraram aplicável a multa de 75%, por entenderem que esta aplicável quando se trate de qualificação jurídica do ato de emissão de debêntures, passível de discussões e opiniões distintas, acarretando inclusive a necessária aplicação do art. 112 do CTN, não sendo, portanto, hipótese de dolo intencional, que requer conhecimento inequívoco da ilegalidade e premeditada intenção de praticá-la.

Entende que a fiscalização não pode pretender deixar de aplicar a norma prevista no art. 462, I, do RIR/99, sob a alegação de que as despesas foram inexistentes, quando houve o efetivo ingresso dos recursos financeiros pelos quais as debêntures foram subscritas, além de que eles foram aplicados nas atividades da Recorrente, as quais geraram seus lucros tributáveis e asseguraram o direito de participação da debenturista.

Sustenta que o art. 299 do RIR/99 somente poderia ser invocado em detrimento da norma especial se os valores ingressados no patrimônio da Recorrente, por meio das debêntures, não tivessem sido aplicados nas suas atividades.

Assevera, por outro lado, que a acusação de simulação colide com o próprio conceito de simulação, em suas duas vertentes pelas quais esse vício jurídico vem sendo abordado pela doutrina desde o Código Civil de 1916, a saber:

(1) a subjetiva, que identifica a simulação pela desconformidade entre a vontade interna das partes e a vontade manifestada no ato ou negócio jurídico (a Recorrente fez exatamente o que queria fazer, isto é, captar dinheiro para suas atividades por meio de debêntures, e não por meio de aumento de capital, ou de mútuo); e

(2) a objetiva, que identifica a simulação pela causa jurídica do ato ou negócio jurídico, ou seja, por sua função econômica ou social, ou função de atribuição patrimonial que a lei lhe atribui, e pela desconformidade entre o comportamento das partes e essa causa (a Recorrente agiu em perfeita consonância com a causa das debêntures, ou seja, com a sua função de instrumento regulado por lei para captação de recursos à margem do

capital social da companhia, pois recebeu dinheiro em pagamento dos títulos e efetuou as devoluções que lhe eram próprias).

Alega que, sobre a ótica da intenção da Recorrente, o próprio Relatório Fiscal a atesta quando diz que a Recorrente quis emitir debêntures porque estas lhe propiciariam a dedução das participações da debenturista nos lucros. Ou seja, ela queria mesmo emitir debêntures, e o fez de acordo com a sua intenção (que, segundo a fiscalização, seria a de obter economia fiscal, a qual, contudo, dependia de haver despesa decorrente da captação de recursos).

Portanto, o fez sem simulação, não importando se queria economia fiscal ao lado de outros motivos, porque o motivo não se confunde com a causa jurídica do ato.

Ressalta que a doutrina e a jurisprudência reconhecem com correção que o motivo e a causa são coisas distintas. Embora o motivo acarrete a intenção de praticar determinado ato, ele não se confunde com a causa jurídica do ato praticado.

Também é pacífico em doutrina e jurisprudência que subsiste sempre a liberdade de organização e reorganização das atividades empresariais, a qual se constitui em direito constitucional, assim como é direito constitucional a liberdade de escolha do caminho ou estruturação negocial que se apresentar o menos oneroso perante a tributação. Cita precedentes do antigo 1º Conselho de Contribuintes.

Afirma que a decisão de emissão de debêntures, e não de aumento de capital ou mesmo mútuo, levou em conta, pelo lado da Recorrente (que é o relevante neste processo), além de relevantes motivos econômicos, a dedutibilidade da despesa gerada pelas debêntures (qualquer que fosse a espécie de remuneração) e também as despesas que poderiam ser geradas com o ingresso dos recursos como aumento de capital (JCP) ou como mútuo (juros).

Já pelo lado da debenturista, as considerações importantes devem ser a dedução da amortização do prêmio de emissão, em contrapartida à tributação (inclusive na fonte) das participações, ambos os efeitos inexistentes em dividendos, ou a tributação de juros ou outras formas de remuneração do seu capital. Mas isto é matéria atinente à PTAPAR, a qual, se tivesse cometido qualquer ilegalidade, deveria ter sido autuada, não a Recorrente.

Ressalta o subscritor da peça de impugnação que a Fiscalização, para subsidiar suas conclusões, transcreveu trechos de uma das obras doutrinárias do Professor Ricardo Mariz de Oliveira, advogado constituído nos presentes autos, que, no entanto, não lhes dão respaldo.

A Recorrente, após ressaltar que indícios não são provas definitivas, e afirmar que aqueles que servem para determinadas situações podem não se ajustar a outras, passa a examinar, um a um os aludidos indícios apontados pelas autoridades fiscais, a saber:

(a) proximidade temporal de atos e disparidade infundada de valores entre eles: estes dois indícios são empregados geralmente em conjunto, como, por exemplo, numa transferência de propriedade por pessoa jurídica a sócio seu, a valor de livro, seguida, em curto tempo, de uma venda pelo sócio a terceiro por valor de mercado (no presente caso, não ocorreu qualquer coisa semelhante, pois há um único ato emissão de debêntures segundo valor e condições pactuadas nos documentos da respectiva contratação, não havendo outro ato anterior

ou posterior, com valor diferente, que pudesse induzir à crença de simulação na emissão dos títulos e nos valores envolvidos na operação;

(b) desfazimento dos efeitos do ato simulado: não houve desfazimento nem da emissão das debêntures, nem dos efeitos jurídicos e econômicos por elas gerados; este indício corresponde, na teoria objetiva ou causalista da simulação, ao comportamento das partes quando inadequado à causa do ato simulado, o que se explica porque o ato simulado não é o desejado, mas gera efeitos que precisam ser desfeitos ("in casu", todos os efeitos das debêntures foram mantidos porque desejados, como declarou o próprio Relatório Fiscal);

(c) prática de certos atos entre partes ligadas: o emprego deste indício requer cautela e atenção, porque a maior parte dos atos ou negócios jurídicos praticados entre partes ligadas é real e válida, servindo a ligação entre elas apenas como um alerta que, em si e isoladamente, é inconclusivo;

(d) existência ou inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal: a Recorrente tinha um propósito negocial para emitir as debêntures a captação de dinheiro e o atingiu efetivamente, tendo podido arcar com seus gastos empresariais através dos recursos recebidos por meio delas;

(e) exagerada arrumação dos fatos: aqui também não houve qualquer arrumação, muito menos arrumação exagerada, dado que se tratou de ato isolado, consistente na emissão de debêntures para imediata subscrição por uma única debenturista: se os agentes fiscais pretenderam vincular este indício aos fatos anteriores ao fato que é objeto da glosa neste processo, isto é, à origem do dinheiro, fizeram vinculação indevida, pois a origem do dinheiro é fato adstrito à área de atuação da debenturista.

Em seguida, a Recorrente comenta algumas conclusões das autoridades fiscais constantes do Relatório Fiscal, asseverando que, embora reais os fatos, as referidas conclusões não se sustentam, notadamente a de simulação.

Reafirma que houve aporte de recursos financeiros na autuada, o que já é suficiente para justificar as despesas nascidas em decorrência do aporte, ao contrário de tantos outros casos em que debêntures foram utilizadas em procedimentos considerados abusivos porque violavam a principal função econômica e jurídica das debêntures, que justamente é a captação de dinheiro para as atividades empresariais da sua emitente.

Assevera que a conclusão fiscal revela o inconformismo dos agentes do Fisco quanto à possibilidade válida de qualquer pessoa estruturar e reestruturar suas atividades por qualquer modo previsto no ordenamento jurídico, e que o meio escolhido possa ser algum menos oneroso do que outros perante as regras tributárias, que são distintas para uns e para outros.

Sobre a invocação da Amulet pela fiscalização, alega a Recorrente que não pode provar, nem precisa provar, a origem do dinheiro que a Amulet empregou no seu negócio com a Yamana, mesmo perante as alegações fiscais de que por paraíso fiscal passam dinheiro de atos ilícitos, tais como de lavagem, de tráfico, de sonegação, etc.

Assevera que não há que se negar que paraísos fiscais são utilizados por traficantes e criminosos, mas também não se pode negar que para eles também são destinados recursos legítimos que buscam apenas as vantagens que suas leis oferecem.

Sustenta que o que é realmente importante para esta lide é que (1) a Yamana enviou dinheiro por vias oficiais para a PTAPAR, do qual menos da metade tinha algum vínculo com seu negócio anterior com a Amulet; e (2) o dinheiro veio a título de mútuo para a PTAPAR, e assim foi registrado perante o Banco Central, cujo registro é a prova legal da operação para todos os efeitos de direito.

Conclui, então, que restou demonstrado que a debenturista (PTAPAR) realmente tinha recursos para pagar as debêntures, obtidos por mútuos internacionais, embora se trate de prova subsidiária não necessária, porque a Recorrente não pode ser envolvida na origem dos recursos pelos quais as suas debêntures foram pagas.

2.2 Do argumento fiscal de que a remuneração de debêntures não pode ser exclusivamente por participação nos lucros, devendo haver juros

Sustenta a Recorrente que ante os termos do art. 56 da Lei n. 6.404/76, nada justifica a inferência de que juros representam forma obrigatória de remuneração, seja isolada, seja em conjunto com as outras duas.

A invocação de Modesto Carvalhos, feita pela Fiscalização, é descabida como verdade inconteste, uma vez que a afirmação nela contida foi contrariada por inúmeros outros autores de igual porte.

Reporta-se à obra de Nelson Eizirik (Lei das S/A Comentada, Ed. Quartier Latin, 2011), na qual o autor pontifica que "(...) Os rendimentos que a companhia pode atribuir às debêntures de sua emissão juros, participação no lucro e prêmio de reembolso são facultativos; não são, portanto, cumulativos ou obrigatórios. Poderão ser atribuídas às debêntures todas as vantagens previstas neste artigo ou apenas uma delas (...)".

Ressalta que mesmo Modesto Carvalhosa, em edição mais recente do que a utilizada pela fiscalização, manifesta o entendimento de que é possível haver debênture sem juros.

Realmente, embora louvando-se na lei de recuperação judicial, mas estendendo-se além dela, em seus "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas" (edição de 2009), ele diz que a substituição de juros por participação "se justifica apenas em situações drásticas, na quais há, por um lado, a impossibilidade do pagamento dos juros na datas pactuadas, e, por outro, a perspectiva de que a emissora poderá gerar lucros suficientes para remunerar os debenturistas".

Conclui a Recorrente que no caso dos autos, havia uma situação similar à referida por Carvalhosa, dado que não lhe era possível, na sua fase pré-operacional ou inicial de operações, assumir o compromisso de pagar juros certos e em datas fixas, mas tinha uma perspectiva de gerar lucros com os quais poderia remunerar a debenturista, e ainda emparelharia as despesas com as receitas geradoras dos lucros, o que é medida salutar na administração.

2.3. Do argumento fiscal de que o prêmio na subscrição das debêntures, no valor de 90% do montante dos respectivos valores de lançamento, ou 900% do valor

de face dos títulos, foi "elevadíssimo" e "pernicioso aos interesses da PTAPAR", e que, por isto, foi "ágio artificial elevado", ou "ágio fictício".

Alega a Recorrente que nem a Lei nº 6.404/76 nem a lei fiscal (Decreto-lei nº 1.598/77) estabelecem limites máximos, seja para a participação nos lucros, seja para o prêmio de emissão.

Ressalta que, em virtude da norma contida no art. 47 da Lei n. 4506 e repetida no art. 299 do RIR/99, o conceito de despesa dedutível é qualitativo, isto é, prende-se à natureza da despesa, no sentido de que, se a despesa, por sua natureza (não por seu valor), for inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou surgir em virtude da simples existência da empresa e do papel social que ela desempenha, será necessária e dedutível.

Reporta-se a precedentes do antigo 1º Conselho de Contribuintes para destacar que deve-se levar em consideração cada caso específico, porque não há parâmetro definido acerca do percentual aceitável para efeito de dedutibilidade.

Assevera que o prêmio é a parte do preço da aquisição da debênture que não retorna para o debenturista, pois consta da lei como devendo ser creditada à reserva de capital para futura capitalização ou absorção por prejuízos. Conclui que quanto maior for o prêmio, maior será a vantagem da companhia emissora das debêntures, ou seja, sob a perspectiva da tomadora dos recursos financeiros, ela somente tem a ganhar com o prêmio elevado.

Reitera que o prêmio de emissão não integra o valor a ser restituído ao debenturista, representando, portanto, um valor imediatamente integrado ao patrimônio líquido da emitente dos títulos (daí o crédito à reserva de capital).

Este fato acarreta impacto imediato nas condições de emissão e subscrição das debêntures, diretamente vinculado ao montante do prêmio de emissão ou dos juros, no sentido de que, quanto maior o prêmio (portanto, maior a vantagem da emitente das debêntures) maior deve ser a remuneração do debenturista (para compensar sua perda).

Isto é assim porque o debenturista receberá a restituição de menor parcela do valor investido nas debêntures, mas, em contrapartida, terá direito a juros e/ou participação em montante mais elevado.

Aduz que é bem provável que o pensamento da fiscalização tenha sido no sentido de que o prêmio poderia ter sido menor e também menor a porcentagem de participação nos lucros, com o que a Recorrente não teria tido exclusão tão grande do seu lucro tributável e a debenturista teria tido menor amortização do prêmio.

Porém, se estas tivessem sido as condições da emissão e subscrição, certamente outras seriam as formas de remuneração, para se chegar a um mínimo razoável.

Quer dizer, se houvesse menor participação nos lucros, certamente haveria juros conjuntamente com a participação, ou, se não houvesse qualquer participação, certamente os juros seriam ainda maiores. Ou então, em qualquer dos casos, também poderia haver, conjunta ou isoladamente, prêmio de reembolso.

2.4. Do argumento fiscal de que debêntures são títulos para captação de recursos públicos, perante um grupo de debenturistas, e não para emissão privada subscrita por uma única pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo empresarial da emitente

Assevera que os art. 38 e 58 do Decreto-lei nº 1.598/77 não contêm, em seus antecedentes hipotéticos, a distinção entre debêntures subscritas privada ou publicamente, assim como não distinguem as debêntures por seus tipos de remuneração, ou pelo montante desta, ou por qualquer outra circunstância.

Por sua vez, a Lei nº 6.404/76 admite que debêntures sejam emitidas para subscrição pública ou privada, com a mesma liberdade que outorga para a adoção deste ou daquele tipo de remuneração, além de outras características e condições dos títulos.

2.5. Do argumento fiscal de que as debêntures foram emitidas para atender à política de dividendos da controladora do grupo empresarial, sediada no Canadá, a qual tomou recursos financeiros no mercado internacional, parte junto à empresa sediada em paraíso fiscal, e os mutuou à debenturista, sua controlada indireta, para que esta pudesse pagar o preço das debêntures

Reitera a Recorrente que o importante é que houve captação comprovada de recursos financeiros através de debêntures, que tais recursos foram utilizados na consecução dos objetivos empresariais da Recorrente, e que geraram uma espécie de despesa que é dedutível por ter sido necessária à captação de dinheiro, na correta consecução da função das debêntures (art. 462, inciso I), e também necessária na perspectiva do art. 299 do RIR/99.

2.6. Do argumento fiscal de que a debenturista era empresa de papel, por não ter empregados nem sede, tendo sido utilizada como mera empresa-veículo para o dinheiro chegar à emitente das debêntures

Assevera a Recorrente que a PTAPAR é pessoa jurídica registrada na Junta Comercial e inscrita no CNPJ (onde figura como regular), que entrega DIPJs e outras declarações fiscais, que contrata terceiros, que recebe dinheiro do exterior, que faz aplicações de dinheiro, que recolhe impostos e contribuições e os declara em sua declarações fiscais, que tem operações financeiros internacionais admitidas a registro no Banco Central do Brasil, mediante os quais adquire direitos de repatriamento de principal e de remessas de rendimentos.

Ressalta que a jurisprudência do CARF, farta em questões relacionadas a ágios e suas transferências, tem admitido que nem toda pessoa jurídica, interposta no caminho de alguma estruturação ou reestruturação societária, pode ser taxada de empresa-veículo ilegalmente utilizada.

Sustenta que as empresas-veículo têm vida efêmera, sendo extintas logo após cumprirem o papel para o qual foram criadas, e que no caso dos autos, a empresa dada como veículo não se prestou a qualquer desses papéis para permitir a dedução de despesas da Recorrente, inclusive porque continua existindo e operando, e não foi criada para realizar uma única operação.

Destaca que o um dos componentes da simulação é a existência de um motivo para simular e que, no caso da Recorrente, ela não precisava simular a recepção de dinheiro da PTAPAR por via de debêntures, eis que poderia obtê-lo diretamente com a entidade que financiou a aquisição das debêntures pela PTAPAR, ou seja, a Recorrente não precisava de uma empresa-veículo para emitir as debêntures e captar o dinheiro necessário para seus negócios.

2.7. Do argumento fiscal de que o principal e os encargos das debêntures não foram pagos nos respectivos vencimentos, como previsto na escritura

Afirma a contribuinte que, no caso dos autos, os pagamentos em atraso se deveram à dificuldades de caixa, inclusive havendo que se considerar a empresa (e todo o seu grupo no Brasil) em fase inicial de operações, com novas necessidades de recursos.

Ressalta, contudo, que a dedutibilidade de qualquer despesa não depende do seu pagamento, salvo quando expressamente na lei haja a colocação do pagamento como condição para a redução do lucro tributável.

Assevera que houve mora na devolução do principal e no pagamento das participações, cujo fato, ao ocorrer, foi procedido como deveria tê-lo sido, ou seja, como devolução do valor de face de debêntures e como pagamento de participações de debêntures nos lucros (não de dividendos, inclusive com retenção de 15% na fonte, que teria sido descabida se tratasse de pagamento de dividendos).

2.8. Do argumento fiscal de que a porcentagem original de 95% de participação nos lucros da Mineração Maracá foi reduzida por alterações da escritura, para 65% e 75%, o que contrariaria a natureza jurídica do título

Assevera a Recorrente que é pessoa jurídica distinta da Mineração Maracá, havendo, apenas, controle indireto comum, e que as questões afetas às debêntures emitidas por outra empresa são irrelevantes para a solução do presente caso.

Afirma que, ainda que a emissão de debêntures pela Maracá tivesse alguma interferência no caso sob exame, e mesmo que tal emissão tivesse sido ilegalmente articulada para sonegar tributos, não poderia ser usada como fato probatório neste processo, pois são duas situações totalmente diversas.

Por outro lado, alega a Recorrente que não há base legal para pretender a desclassificação da emissão de debêntures pela Mineração Maracá em virtude de alteração no percentual de participação a elas atribuído, nem para as críticas feitas pelos fiscais às informações que receberam em depoimentos de representantes da Recorrente a este respeito.

Afirma que, na verdade, no caso da Mineração Maracá, houve redução acordada dos 95% iniciais, antes mesmo de que houvesse alguma distribuição de 95% de

lucros para a debenturista, e isto não é vedado pela lei e também poderia ter acontecido após a ocorrência de uma ou mais distribuições de participações naquele patamar.

2.9. Da acusação fiscal de despesa inexistente, apesar de a autuação estar fundamentada (a) no art. 299 do RIR/99, (b) além do art. 149, inciso VII, do CTN (casos de comprovação de simulação)

(a) Art. 299 do RIR/99

Reitera a Recorrente que a situação fática dos autos está sujeita ao art. 462, inciso I, do RIR/99, o qual, ao permitir a exclusão das participações atribuídas à debêntures, para determinação do lucro real, traz implicitamente o reconhecimento de que os respectivos encargos contribuem para a formação do lucro e à manutenção da fonte produtora, uma vez que as debêntures carregaram recursos para serem empregados nessas finalidades e requerem remuneração dos respectivos debenturistas

Assevera que a norma refletida no inciso I do art. 462 prescinde do art. 299, base da autuação, sobrepondo-se a este, e que, mesmo que não houvesse a norma do art. 462, as despesas com debêntures seriam dedutíveis pela regra geral de dedutibilidade das despesas financeiras, contida no art. 17 do Decreto-lei nº 1.598/77 (refletido no inciso I do art. 374 do RIR/99).

Aduz que o inciso I do art. 374, tal como o art. 17, inclusive reconhece como despesa financeira dedutível o deságio na colocação de debêntures, o que significa que, se a Recorrente quisesse criar uma despesa fictícia, também poderia ter lançado mão desta outra alternativa, pois poderia tê-las lançado com deságio, ao invés de ágio, além de que também poderia pagar juros, e assim também teria despesas dedutíveis.

Sustenta que, mesmo tendo a fiscalização adotado fundamentação inadequada, porque aplicou o art. 299, as despesas incorridas pela Recorrente são dedutíveis, também segundo os preceitos desta norma geral, pois a norma especial do art. 462, assim como a do art. 374, justificam-se dentro da sistemática de determinação do lucro tributável por tratarem de gastos relacionados e inerentes à empresa, que são os atributos das despesas necessárias às quais se aplica o art. 299 por não serem objeto de qualquer norma especial.

Cita precedentes do antigo 1º Conselho de Contribuintes que examinaram o conceito de despesas necessárias.

Contesta o trabalho fiscal que comparou as debêntures emitidas pela Recorrente com outras lançadas no mercado, para dizer que, neste, a maioria foi remunerada com juros, contrariamente às debêntures deste processo, pois as condições de lançamentos e as condições das emitentes eram totalmente distintas do que se passava com a Recorrente.

No caso presente, a necessidade decorre de vários fatores, tais como: (1) havendo falta de capital necessário à empresa, é normal e usual que esta busque os recursos financeiros de que necessita, sob pena de não evoluir ou sequer subsistir; (2) na busca de recursos, é possível que eles sejam captados mediante aumento de capital, mútuos, debêntures

ou outras formas de operações financeiras, sendo normal e usual a adoção de qualquer delas, sem que qualquer uma possa ser considerada exclusiva, ou a "mais normal" ou "mais exclusiva"; (3) ao adotar uma destas formas de captação de dinheiro, as respectivas características e condições serão necessariamente diferentes das que seriam existentes nas outras formas, e mesmo diferentes das que existam em outros negócios, entre partes diversas, que adotem a mesma forma; estas distinções são normais e usuais, pois decorrem de variações inerentes às atividades da economia privada e aos fatores individuais que ingerem decisivamente para o fechamento de cada negócio.

(b) Art. 149, inciso VII, do CTN

No que se refere ao inciso VII do art. 149 do CTN, dado como fundamento da autuação, a Recorrente reitera que agiu dentro da lei, nada escondendo do fisco e de ninguém, inclusive da fiscalização desde o momento em que ela se iniciou, lembrando-se que é da essência da simulação esconder o ato desejado e exhibir o indesejado, que precisa ser desfeito.

Assevera que, no presente caso, mesmo que a intenção e a realidade fossem de aumento de capital, este não estaria encoberto, porque transpareceria do conjunto de fatos documentados e contabilizados, através dos quais os fiscais entenderam haver aumento de capital: quer dizer, nem este estaria escondido, mas à vista.

Lembra que o art. 149, inciso VII, do CTN requer, para que seja aplicado, que "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação".

Sustenta que em nenhum momento os agentes fiscais provaram a existência do requisito inerente ao dolo, ou seja, a exata noção da ilegalidade dos atos a serem praticados, e a deliberada prática dos mesmos com a sapiência da ilegalidade.

Aduz que não há a menor condição para a invocação do art. 149, inciso VII, do CTN, pois, ao invés de provas de dolo, fraude ou simulação, há controvérsia jurídica que se mantém até hoje, pois a Recorrente, mesmo após a cuidadosa leitura do longo Relatório Fiscal, está convicta de que emitiu debêntures e o fez com guarda das disposições legais que lhes são pertinentes.

Cita precedentes do antigo 1º Conselho de Contribuintes e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que afastaram a qualificação da multa de ofício quando ausente a prova do dolo, bem assim quando tudo é feito às claras pelo contribuinte e disponibilizado à Fiscalização.

2.10. Da qualificação da multa sob a alegação de dolo por parte da Recorrente e das demais empresas do grupo a que esta pertence, com base no art. 44 da Lei n. 9.430/96, em combinação com os art. 71 a 73 da Lei n. 4.502/64

Assevera a Recorrente que esse item é uma continuação do item anterior, em que o mesmo aspecto foi abordado perante o disposto no art. 149, inciso VII, do CTN, mormente em face da falta da prova cabal do dolo, da fraude e da simulação.

Partindo de uma interpretação histórica da norma da qualificação da multa de ofício e da leitura criteriosa dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64 e do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conclui a Recorrente que o intuito doloso é pré-requisito inafastável para a aplicação da multa majorada.

Sustenta que o dolo não se presume, devendo ser cabalmente provado, o que não permite supor a sua existência tão somente em virtude da ocorrência de falha que tenha acarretado falta de pagamento de tributo, inclusive quando, como no presente caso, qualquer eventual infração dependa de julgamento final após amplo debate de teses jurídicas que estão se apresentando nos autos, ou, se preferir, quando o fisco divirja da qualificação jurídica dos atos praticados pelo contribuinte.

Alega que o conceito de erro de proibição, existente no direito penal quanto à própria punibilidade do ato criminoso, é perfeitamente aplicável no direito tributário quanto à graduação da penalidade.

Ressalta que o erro de proibição existe quando o autor do ilícito supõe estar agindo dentro da lei, e que há diversos precedentes na jurisprudência do antigo 1º Conselho de Contribuintes e do atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que afastaram a qualificação da multa pela razoabilidade do desconhecimento da ilicitude do ato praticado.

Conclui a Recorrente que a multa qualificada pressupõe inequívoca ciência da ilicitude pelo agente da mesma, e intuito de fraudar a lei através de ato que sabe ser ilícito, o que estaria muito distante das situações em que haja mero erro de conduta por erro de direito, isto é, na qualificação jurídica do ato, ou em que a infração derive de outras falhas não cercadas de dolo.

Cita precedente do Supremo Tribunal Federal (Habeas corpus 725848RS, 2ª Turma, em 17/10/1995) que afastou a existência de crime tributário em caso no qual um contribuinte creditou erroneamente determinada parcela de ICMS, adotando o seguinte entendimento:

“A fraude pressupõe a vontade livre e consciente. Longe fica de configurá-la, tal como tipificada no inciso II do art. 1º da Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990, o lançamento de crédito, considerada a diferença das alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem. Descabe confundir interpretação errônea de normas tributárias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que sempre se presume o consentimento viciado e o objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito.”

Rechaça, no presente caso, a incidência do art. 71 da Lei nº 4.502/64, que implica em atos que ocultem do fisco a ocorrência do fato gerador, dado que aqui a própria conclusão da fiscalização decorre dos documentos de lançamento das debêntures.

Também protesta para que não se confunda o que foi feito com a descaracterização do fato gerador, segundo a definição de fraude do art. 72, pois fato gerador somente haveria se outra fosse a situação fática e jurídica.

Lembra, por fim, que em situações de dúvidas quanto a existir ou não infração, ou à qualificação jurídica dos fatos, não somente merecerem multa não qualificada,

nos estritos termos das Leis n. 9.430/96 e 4.502/64, mas também merecerem a proteção do art. 112 do CTN.

2.11. Quanto à dedução, do valor das exigências, de valores de IRPJ e CSL pagos pela debenturista

Alega a Recorrente, em síntese, que não existe norma legal que permita ao lançador ignorar a existência de uma pessoa jurídica regularmente constituída perante a Junta Comercial para, com base nessa desconsideração, tributar outra pessoa jurídica que com ela tenha transacionado, mas deduzir, dos tributos cobrados desta última, o montante dos tributos pagos pela outra.

2.12. Considerações finais da Recorrente quanto à acusação fiscal de despesas inexistentes de participação de debêntures

Nesse item reitera a Recorrente que teria razões extra-tributárias para emitir as debêntures, destacando, entre outros, que:

(1) a fonte de financiamento mais barata disponível no mercado financeiro seria o BNDES, mas este supriria no máximo 30% do custo dos investimentos;

(2) o financiamento cobrindo 100% de custos de desenvolvimento de jazidas teve que ser feito por fontes internas ao grupo da Recorrente;

(3) os títulos foram emitidos com alto valor de prêmio, o que garantiu à Recorrente a obrigação de restituição da menor parte do dinheiro recebido, além disso sem acréscimo de juros ou de variação cambial;

(4) a recepção do prêmio a crédito de reserva de capital melhorou a avaliação econômica da Recorrente, em comparação com a situação em que os mesmos recursos tivessem sido tomados como mútuo, os quais figurariam pelo total como obrigação a pagar no passivo;

(5) sendo em reais, as debêntures permitiram que a Recorrente não incorresse em riscos cambiais, que existiriam caso os recursos fossem por ela obtidos no exterior;

(6) devido ao prejuízo apurado pela atuada nos anos de 2008 e 2009, a emissão de debêntures mostrou-se vantajosa aos interesses da Recorrente, eis que essa se viu obrigada ao pagamento de juros sobre essas debêntures quando verificou prejuízo em suas atividades, evitando que os prejuízos apurados em tais anos fossem ainda maiores;

(7) 2007, 2008, 2009 e 2010 foram anos de grande turbulência no mercado financeiro mundial;

(8) não havia segurança de que os custos de captar recursos seriam compatíveis com o mercado da venda do metal.

2.13. Quanto ao comportamento da fiscalizada após o início dos trabalhos fiscais

Reportando ao item do Relatório Fiscal em que as autoridades fiscais identificam diversos atos que teriam sido praticados com o intuito de legitimar as operações com debêntures, a Recorrente demonstra a sua irresignação, ao afirmar que “não se cansou de atender a fiscalização, com atenção e veracidade, tendo dito tudo o que seria necessário para satisfazer os senhores fiscais, mas somente não poderia assegurar que o que dissesse os satisfaria”.

2.14. Quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício

Sustenta a Recorrente que a norma geral de incidência de juros e de sua taxa mensal de 1% somente se aplica no silêncio da lei, o que não ocorre atualmente, em virtude do conjunto normativo (arts. 3º e 161 do CTN, art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, entre outros), que prevê juros SELIC apenas sobre o valor dos tributos e contribuições, mas não sobre a multa proporcional ao valor deles.

Decisão da DRJ

Através de acórdão de 06/09/13, a 2. Turma da DRJ/BSB, decidiu julgar improcedente a Impugnação da ora Recorrente, conforme ementa a abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO OU CONFISSÃO DE DÉBITOS ESPONTÂNEA.

Tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não havendo pagamento ou confissão espontânea de débitos, conforme orientação do Parecer PGFN/CAT nº. 1.617, de 2008, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN.

No caso, mesmo que houvesse pagamento ou confissão espontânea de débitos, como o contribuinte adotou conduta dolosa que impediu a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, esse fato, por si só, desloca, para fins de definição do termo de início do prazo decadencial, a regra prevista para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação (art. 150, § 4º, do CTN) para a regra geral de decadência tributária (art. 173, I, do CTN).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

REMUNERAÇÃO DE DEBENTURISTA. SIMULAÇÃO.

Caracteriza negócio simulado a demonstração, por meio de robusto escopo probatório, de que a operação de emissão de debêntures, adquiridas unicamente por pessoa ligada à emitente, com remuneração exclusiva de 90% dos lucros, fora da finalidade societária que lhe é própria, qual seja, de captar recursos, pois estes já estavam captados no exterior por meio de emissões de ações da controladora e por empréstimo obtido com empresa sediada em paraíso fiscal (financiador oculto), serviu (1) como meio de integralização de capital; (2) como forma de devolver dividendos aos acionistas; e, principalmente, (3) como artifício para reduzir as bases de cálculo de IRPJ e CSLL, pela transferência dos lucros das empresas operacionais para empresa veículo, empresa em que se deu a anulação desses resultados com o prêmio (ágio) criado de forma artificial.

MULTA QUALIFICADA.

Presentes as condutas tipificadas na Lei nº 4.502, de 1964, cabível a qualificação da multa de ofício, com fulcro no art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430, de 1996.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2006, 2007

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

Do Recurso Voluntário

Contra esta decisão da DRJ/BSB, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, por meio do qual ratifica os argumentos e fundamentos apresentado por ocasião da Impugnação.

Contrarrazões ao Recurso Voluntário

A PGFN apresentou detalhadas contrarrazões ao Recurso Voluntário da contribuinte por meio do qual traz, em síntese, os seguintes argumentos:

1-) a emissão das debêntures pela fiscalizada faz parte de uma complexa estruturação baseada em diversos contratos e negócios (muitos deles celebrados no exterior) envolvendo, essencialmente, empresas de um mesmo grupo econômico.

2-) independentemente do negócio celebrado com a Amulet, a Yamana realizou, efetivamente, uma integralização de capital, de forma simulada, em suas empresas operacionais Maracá e Serra da Borda.

3-) o Grupo Yamana estruturou operações em sequência com o objetivo predeterminado de evitar o pagamento integral dos tributos devidos.

4-)foi utilizada uma empresa veículo, a PTAPAR (vide tópico Empresa veículo – PTAPAR), ou seja, uma empresa sem nenhum empreendimento que a justificasse, exceto o papel de servir de canal de passagem dos recursos provenientes do Canadá e das Ilhas Cayman.

5-) Em cada uma das operações (Maracá e Serra da Borda), criou-se um aquífero artificial elevado.

6-) As debêntures não foram oferecidas ao público, nem mesmo a terceiros, não relacionados, em uma emissão privada. Houve apenas uma única debenturista, a PTAPAR.

7-)Em suma, as condições de emissão das debêntures foram totalmente anômalas em comparação com o que o mercado realmente praticou e pratica até hoje.

8-) Com base nos cabais e robustos elementos probatórios colhidos durante a ação fiscal, concluiu a Fiscalização que o aporte de recursos na fiscalizada para o desenvolvimento de suas atividades de mineração trata-se, na sua essência, de integralização de capital travestido de operação de emissão de debêntures participativas, tendo como único objetivo a redução da carga tributária.

9-) A transação evidenciaria simulação de empréstimos entre coligadas e de emissão de debêntures (fatos simulados), com utilização de empresa sem qualquer empreendimento.

10-) Utilização de empresa veículo, pois o negócio efetivamente realizado teria sido o de subscrição e integralização de capital (negócio dissimulado).

11-) Não assiste razão à Recorrente em relação à alegada decadência dos lançamentos relacionados ao ano-calendário de 2006;

10-) A despesa não preenche os requisitos de dedutibilidade previstos no art. 99 do RIR;

11-)a integralização das debêntures efetivou-se com dinheiro proveniente do próprio grupo empresarial ao qual a emitente dos títulos fazia parte. Implica dizer que não houve o aporte de recursos financeiros por parte de terceiros, assim entendidos como

investidores independentes, ou seja, sem configurar empresa ligada, vinculada, controladora ou controlada da empresa emitente dos títulos.

12-) além da emissão de debêntures realizada pela contribuinte não ter proporcionado a captação de novos investimentos, a opção de remunerar os títulos com percentual elevado de seus lucros permite concluir que a despesa não pode ser classificada como normal ou usual.

13-) a contribuinte utilizou um artifício para reduzir, artificialmente, o resultado operacional – haja vista que foi criada uma despesa notadamente desnecessária.

14-) A jurisprudência do CARF que trata de glosa de participações de debenturistas em que houve ágio artificial, simulação e não ingresso de dinheiro novo é robusta e judiciosa no sentido de manter os autos de infração fundamentados com capitulação legal no art. 299 do RIR/99 e art. 242 do RIR/94.

15-) a PTAPAR é uma empresa desprovida de qualquer estrutura operacional nunca possuiu um funcionário sequer, nem teve terrenos, prédios, máquinas e equipamentos, veículos, nada.

16-) legalidade da multa qualificada e correta a aplicação no caso em tela onde restaram claras a ocorrência de fraude e simulação, visto que a contribuinte se valeu de operações simuladas; e

17-) legalidade da incidência de juros sobre a multa.

Petição Complementar

Em julho de 2014, a Recorrente apresentou petição complementar, do qual transcrevo trecho introdutório:

SERRA DA BORDA MINERAÇÃO E METALURGIA S.A., devidamente', qualificada nos autos, por seu advogado infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de V. Sa., requerer a juntada do anexo "Affidavit" (devidamente traduzido e notariado), documento recentemente recebido e que explica a história da Amulet, empresa que cedeu parte do dinheiro utilizado pela Ptapar para subscrever as debêntures emitidas pela requerente, confirmando a inexistência de qualquer relação dessa com a Yamana, e demonstrando a falta de base das acusações fiscais constantes do termo de verificação fiscal relativas ao assunto.

Fora anexada a mencionada petição, declaração do Sr. ALAN M. MATANO, advogado, domiciliado em Nova York/EUA, que se apresenta como consultor legal para firma de consultoria Amaranth Advisors LLC, sediada em Delaware/EUA que por sua vez fora

constituída para atuar como gestora e consultora da Amaranth LLC, um fundo hedge multiestratégia que captava dinheiro de vários tipos de investidores.

Explica que a Amulet Limited era uma sociedade das ilhas Cayman e figurava como subsidiária integral da Amaranth LLC. A Amulet fora formada em 2004 e encerrada em 2008.

Informa que em 30/07/2004, a Amulet e a Yamana Gold, assinaram resumo de condições de um empréstimo a ser feito pela Amulet para a Yamana.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, preenche os requisitos de admissibilidade e, portanto, merece ser acolhido.

PRELIMINAR

DA DECADÊNCIA

A autuação ora em discussão se refere ao lançamento de IRPJ e CSLL dos anos de 2006 e 2007, decorrente da glosa de despesas relacionadas à remuneração de debêntures emitidas pela Recorrente.

Tendo em vista que a Recorrente foi notificada da autuação no dia 16/12/2012, instaurou-se discussão acerca da ocorrência da decadência em relação a todo o ano-calendário de 2006.

Entendeu a Turma julgadora da DRJ/BSB pela não ocorrência da decadência em razão da aplicação ao caso da regra do art. 173, I do CTN e não do art. 150, § 4º do mesmo código, para a contagem do prazo.

Isso porque, segundo os julgadores de 1º instância, a Recorrente não pagou nem tampouco confessou espontaneamente o tributo em discussão, o que afasta a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, segundo orientação dada pelo Parecer PGFN/CAT n. 1.617/08.

Além disso, segundo os julgadores da DRJ, no caso em tela, ainda que houvesse ocorrido pagamento ou confissão espontânea dos débitos, ainda assim, deveria ser aplicado o art. 173, I do CTN, pois, teria a Recorrente agido de forma dolosa em sua conduta para evitar o pagamento dos tributos, fato este que, por si só, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial pelo art. 150, § 4º do CTN.

Assim, para a correta definição acerca de qual regra a ser aplicada ao caso em análise, se o art. 150, § 4º ou o art. 173, I, ambos do CTN, deve este conselheiro enfrentar duas matérias distintas, quais sejam: i-) se houve pagamento, ainda que parcial, ou denúncia espontânea dos tributos e ii-) se a Recorrente incorreu em fraude ou simulação de forma dolosa para evitar o pagamento dos tributos.

Em relação ao pagamento parcial do tributo, consta dos autos que no ano-calendário de 2006 a Recorrente apurou valores a recolher a título de estimativa nos meses de outubro e novembro.

O cálculo de tais estimativas foram informadas na DIPJ da época. Os valores de IRPJ foram informados na Ficha , linha 12 e Ficha 12A, linha 16. As estimativas de CSLL, por sua vez, foram informadas na Ficha 16, linha 11 e ficha 17, linha 52 da declaração.

A declaração em questão foi juntada aos autos por ocasião da apresentação da Impugnação.

O pagamento dessas estimativas foi efetuado por meio de compensação (DCOMPs) que também foram apresentadas pela Recorrente junto à Impugnação.

Me parece que tais fatos são incontroversos e foram aceitos pelos julgadores da DRJ. Contudo, entenderam os julgadores que tais estimativas não são suficientes para fins de afastar a aplicação do art. 173, I do CTN.

Para melhor entendimento, trago aqui trecho do acórdão recorrido:

" No caso em tela, em relação ao ano-calendário de 2006, não houve qualquer recolhimento espontâneo, pois o contribuinte apurou prejuízo fiscal de R\$ 2.425.753,26 (fl. 8.628) e base de cálculo negativa de CSLL de R\$ 2.201.785,22 (fl. 8.640), conforme DIPJ do exercício de 2007, ano-calendário de 2006, juntada às fls. 8.621/8.647.

As estimativas de IRPJ e de CSLL dos meses de outubro e novembro de 2006, recolhidas pela contribuinte, são meras antecipações, não configurando pagamentos, pois não extinguem o crédito tributário, razão pela qual não se aplica a contagem de prazo prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Aplicando-se, então, a regra geral estabelecida pelo art. 173, I, do CTN, verifica-se que, em relação ao fato gerador mais antigo, 31/12/2006, o dies a quo do prazo decadencial é 1º/01/2008, pois o lançamento de ofício não poderia ser efetuado no curso do mesmo ano de 2006, e o seu termo final é 31/12/2012." (grifo nosso)

Vemos aqui que não há qualquer dúvida ou discussão acerca da existência da declaração dos débitos em DIPJ e da apuração e pagamento das estimativas. O que existe é uma divergência de entendimento quanto aos efeitos do pagamentos dessas estimativas para fins de contagem do prazo decadencial.

Cabe ressaltar, também não emergiu aqui discussão sobre o fato das estimativas terem sido liquidadas pelo compensação (DCOMP) e não por efetivo recolhimento de DARF.

Assim, passo a analisar se o pagamento (recolhimento ou compensação) das estimativas de IRPJ e CSLL configuram pagamento parcial do débito para fins de contagem do prazo decadencial.

Pois bem, de fato, devo admitir que o texto do parágrafo anterior ficou um tanto estranho. Contudo a matéria em discussão não me permitiu melhor redação, isso porque, o que se pretende analisar é se pagamento de estimativa é um pagamento.

Até mesmo pela dificuldade de se colocar esta questão, me parece que o entendimento adotado pela DRJ é de todo equivocado, não merecendo maior dilação explanatória acerca desta conclusão.

De qualquer forma, vale explorar um pouco mais a questão.

Os pagamentos das estimativas de IRPJ e CSLL durante o ano configuram, de fato, antecipações do tributo devido ao final do ano. Isso porque o fato gerador do IRPJ/CSLL dos contribuinte optantes pelo regime do Lucro Real anual é do tipo complexo ou periódico que se caracteriza pela ocorrência de situações jurídicas que ocorrem de forma contínua durante um período (meses do ano) para se completar num segundo momento, que é o encerramento ano, momento este em que há certeza acerca do quantum devido e ocorrido de forma definitiva o fato gerador.

Para melhor entendimento, cabe relembrar alguns artigos do RIR/99 referentes à apuração anual do IRPJ pelo Lucro Real:

Art. 221. A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma desta Seção deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano.

(...)

*Art. 222. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real **poderá optar pelo pagamento do imposto e adicional, em cada mês, determinados sobre base de cálculo estimada.***

(...)

Art. 228. O imposto a ser pago mensalmente na forma desta Seção será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

Parágrafo único. A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a vinte mil reais ficará sujeita à incidência de adicional do imposto à alíquota de dez por cento.

(...)

*Art. 230. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que **demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o***

valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

(...)

Art. 231. Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os respectivos limites, bem assim o disposto no art. 543;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto pago na forma dos arts. 222 a 230."

Pela leitura dos artigos acima, resta claro que as estimativas pagas durante o ano pelos contribuintes optantes pelo Lucro Real Anual configuram pagamento parcial e antecipado do IRPJ devido ao final do ano, ou mesmo pagamento integral ou em excesso, situação na qual o contribuinte apura o chamado saldo negativo.

De qualquer forma, ao final do período (ano), o contribuinte apura o valor do imposto devido (e da CSLL também) e compara com o total de estimativas pagas para então, efetuar o denominado recolhimento de ajuste anual.

Ora, se as estimativas são consideradas para fins de apuração do quanto deve ser recolhido ao final do período, **como dizer que tais estimativas pagas não configuram pagamento parcial do tributo para fins de contagem do prazo decadencial?**

Não se trata de mera interpretação da legislação, a questão é matemática, vejamos: se o contribuinte apura um IRPJ devido de R\$ 1 milhão ao final do ano, deduz deste valor o montante de R\$ 800 mil recolhido a título de estimativa durante os meses do ano e faz um recolhimento de ajuste anual de somente R\$ 200 mil, não há dúvida de que o valor de R\$ 800 mil configura pagamento parcial do imposto apurado de R\$ 1 milhão.

Neste sentido, existem inúmeros julgados neste Conselho, dentre os quais destaco julgado de relatoria do Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2001

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO. FATO GERADOR.

Havendo antecipação do tributo, a homologação do lançamento ocorrerá no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN. Uma vez que o

contribuinte optou pelo regime do lucro real anual, o fato gerador do IRPJ e CSLL ocorre em 31/12 compreendendo todos fatos jurídico-tributários ocorridos no transcurso do ano, de 01/01 a 31/12 (fato gerador complexo), ainda que a empresa tenha realizado apurações mensais para fins dos recolhimentos por estimativa (antecipações do IRPJ e CSLL devidos no ajuste anual).

(Processo n. 16327.001077/2006-58 acórdão 1402-00.493 - 1ª Seção / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária)

Desta feita, concluo que no caso em tela, houve o pagamento parcial do imposto pela Recorrente e, em relação a tal ponto, deve ser considerada a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Vamos agora, analisar se a Recorrente agiu de forma dolosa, perpetrando fraude ou simulação para se eximir do pagamento dos tributos lançados.

Podemos verificar nos autos que a autoridade fiscalizadora fez um trabalho minucioso que envolveu diversas empresas do grupo dentro e fora do Brasil, para chegar à conclusão de que foram simuladas diversas operações para que, ao final do dia, a Recorrente pudesse perceber despesas relacionadas à remuneração de debêntures por ela emitidas.

Para chegar a tal conclusão, o Sr. Auditor Fiscal narra um encadeamento complexo de operações que se inicia em empresa controladora indireta da Recorrente no exterior (Canadá) e culmina na operação de emissão de debêntures pela Recorrida no Brasil, bem como, faz análises críticas acerca da veracidade de cada uma das etapas desta cadeia de operações, conforme resumo abaixo:

i-) a Yamana, empresa sediada no Canadá e controladora indireta da Recorrida, decide investir US\$ 245 milhões no Brasil e para isso faz uma captação no exterior com a venda de ações no valor de US\$ 145 milhões e celebra escritura de fideicomisso no valor de US\$ 100 milhões com a empresa Amulet, também sediada no exterior - neste ponto, o auditor fiscal coloca dúvidas sobre a origem do valor de US\$ 100 milhões e a veracidade da operação de fideicomisso;

ii-) a Yamana envia, a título de empréstimo, para PTAPAR, empresa sediada no Brasil, o montante de US\$ 245 milhões para que a PTAPAR possa adquirir debêntures participativas das empresas Maracá e Serra da Borda (Recorrente) - neste ponto, o auditor fiscal questiona a veracidade do contrato de empréstimo firmado entre Yamana e PTAPAR;

iii-) o empréstimo de US\$ 100 milhões entre Yamana e PTAPAR foi liquidada com antecedência de 05 anos de seu vencimento, sendo que parte desta liquidação se deu com o exercício de bônus de subscrição de ações que tornaram a Amulet acionista da Yamana, passando a ter direito a dividendos - neste ponto, o Sr. fiscal entende que tal liquidação antecipada ratifica seu entendimento sobre a simulação que fora o contrato original de empréstimo;

iv-) o Sr. Fiscal acusa a PTAPAR de ser uma empresa de papel, utilizada pela Yamana como empresa veículo para efetuar o que seria, na realidade, a capitalização das empresas Maracá e Serra da Borda (Recorrente);

v-) nas operações com a Maracá e Serra da Borda, fora criado um ágio artificial elevado e artificial, descolado do mercado e baseado em laudo elaborado por empresa terceira (Dikaio), que fora contratada somente para dar uma aparência técnica à operação, que segundo o fiscal, fora toda simulada;

vi-) as razões apresentadas pela Recorrente como justificativas para captação de recursos via debêntures - possibilidade de negociação das debêntures e conseqüente manutenção do controle acionário - não se sustentam do ponto de vista lógico, segundo o fiscal;

vii-) a operação de emissão de debêntures pela Recorrida sofre de diversas anomalias: a-) remuneração com baseada em participação nos lucros (90%), b-) cláusulas contrárias aos interesses da PTAPAR; c-) debêntures não foram oferecidas ao público; dentre outros vícios.

Pois bem, de fato, são várias as acusações de fraude e simulação em todo o processo que culminou na emissão de debêntures pela Recorrida.

Em apertada síntese, toda esta estrutura simulada foi criada, segundo o fiscal, para que a Recorrida pudesse deduzir a despesa com a remuneração das debêntures emitidas.

Para demonstrar toda a má-fé, todo o dolo dos diversos personagens desta estrutura criminosa, incluindo a Recorrente, o trabalho fiscal coloca em dúvida, na ponta final da operação, a legitimidade das condições de emissão de debêntures, em especial, o alto valor do prêmio, a remuneração concentrada no percentual de lucros e o alto percentual do lucro a ser pago ao debenturista, no caso, a PTAPAR.

Primeiramente, acredito, devemos destacar, ou melhor, considerar, apenas os fatos que interessam ao presente caso que, vale lembrar, tem como objeto a dedutibilidade ou não dedutibilidade das despesas incorridas pela Recorrente com a remuneração das debêntures emitidas.

Digo isso de forma repetida, pois, é importante termos em mente que sendo a Recorrente a empresa Serra da Borda, esta somente pode sofrer os efeitos das condutas dolosas que ela própria tenha cometido e não que empresas terceiras tenham cometido.

Assim, devemos avaliar, tão somente, se houve conduta dolosa de fraude ou simulação na operação de emissão de debêntures pela Recorrente e, para tanto, devemos avaliar as condições desta emissão para concluir se, de fato, tal emissão fora simulada ou fraudada.

Se as operações entre a Yamana e Amulet foram simuladas, ou se o empréstimo entre a Yamana e PTAPAR fora também uma simulação, ou mesmo se a emissão de debêntures da empresa Maracá para a PTAPAR fora de toda inverídica, isso tudo não pode trazer efeitos para a análise da conduta da Recorrente que deve ser julgada por seus atos.

Caso essas outras empresas tenham cometido atos simulados de forma dolosa, devem ser autuadas e julgadas, contudo, não se deve confundir a Recorrente com essas outras empresas, até mesmo porque, não há em momento algum, acusação de que a Recorrente seja uma empresa de fachada que sirva de invólucro das outras mencionadas no trabalho fiscal.

Desta forma, primeiramente, devemos avaliar se tal emissão de debêntures envolveu o real e efetivo envio de recursos financeiros (dinheiro/caixa) do debenturista PTAPAR para a Recorrente.

Não há dúvidas que novos recursos financeiros adentraram no caixa da Recorrente com a emissão das debêntures. Os documentos acostados aos autos demonstram isso. Aliás, a fiscalização sequer questiona tal fato que se torna incontroverso.

Ora, sendo a debênture um instrumento de captação de recursos e tendo os recursos sido efetivamente enviados à Recorrente, temos como vencida uma importante etapa da análise.

Além disso, deve ser avaliado se tais recursos foram utilizados na consecução das atividades geradoras de receita da empresa. Também neste ponto, não houve qualquer acusação da fiscalização em sentido contrário.

Assim, devemos considerar como verdadeira a alegação da Recorrente de que, de fato, utilizou os recursos aportados nos negócios constantes de seu objeto social.

Até agora temos demonstrado, portanto, que os recursos aportaram na Recorrente e que tais recursos foram utilizados nas suas atividades empresariais.

Outro ponto que devemos avaliar é se as condições da emissão, em especial o pagamento de 90% de prêmio e a remuneração baseada apenas em percentual dos lucros da Recorrente, pode colocar em cheque a veracidade da operação.

Entendo que não. Ainda que tais condições possam, eventualmente, levantar dúvidas sobre a dedutibilidade da despesa, o que será melhor analisado na análise de mérito, a discussão conceitual sobre os limites ou vedações nas operações de emissão de debêntures não pode levar à conclusão direta de que se trata de operação simulada de forma dolosa.

Vemos que o auditor fiscal conclui que a operação verdadeira é de aumento de capital e não de emissão de debêntures, daí porque o tratamento como se ato simulado fosse, com a aplicação de multa qualificada de 150%.

De fato, são operações que guardam algumas similitudes, bem como, muitas diferenças, especialmente, no que tange aos efeitos tributários de cada uma.

Do ponto de vista econômico, podemos considerar que o aumento de capital (em dinheiro) e a emissão de debêntures se assemelham, vez que, ambas proporcionam caixa para que a empresa possa aplicar em seus objetivos sociais.

A similitude é também patente quando se trata da emissão de debêntures participativas, que assegura ao debenturista a participação nos lucros, da mesma forma que se dá com o sócio ou acionista que aporta capital na empresa. Da mesma forma, nesta situação,

tanto o debenturista quanto o sócio ou acionista assumem o risco de nada receber, na situação em que a empresa não gera lucro.

A grande diferença reside no fato de que a empresa, ao distribuir lucros para seus sócios, não pode tratar tais valores como despesa dedutível para fins de IRPJ/CSLL, ao passo que no pagamento de remuneração de uma debênture baseada em lucros, os valores pagos representam despesa dedutível.

É certo também que tal diferença também se reflete para o acionista ou debenturista, pois, o primeiro não pe tributado quando do recebimento de lucros da empresa enquanto que o segundo é tributado, inclusive na fonte, quando do recebimento de sua remuneração.

São, portanto, duas opções válidas e legais, disponíveis para as empresas que escolhem a melhor opção, de acordo com suas necessidade administrativa, financeira e, também, tributária.

De qualquer forma, conforme veremos mais adianta na análise do mérito desta discussão, não há qualquer óbice para a remuneração de uma debênture baseada exclusivamente em percentual de lucro da emissora.

Temos também, que inexistente qualquer limitação quanto ao percentual do lucro que servirá como base desta remuneração.

Ora, tendo o auditor fiscal considerado como indevido, atípico ou mesmo ilegal a destinação do equivalente a 90% do lucro da emissora da debênture, ora Recorrente, vem a pergunta: qual seria o percentual aceitável? 50%, 49%, 77% ou 82%?

Não há resposta para esta pergunta, pois, a lei não traz qualquer previsão a respeito. É simples assim.

Até aqui temos, portanto, que as debêntures foram emitidas dentro dos limites da lei (arts. 56 e 57 da Lei n. 6.404/76) e que os elementos básicos desta operação, que são o recebimentos efetivos dos valores pela emissora e sua utilização no objeto social da empresa, estão presentes. Daí vem nova pergunta: onde está o ato doloso de fraude ou simulação?

Para tal análise, é sempre válido analisarmos o conceito em sua origem, daí porque invoco o art. 167 do Novo Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Não consigo enxergar qualquer dos elementos mencionados acima no caso ora em análise. O que enxergo é uma operação de efetiva emissão de debêntures, contratado, contabilizado e tributado como tal pela emissora do papel.

A origem do dinheiro, bem como a validade e veracidade das operações perpetradas por empresas que não a ora Recorrente, são pontos que devem ser avaliados em eventual fiscalização destas outras empresas.

Indo um pouco mais a fundo no estudo do conceito de simulação, tradicionalmente dividida pelos doutrinadores nas vertentes subjetiva e objetiva, a conclusão fica ainda mais clara.

Na vertente subjetiva, que conceitua a simulação como a não conformidade entre a vontade interna das partes e a vontade externada no ato jurídico, temos que a ora Recorrente tinha uma necessidade de captação de recursos para aplicação em sua atividade empresarial e o fez através da emissão de debêntures em operação assim tratada por si própria e pelo debenturista, não havendo qualquer desconformidade entre sua vontade interna e aquela manifestada no negócio jurídico.

Na vertente objetiva, que conceitua a simulação pela causa jurídica do ato ou negócio jurídico ou, em outras palavras, pela função social ou econômica do ato, temos que a utilização da debênture pela ora Recorrente se deu dentro da função econômica de uma debênture que nada mais é que a captação de recursos não integrante do capital social da emissora para posterior pagamento de remuneração.

Diante do exposto, tendo ocorrido o pagamento parcial dos tributos em discussão e sua declaração em DIPJ, bem como, estando ausente qualquer elemento de conduta dolosa de fraude ou simulação da ora Recorrida, entendo que deva ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN para fins de contagem do prazo decadencial.

Assim, considerando a data em que ocorrida a notificação da Recorrente acerca da autuação, acolho a preliminar de decadência em relação a todo o ano de 2006.

MÉRITO

O mérito da presente discussão é a dedutibilidade da despesa de remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente.

Para glosar tal dedução, o auditor fiscal levantou diversas dúvidas quanto à forma como o dinheiro chegou até a PTAPAR (debenturista) para que esta adquirisse as debêntures da Recorrente, bem como, questionou as condições prevista nesta emissão de debêntures.

Assim, o presente voto se presta a analisar cada um dos aspectos mencionados no trabalho fiscal a fim de verificar se a despesa incorrida pela Recorrente é dedutível segundo os dispositivos do RIR/99 aplicáveis ao caso, que julgo importante transcrever neste início de trabalho:

"Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

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

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

(...)

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica:

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;" (grifo nosso)

Da possibilidade de emissão de debêntures remuneradas exclusivamente por participação nos lucros

O primeiro aspecto questionado pelo auditor fiscal é o fato das debêntures emitidas pela Recorrente preverem remuneração baseada exclusivamente na participação nos lucros sem qualquer pagamento a título de juros.

Isso porque, no caso em tela, a remuneração é toda concentrada na participação nos lucros gerados pela Recorrente no percentual de 90% do lucro.

Primeiramente, devemos ressaltar o que prevê a lei n. 6.404/76 (Lei das S.A) quanto às debêntures:

*"Art. 56 - A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, **participação no lucro da companhia** e prêmio de reembolso." (grifo nosso)*

Da leitura do dispositivo legal acima, podemos verificar que os juros, a participação no lucro e prêmio de reembolso são formas possíveis de remunerar uma debênture.

Ressalto, são forma possíveis de remuneração e não obrigatórias ou compulsórias. Quero com isso dizer que a empresa que emitir debêntures tem essas opções de remuneração para oferecer aos debenturistas, não estando obrigada a adotar todas elas.

A empresa pode remunerar as debêntures de sua emissão através de juros, fixos ou variáveis, mas não esta obrigada a isso.

O art. 56 da Lei das S.A ao prever essas diversas formas de remuneração das debêntures, propiciou liberdade de escolha à empresa emissora, para que esta opte pela forma que melhor lhe atende e, ao mesmo tempo, que pareça mais atrativa ao investidor debenturista.

O art. 59 da mesma lei, ratifica este entendimento:

"Art. 59 - A deliberação sobre emissão de debêntures é da competência privativa da assembléia-geral, que deverá fixar, observado o que a respeito dispuser o estatuto:

(...)

VII - a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver,"

Da leitura combinada dos dispositivo acima, resta claro que a participação no lucro é uma forma válida de remuneração de uma debênture, pois, há previsão clara neste sentido.

Por outro lado, inexistente qualquer restrição, ou regra quanto à debênture ser remunerada exclusivamente por participação no lucro ou, no mesmo sentido, quanto à obrigatoriedade de que a debênture seja remunerada também por juros.

Até porque, se a conclusão fosse de que existe obrigação de remuneração por juros, ainda que parcialmente, a pergunta inevitável é: qual seria o percentual da remuneração que deveria ser baseada em juros?

Não há resposta, pois, não há previsão legal neste sentido. Se, não há regra clara quanto ao percentual de remuneração de uma debênture que deva ser paga através de juros, como defender, a *contrario sensu*, que a remuneração exclusivamente feita através de participação nos lucros está fora dos limites da lei?

Alegações no sentido de que a prática de mercado é pelo pagamento de juros na emissão de debêntures me parece frágil.

Isso porque, deve ser observada as condições de cada caso, as necessidades da empresa emissora, sua condição financeira, a situação do mercado em que atua, o grau de maturação de seus negócios e o valor do prêmio pago. Em suma, cada caso é um caso, não há como definir qual é o padrão do mercado sem incorrer no risco de estar praticando, nada mais que simples especulação.

O que deve ser considerado é a lei e, neste caso, a lei permite a remuneração de debêntures por participação nos lucros, de forma exclusiva. Caso a operação não tivesse observado os limites legais e regulatórios, a CVM e o Banco Central teriam a competência necessária para questionar tais operações, e isso não ocorreu.

Além disso, no caso em tela, é razoável a aplicação de remuneração baseada em 90% do lucro da Recorrente, pois, uma vez que o prêmio na emissão foi alto (90%), haveria que se oferecer contrapartida que pudesse premiar o debenturista que aceitou pagar tão alto valor de prêmio.

Por outro lado, não tinha condições, a ora Recorrente, de oferecer remuneração alta baseada em juros, pois, dada as incertezas do negócio, poderia se ver em situação de impossibilidade de pagamento de tais juros.

Assim, a medida mais razoável do ponto de vista econômico é oferecer parte dos resultados efetivamente alcançados, ao invés de oferecer uma remuneração fixa que pudesse se mostrar impraticável no futuro.

Por fim, merecem destaque alguns julgados deste Conselho que ao analisar casos similares, chegaram à mesma conclusão do presente Relator:

"GLOSA DE REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE. A subscrição privada de debêntures por empresa do mesmo grupo não pode ser desconsiderada em razão, apenas, da remuneração com base em percentual elevado dos lucros e da liquidação das obrigações decorrentes por meio de compensações entre empresas ligadas" (Acórdão 1101-000889 - Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa)

"IRPJ - REMUNERAÇÕES DE DEBÊNTURES - DEDUTIBILIDADE - LIMITES - A legislação societária e fiscal prevê a possibilidade de a debênture assegurar participação no lucro da companhia, sem contudo impor um limite percentual do lucro." (Acórdão 101-97021 - Relator Conselheiro Valmir Sandri)

Além disso, no caso em tela, os números da operação levam à conclusão de que o percentual de 90% de distribuição de lucros é de todo razoável.

Isso porque, temos que o fluxo de caixa trazido pela debêntures para a ora Recorrida foi de R\$ 128,4 milhões. Neste mesmo período o capital social da Recorrente era de R\$ 15,8 milhões.

Desta sorte, a relação percentual entre o montante de caixa trazido pelas debêntures e o somatório total de recursos disponíveis para a ora Recorrente no valor de R\$ 144,3 milhões é de 89%, sendo de todo aceitável o percentual de 90% de participação nos lucros como forma de remuneração, vez que, matematicamente, os recursos trazidos pelas debêntures responderam por, pelo menos, 89% dos resultados da Recorrente.

Todavia, entendo que o mais importante aqui é o fato de que as debêntures emitidas pela Recorrente podem assegurar ao debenturista a participação no lucro da emissora e, conforme disposto no art. 462, inciso I do RIR/99, tal despesa pode ser deduzida do lucro líquido do período.

Desta forma, entendo que a previsão de remuneração das debêntures exclusivamente por participação nos lucros, em percentual de 90% dos lucros da ora Recorrente, não é motivo suficiente que determine a glosa da despesa.

Do prêmio de subscrição das debêntures no valor de 90% dos valores de lançamento

Segundo a acusação fiscal, o prêmio na subscrição das debêntures, em montante equivalente a 90% dos valores de lançamento ou 900% do valor de face das

debêntures, se mostrou muito elevado e contrário aos interesses da debenturista, a empresa PTAPAR.

Primeiramente, é importante destacar a contradição da acusação fiscal neste tópico.

Isso porque, em se tratando de uma operação de emissão de debêntures, na qual a atuada é a emissora das debêntures que teve sua despesa glosada pela fiscalização, a alegação do fisco de que foram identificadas condições perniciosas aos interesses da PTAPAR e a utilização de tal alegação para embasar o lançamento é, por si só, contraditória.

Ora, o que está em discussão é a dedução de uma despesa pela emissora da debênture, tida pela fiscalização como simulada, descabida, atípica e abusiva. Assim, qualquer alegação no sentido de que as condições de remuneração das debêntures foram exageradamente favoráveis ao debenturista, que é empresa do mesmo grupo, deve ser cuidadosamente analisada, pois, poderia demonstrar a fabricação de uma despesa por parte da atuada.

Contudo, se a alegação de que as condições foram perniciosas ao debenturista, é porque foram favoráveis à ora Recorrente, no sentido de ter reduzido seu custo na emissão das debêntures. Se o custo foi menor, a despesa deduzida foi menor e, do ponto de vista da empresa ora atuada, o fisco foi favorecido.

De qualquer forma, neste tópico, é importante relembrar o que diz e o que não diz acerca dos limites para o prêmio praticado na emissão de debêntures.

Vejamos o que dispõe o art. 38 do Decreto-lei n. 1.598/77:

" Art 38 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de: [\(Vide\)](#)

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

II - valor da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição

III - prêmio na emissão de debêntures. "

Cabe destacar, o acima mencionado inciso III fora revogado pela Lei n. 12.973/14, contudo, era a norma válida na época dos eventos aqui analisados.

Pois bem, vemos aqui que a lei é omissa quanto à limites do valor do prêmio na emissão de debêntures.

Temos aqui típica situação em que se torna inafastável a aplicação do Princípio da Estrita Legalidade. Neste sentido, temos que se a lei não impõe limites, não pode o intérprete da lei fazê-lo. Se a lei não prevê regras, não pode o fiscal da Receita Federal criá-las.

Quando o legislador que impor limites, o faz de forma expressa, como é o caso do limites das despesas de Juros sobre Capital Próprio, por exemplo. No caso em questão, não existe limite legal.

Ainda neste tópico, cabe destacar alguns julgados deste Conselho em casos similares ao ora em debate.

Início pelo acórdão **Acórdão nº 110100.053** no qual a fonte dos recursos para a integralização do valor nominal dos títulos, de R\$ 2.000.000,0, mais o prêmio ("ágio") de RS 13.800.000,00 derivou da conversão de passivo que a empresa tinha com os adquirentes, derivado de contratos de mútuo cujos recursos tiveram origem remota na conversão de direitos relativos a juros sobre o capital próprio dos anos 1999 e 2000.

Neste caso, o voto condutor do **Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva** diz não parecer típica a totalidade da subscrição unicamente pelos acionistas da pessoa jurídica **associada à ausência de fluxo financeiro**, além de ser expressivo o percentual de 60% de participação nos lucros.

Destaco também o **Acórdão nº 10516.062** no qual o redator do voto vencedor, Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, expôs o entendimento majoritário da Câmara contrário à conclusão do Conselheiro Relator Eduardo da Rosa Schmidt de que o art. 299 do RIR/99 não confere suporte legítimo à acusação fiscal e embora afastando a existência de fraude, afirmou a absoluta desnecessidade do dispêndio, **na medida em que a subscrição das debêntures se fez com recursos que já integravam o Patrimônio Líquido da fiscalizada** e impôs à companhia despesas até mesmo anteriores à sua emissão, representando a remuneração 88,61% da suposta captação de recursos.

Apesar de parecerem contrárias ao racional que adoto em meu voto, os julgados acima apenas ratificam minha linha de pensamento.

Nos casos acima, percebe-se que não obstante o valor do prêmio ser também elevado, o que se levou em conta para a manutenção da glosa das despesas foi a inexistência de trânsito de recursos financeiros, o que não é o caso da operação ora em discussão.

A vontade da autoridade fiscal de aplicar sua interpretação à lei e com isso impor limites inexistente no arcabouço legal, é de toda perniciosa para o sistema tributário, pois, implica na transferência do poder de legislar para os auditores fiscais.

Vamos tomar, como exemplo, a despesa de depreciação de veículos utilizados nas atividades da empresa, como, são os caminhões utilizados no transporte das mercadorias comercializadas pela empresa.

Imaginemos que, para fins de garantir bem estar e, conseqüentemente, maior produtividade de seus motoristas, a empresa resolva adquirir apenas caminhões equipados com ar condicionado.

Posteriormente, vem o auditor fiscal e glosa a despesa por entender que o custo adicional incorrido com o ar condicionado é desnecessário para atividade da empresa.

Veja, a lei nada diz a respeito do ar condicionado. Poderia então o auditor fiscal decidir, na ausência de previsão expressa na lei, o que pode e o que não pode ser

deduzido? Pode o auditor fiscal decidir os limites do que é ou não é necessário para as atividades da empresa?

Acredito que não.

Além disso, há um aspecto prático que deve ser aqui considerado. O prêmio, que faz parte do preço de aquisição de uma debênture, por sua natureza, não é devolvida ao debenturista.

Isso porque, conforme previsto na Lei das S.A, o valor do prêmio deve ser registrado a crédito em conta de capital para futura capitalização ou, a depender, para absorção de prejuízo.

Assim, do ponto de vista financeiro, quanto mais elevado for o valor do prêmio, melhor para a empresa emissora da debênture, pois, trata-se de valor que vai direto para o seu capital, sem afetar o seu resultado, vez que não será devolvido ao debenturista.

Do ponto de vista fiscal, isoladamente, o prêmio não gera despesa dedutível para a empresa emissora da debênture, assim, tal fator, não poderia ser utilizado para justificar a glosa da despesa com a remuneração da debêntures, pois, o prêmio não é devolvido ao debenturista e, por isso, não gera despesa.

Por outro lado, caso haja perda, esta é amortizada pelo debenturista, ou seja, o lucro tributável da debenturista é reduzido.

Se isso ocorreu no caso em tela, temos que o alto valor do prêmio gerou uma despesa dedutível indevida na debenturista, a empresa PTAPAR e isso pode ser questionado sim, pela fiscalização.

Contudo, tal questionamento deve ser feito à própria PTAPAR que poderia, inclusive, ter eventual amortização glosada pelo fisco. Contudo, o percentual elevado do prêmio não poderia, de qualquer forma, servir como argumento para a glosa da despesa de remuneração das debêntures pela ora Recorrida, pois, estaríamos diante de um argumento contrário à glosa.

Deixando de lado o aspecto jurídico da operação e aprofundando um pouco mais no viés empresarial, temos que, o que realmente interessa para a análise do lançamento ora em discussão é se a operação da forma como concretizada, faz sentido econômico e financeiro. Neste ponto, trouxe aos autos a Recorrente, argumentos razoáveis e coerentes com as condições de mercado da época.

Segundo a Recorrente, o cenário econômico na época das emissões, tornava mais interessante a opção pelas debêntures com as condições adotadas, uma vez que a Selic da época na faixa de 19% combinada com inflação de cerca de 5,69%, tornava os investimentos de risco pouco atraentes aos investidores ou muito caros para os captadores de recursos.

Além disso, alega também a Recorrente que os anos de 2007 a 2010 foram marcados por forte crise mundial, o que encareceu de forma expressiva o crédito, principalmente, num negócio de risco e de elevado custo como é o exploração de jazidas minerais, o que levou a Recorrente a indexar a remuneração das debêntures com base no lucro gerado pelo negócio e não em juros fixos, vez que havia dúvidas razoáveis quanto ao valor que

o produto (metal) alcançaria e os juros fixados poderia se tornar incompatíveis com a geração de resultados pela Recorrente.

Por fim, trouxe a Recorrente interessante constatação em relação à vantagem financeira percebida com a emissão das debêntures com remuneração baseada em participação nos lucros, ao demonstrar que o contexto econômico dos anos seguintes ratificou o acerto da opção, vez que, considerando os prejuízos apurados pela recorrente em parte dos períodos autuados, somente houve obrigação de pagamento à debenturista do montante de R\$ 62,9 milhões, valor este que representa menos que 50% do valor captado (R\$ 128.397.700,00).

Por outro lado, caso os recursos houvessem sido captados por qualquer outro instrumento baseado em juros, teria a Recorrente incorrido com despesa muito maior, face aos juros de mercado da época.

Taxas médias de captação de capital (empréstimos) Pessoas Jurídicas:

Modalidade	2006	2007	2008	2009	2010
Total	50,8%	43,7%	47,2%	44,7%	40,0%
Total PJ	40,0%	34,5%	38,8%	40,4%	38,5%
Desconto de Duplicatas	38,7%	33,3%	41,1%	41,1%	39,6%
Capital de Giro	33,7%	29,4%	32,8%	32,3%	29,2%
Conta Garantida	67,7%	62,7%	70,2%	79,8%	87,6%
Aquisição de Bens	26,5%	18,8%	18,5%	17,5%	18,0%
Vendor	20,2%	16,2%	19,4%	17,6%	16,2%

Fonte: Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br).

Taxa SELIC acumulada:

2006: 15,08%
2007: 11,88%
2008: 12,48%
2009: 09,93%
2010: 09,77%

Fonte: Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br).

TJLP do período:

2006: 7,875%
2007: 6,375%
2008: 6,25%
2009: 6,125%
2010: 6%

Fonte: Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br).

Diante do exposto, entendo que a previsão de prêmio de 90% do valor de face das debêntures emitidas não serve como argumento para a glosa da despesa de remuneração incorrida pela ora Recorrente.

Da emissão privada das debêntures

Segundo a acusação fiscal, as debêntures são títulos que servem para a captação de recursos públicos junto a um grupo, um coletivo de investidores/debênturistas, sendo indevida a forma adotada pela ora Recorrente de emissão privada que ao final fora subscrita por um único debenturista que é empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da emitente.

Segundo a Recorrente, trata-se esta posição de apenas mais um argumento sem fundamento legal, dentre tantos outros utilizados pelo Fisco para desqualificar a operação de emissão de debêntures e qualificá-la como aumento de capital.

Isso porque, sustenta a Recorrente, que a simples leitura dos arts. 38 e 58 do Decreto-lei n. 1.598 permite a confirmação de que a não computação do prêmio no lucro tributável e exclusão das participações no cálculo do lucro a tributar, não estão condicionadas a que as debêntures sejam emitidas para subscrição pública.

De fato, não encontrei qualquer disposição do Decreto-lei 1.598, nem de qualquer outra lei ou norma, que contenha previsão acerca da obrigatoriedade de emissão pública das debêntures ou da proibição de emissão privada, mesmo que para debenturista que seja pessoa jurídica ligada, integrante do mesmo grupo econômico da emitente do papel.

Mais uma vez neste voto, entendo deva ser invocado o Princípio da Estrita Legalidade previsto no art. 150, inciso I da CF, no sentido de que não cabe ao interprete da norma, no caso o Fisco, criar exigências ou restrições que inexistem na lei.

A função do auditor fiscal é aplicar a lei e não criá-la. A competência para criar leis pertence aos legisladores.

Os dispositivos do Decreto-lei 1.598 não contém qualquer elemento que diferencie as emissões públicas e as privadas de debêntures em relação à forma de remuneração, valor do prêmio ou aos efeitos tributários decorrente de uma ou outra forma de emissão.

O mencionado dispositivo apenas prevê a possibilidade de emissão de debêntures por qualquer uma dessas formas, pública ou privada.

A distinção e o efeito tributário daí decorrente, adotado pelo auditor fiscal, são também, visivelmente contrários ao Código Tributário Nacional, pois, diga-se mais uma vez, inexistente a pretendida distinção de forma expressa na legislação societária, sendo este elemento indispensável, conforme disposto no art. 109 do CTN.

Este entendimento não é isolado, sendo possível encontrar diversos julgados no mesmo sentido neste Conselho. Vejamos ementa do acórdão n. 1101-000.889 de Relatoria da brilhante Conselheira Edeli Pereira Bessa:

*"GLOSA DE REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.
ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE.*

A subscrição privada de debêntures por empresa do mesmo grupo não pode ser desconsiderada em razão, apenas, da remuneração com base em percentual elevado dos lucros e da liquidação das obrigações decorrentes por meio de compensações entre empresas ligadas. A escolha empresarial de aportar recursos mediante subscrição de debêntures emitidas por empresa controlada pode estar baseada em outras razões econômicas que devem ser afastadas pelo Fisco, de modo a demonstrar que a despesa não seria necessária, usual e normal."

Neste acórdão, prevaleceu o entendimento que não pode a autoridade fiscal discordar da forma de captação escolhida pelo sujeito passivo, dentre as hipóteses existentes. Várias repercussões econômicas e financeiras são consideradas nesta decisão, e o seu efeito tributário não pode ser analisado isoladamente para descaracterizar aquela escolha.

Não fosse suficiente a clareza da legislação quanto à possibilidade de emissão privada de debêntures, podemos nos socorrer das próprias orientações de entidades do mercado financeiro para dirimir eventual dúvida.

Em simples busca na Internet, é possível localizar (http://www.debentures.com.br/downloads/textostecnicos/cartilha_debentures.pdf) material de orientação (apostila) aos investidores, elaborado em conjunto pela Andima (Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro) e Abrasca (Associação Brasileira das Companhias Abertas), duas entidades de renome e constantemente chamadas pelo poder público para debater sobre novos normativos, que traz importantes informações sobre os aspectos gerais que envolvem a emissão de debêntures que era aplicáveis à época das operações ora em exame.

Neste material, destaco as seguintes informações:

" Quem pode emitir debêntures?

*A captação de recursos no mercado de capitais, via emissão de debêntures, pode ser feita por Sociedade por Ações (S.A.), de capital fechado ou aberto. Entretanto, **somente as companhias abertas, com registro na CVM - Comissão de Valores Mobiliários, podem efetuar emissões públicas de debêntures.***

Qual a diferença entre emissão pública e privada?

A primeira é direcionada ao público investidor em geral, feita por companhia aberta, sob registro na CVM. Já a emissão privada é voltada a um grupo restrito de investidores, não sendo necessário o registro na Comissão.

Como transcorre um processo de emissão pública de debêntures?

A emissão de debêntures é decidida em assembléia geral de acionistas ou em reunião do conselho de administração da

emissora, ambos com poderes para estabelecer todas as condições da emissão.

A companhia deve escolher uma instituição financeira (banco de investimento ou múltiplo, corretora ou distribuidora de títulos e valores mobiliários) para estruturar e coordenar todo o processo de emissão.

Essa instituição, denominada coordenador líder, será responsável pela modelagem da operação; transformação da empresa em Sociedade por Ações e obtenção de registro de companhia aberta, caso seja necessário; preparação da documentação e registro da emissão pública na CVM; formação do consórcio de distribuição; apresentações (road shows); apuração de bookbuilding, se for o caso; e colocação dos títulos aos investidores.

O coordenador é responsável, ainda, pela realização de uma diligência (due diligence process) sobre as informações da emissora que serão distribuídas ao público investidor e utilizadas para a elaboração do prospecto de emissão."

Além de espantar qualquer dúvida em relação à possibilidade de emissão privada de debêntures, ponto este que me parece claro pela simples leitura da legislação aplicável, as orientações acima demonstram também a maior complexidade e, conseqüentemente, os maiores custos incorridos numa emissão pública de debêntures em comparação com a emissão privada.

Além da necessidade de contratação de uma instituição financeira para a estruturação e coordenação do processo de emissão, a modalidade pública de emissão demanda ainda a execução de *due dilligence*, *road show* e *bookbuilding*. Tudo isso consome um montante relevante de recursos financeiros. Em outras palavras, o custo de captação fica muito mais caro.

Logicamente, este é o preço a ser pago pelas companhias que necessitam captar recursos que não conseguiriam fazer num processo de emissão privada.

Contudo, se a empresa possui condições de captar integralmente os recursos de que necessita com custos com que possa arcar, através de uma emissão privada de suas debêntures, não haveria qualquer razão financeira ou econômica para optar pela modalidade pública de emissão que traz consigo um custo elevado de estruturação e acompanhamento.

Trata-se de simples decisão de negócio que, no caso em tela, faz todo sentido do ponto de vista financeiro. Temos portanto, claramente demonstrada não somente a possibilidade de emissão privada das debêntures pela Recorrente, mas também, a coerência da decisão da empresa por esta modalidade de captação de recursos.

Indo além, o fato das debêntures terem sido subscritas, unicamente, por empresa que compõe o mesmo grupo econômico da emitente, ora Recorrente, não me parece, também, invalidar a operação.

Ora, temos aqui mais uma característica própria de uma emissão privada de debêntures participativas. Isso porque, no caso de emissão pública, o objetivo da empresa emitente é alcançar o mercado de capitais e convencer investidores que ainda não o conhecem a adquirir seus títulos. Por outro lado, no caso de emissão privada, invariavelmente, a empresa captadora dos recursos já conhece os investidores.

Este é o caso da operação em análise.

Assim, o fato da empresa subscritora das debêntures participativas ter relação societária com a empresa emissora não tem qualquer efeito, por si só, para desfigurar a operação, devendo para tanto, estar presentes elementos que demonstrem ter ocorrido verdadeira simulação ou fraude, o que poderia ser evidenciado pela ausência de entrega efetiva dos recursos financeiros correspondentes, desnecessidade de tais recursos ou não utilização nas atividades usuais da empresa emissora.

Nada disso foi demonstrado.

Aliás, conforme já me posicionei neste voto, as evidências todas são de que a operação fora real e não simulada, como defendido pelo auditor fiscal, sendo certo que, se o controlador tinha as opções de efetuar um aumento de capital, efetivar um mútuo ou adquirir debêntures de sua controlada, todas válidas e legais e, optou pela opção que melhor lhe atendia, adotando na essência e na forma, todas as providências decorrentes desta escolha, não possui a fiscalização competência para alterar esta escolha.

Quem deve conduzir os negócios é a administração da empresa e não o Fisco, cabendo a este último monitorar os contribuintes de forma a identificar eventuais abusos e simulações.

Logo, o fato de o aporte de capital ter sido promovido mediante privada de debêntures subscritas exclusivamente por empresa ligada, não configura razão suficiente para desqualificar os efeitos desta operação e muito menos para transformá-la em operação essencialmente diferente que é o aumento de capital.

Da motivação para emissão das debêntures

Segundo a fiscalização, as debêntures forem emitidas pela ora Recorrente com o intuito de atender política de dividendos da controladora do grupo empresarial, sediada no Canadá, a qual tomou recursos financeiros no mercado internacional, parte junto à empresa sediada em paraíso fiscal e os mutuou à debenturista, sua controlada indireta, para que esta pudesse pagar o preço das debêntures.

Ora, ainda que todas as colocações do auditor fiscal sejam verídicas em relação a este ponto, entendo que são todas irrelevantes ao presente caso.

Isso porque, o que se discute aqui é a despesa da ora Recorrente, relacionada à remuneração de debêntures emitidas para a empresa PTAPAR e não a despesa com mútuo incorrida pela PTAPAR ou a receita correspondente na Yamana.

Desta sorte, torna-se relevante, como já mencionado de forma até cansativa neste voto, verificar: i-) se tal despesa era necessária, ou seja, se os recursos financeiros eram necessários para a atividade da Recorrente; ii-) se os recursos foram utilizados nas atividades da empresa emissora e, iii-) se os recursos foram efetivamente aportados na empresa emissora.

Daí concluo que pouco importa qual fora a motivação da Yamana ou PTAPAR para a operação, pois, o que define para a Recorrente se a despesa é ou não dedutível, é a respectiva necessidade, normalidade e comprovação em relação à Recorrente, emissora do papel, conforme disposto na regra geral prevista no RIR/99.

As motivações da empresa Yamana e PTAPAR para executarem as operações são relevantes para fins de análise dos impactos tributários nestas empresas e não na ora Recorrente.

Também não concordo com o racional adotado pela fiscalização de que o atendimento à política de dividendos da Yamana desqualifica a emissão de debêntures da Recorrente.

Isso porque, é muito comum que decisões estratégicas de uma empresa sejam tomadas pela casa matriz ou controladora do grupo. Ora, trata-se do Princípio de que o dono é quem manda. Não há nada de errado nisso, desde que não resulte em operações simuladas ou prejudiciais às empresas controladas.

Isso vale para qualquer decisão de negócios. Por óbvio, uma empresa controladora ou holding não vai tomar decisões contrárias a seus interesses na condução de seus negócios. Isso é óbvio.

Se não havia interesse da controladora na capitalização das subsidiárias no Brasil através de aumento de capital, por ser uma opção que dificulta o retorno dos recursos em caso de necessidade (a redução de capital no Brasil é moroso e impõe espera de prazo de 90 dias para eventual manifestação de credores), não há motivos para desqualificar a forma escolhida pela empresa, nem tampouco, os efeitos daí decorrentes em suas controladas.

Observadas condições de mercado "*Arm's Lenght*" e tendo as operações trazido os resultados esperados e desejados para a Recorrente - captação de recursos financeiros sem custos fixos mas baseados nos resultados (lucro) que ela gerasse - o atendimento simultâneo aos interesses da controladora direta ou indireta não tem o condão de viciar a operação.

Não existiu no trabalho fiscalizatório qualquer questionamento acerca da necessidade da ora Recorrente de captar os recursos financeiros para utilização em seus negócios. O que existe é um conjunto de questionamentos sobre a escolha do instrumento debênture, a forma de emissão e remuneração e, **o caminho percorrido pelo dinheiro desde a Amulet até a Recorrente.**

No ponto ora em análise, o que deveria ser discutido então, é se a operação de empréstimo dos recursos da Yamana para a PTAPAR era realmente necessária.

Contudo, o resultado desta análise resultaria eventual glosa da despesa financeira incorrida pela empresa PTAPAR decorrente do empréstimo contraído. Tendo em vista que a PTAPAR não é a contribuinte autuada nestes autos e o empréstimo que esta

contraiu não é o evento que gerou a despesa na Recorrente, não há razão para avaliar neste voto se tal empréstimo fora necessário ou não.

Seguindo neste racional, desnecessário que este Conselheiro se alongue quanto às dúvidas geradas em relação à operação de captação de recursos entre a Yamana e a Amulet, ambas sediadas no exterior, pois, tais operações estão ainda mais longe da Recorrente e de suas despesa de remuneração de debêntures.

Assim, eventual atendimento, pela operação de emissão de dividendos da Recorrente, à política de dividendos da empresa Yamana, não traz em si qualquer efeito que desqualifique as debêntures emitidas e os respectivos efeitos fiscais daí decorrentes.

Da utilização de empresa veículo - PTAPAR

Segundo a Fiscalização, a debenturista - empresa PTAPAR, era empresa somente de papel, que não possuía sede ou empregados e que fora utilizada pela Recorrente como empresa veículo para que os recursos financeiros pudessem ao fim aportar no caixa da ora Recorrente, al entendimento dos fatos resultou na aplicação de multa qualificada de 150%.

A Recorrente não contesta o fato de que a empresa PTAPAR não possui empregados ou sede própria, e que utilizava as instalações físicas de outra empresa do grupo.

Por outro lado, a Recorrente demonstra indignação com a surpresa externada pela fiscalização em relação à descoberta de que a PTAPAR era uma empresa sem funcionários ou sede, isso porque, segundo a Recorrente, há muitos anos empresa PTAPAR vinha informando à autoridade fiscal, através das competentes declarações, a ausência de empregados e o endereço que utilizava, o mesmo que outras empresas do grupo também informavam ao fisco.

Primeiramente, é necessário termos em mente que qualquer empresa, com empregado ou não, com sede própria ou não, pode ser utilizada como empresa veículo.

Nesta toada, é também importante refletir que nem toda utilização de empresa veículo torna uma operação ilegal. Em outras palavras, por si só, a utilização de empresa veículo, se desacompanhada de qualquer ato fraudulento ou simulado, não vicia a operação.

Na realidade, a utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invariavelmente invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.

No caso em tela, a "empresa veículo" é a sociedade PTAPAR, que segundo o Fisco foi utilizada pela Recorrente com o objetivo único de possibilitar a criação da despesa relacionada às debêntures emitidas.

Aqui é importante destacar que o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, como se verá mais adiante, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte que levassem ao mesmo resultado tributável.

Este racional já encontra amparo no CARF, conforme os julgados aqui destacados:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102-000.982 - 1º Câmara / 2º Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Aliás, temos diversos precedentes desta brilhante 1º Turma da 2º Câmara, dentre os quais destaco recente julgado (Acórdão n. 1201-001.364) de relatoria do ilustre Conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

Ementa: AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes.

Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico "transfira" o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se

do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo.

“DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada “empresa veículo”.

Destaco aqui também, trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcelo Cuba Netto no já mencionado acórdão n. 1201-001.267:

“(…)

Em relação ao emprego da chamada “empresa veículo” cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um “mal em si mesmo”.

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque o simples emprego de “empresa veículo” não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da “empresa veículo” e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.”

Destaco também julgado desta própria turma, em caso que também foi de relatoria do ora Conselheiro Relator no **acórdão 1201.001-438**:

*UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE.
AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.*

A utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique.

No caso em tela, é importante destacar também que, estando disponíveis ao contribuinte, outras opções que resultariam no mesmo efeito tributário, que é a dedução da despesa relacionada à captação de recursos para utilização nas atividades da empresa, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o efeito fiscal.

No caso em tela, se excluirmos a figura da empresa PTAPAR, temos que a Recorrente poderia ter emitido debêntures nas mesmas condições para a empresa Yamana, incorrendo na mesma despesa. Poderia ainda, contrair empréstimo diretamente com a Yamana e, assim, gerar despesa financeira relacionada à captação de recursos .

O fato é que, uma vez que a acusação é de criação artificial e/ou simulada, de despesa referente à remuneração de debêntures, o papel desempenhado pela empresa PTAPAR é de todo irrelevante, pois, os mesmos efeitos tributários seriam alcançados se toda a operação houvesse sido perfectibilizada diretamente entre a Recorrente e a empresa Yamana.

Quero ressaltar aqui que a existência de outras opções, além da utilização da assim chamada empresa veículo, já revela o descabimento da glosa da dedução da despesa de remuneração das debêntures sob tal fundamento.

Aliás, se chegarmos à conclusão que a operação poderia ter ocorrido no mesmos moldes, independentemente da existência da empresa PTAPAR, podemos concluir também que a empresa PTAPAR não funcionou como empresa veículo, tendo sido, tão somente, a empresa que desempenhou o papel de debenturista, assim como poderia ter sido a empresa Yamana.

Assim, seja em razão da empresa PTAPAR não ter funcionado como empresa veículo, seja pelo fato de que a utilização de uma empresa veículo, por si só, não tem o efeito de desqualificar a operação relacionada, afasto também este fundamento da fiscalização para fins de glosa da despesa da Recorrente com a remuneração das debêntures emitidas para a empresa PTAPAR.

Do atraso no pagamento de principal e encargos das debêntures

Segundo a fiscalização, a Recorrente deixou de pagar no prazo de vencimento contratado, os montantes de principal e encargos das debêntures emitidas, tornando indedutível a respectiva despesa.

Ora, me parece aqui que o agente fiscal ignora o chamado Regime de Competência, privilegiando o Regime de Caixa e isso não é correto.

Vale aqui fazer um simples exercício. Vamos desconsiderar todos os demais argumentos utilizados pela Fiscalização e focar somente neste ponto, relacionado ao não pagamento da obrigação no prazo de vencimento e conseqüente indedutibilidade da despesa no período de competência.

Pois bem, se a Recorrente houvesse apurado Prejuízo Fiscal no período de vencimento das obrigações das debêntures e, em razão disso, tivesse deixado de pagar tais obrigações (e deduzir a despesa) para, num período seguinte em que apurasse Lucro Real, vir a pagar a obrigação e deduzir a despesa, deveria o Fisco aceitar tal Regime de Caixa?

Como já mencionado, os dispositivos do RIR/99 que dão fundamento para a dedução da despesa com a remuneração das debêntures emitidas são os artigos 299 (regra geral) e 462, inciso I (regra específica).

Tais dispositivos mencionam as despesas pagas ou incorridas e as participações asseguradas às debêntures, respectivamente. Ambas são regidas pelo Regime de Competência.

Apesar da acusação fiscal falar apenas em atraso na devolução de principal e no pagamento de participações, é salutar ressaltar que ainda que em atraso, a Recorrente procedeu à devida liquidação de principal e participação nos lucros junto à debenturista.

Neste ponto, destaco novamente trecho do acórdão n. 1101-000.889, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa que avalia situação em que também não houve pagamento ao debeturista no prazo estipulado:

" Diz também a Fiscalização que os pagamentos das participações não observaram as disposições contratuais. Não houve pagamentos em 31/12/2006, mas apenas um registro parcial de encontro de contas entre empresas do grupo, seguido de outros registros em 16/03/2007 e 30/04/2007. Quanto aos valores devidos em 31/12/2007, ocorrências semelhantes foram verificadas. O fiscal autuante observa que não houve novos recursos envolvidos nesta operação, apenas circulação de valores entre empresas ligadas e pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Todavia, a Fiscalização não logrou demonstrar que estes rendimentos beneficiaram outras pessoas que não a debenturista. As compensações internas envolveram direitos de crédito da debenturista contra outras empresas do grupo, e não é possível exigir que a liquidação das participações se dê, exclusivamente, em moeda, mormente tendo em conta a submissão das empresas ao mesmo controle, e a afirmação fiscal de que o grupo econômico opera utilizando caixa único movimentando valores entre os partícipes. A inexistência de novos recursos, como demonstrado na introdução deste voto, é relevante no momento da subscrição das debêntures, e isto não foi questionado pela Fiscalização, exceto quanto ao fato de não ser externo ao grupo."

Vê-se também neste julgado que eventual ausência de pagamento no prazo estipulado, até mesmo em decorrência de conjuntura econômica desfavorável na época, não inviabiliza a dedução da despesa dentro do período de competência.

Penso da mesma forma e, portanto, concluo que tal argumento utilizado pela fiscalização se mostra frágil para fins de glosa da dedução da despesa ora em análise.

Das debêntures emitidas pela empresa Maracá

A partir da página 111 do TVF, o Sr. Fiscal passa a fazer uma extensa exposição de doutrina relacionada ao direito contratual, em especial no que se refere à Teoria da Imprevisão, para com isso colocar e xeque as alterações no percentual de participação de lucros nas debêntures emitidas pela empresa Mineração Maracá.

Destaco aqui trecho do TVF:

"Alterações do percentual de remuneração das debêntures emitidas pela Maracá – inconsistência jurídica

359. Como já analisado e concluído anteriormente, essas mudanças de percentuais de remuneração não fazem qualquer sentido lógico e econômico. Adicionalmente, essas alterações (que equivalem à aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios) são repelidas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro.

*360. Essas inconsistências lógicas e jurídicas nas alterações dos percentuais de remuneração do contrato de debêntures demonstram que as empresas não vivenciam os efeitos do negócio jurídico formalizado. Nessa operação (se fosse verdadeira), a debenturista deveria receber o lucro na forma estabelecida originalmente. No tópico seguinte, demonstraremos que essas alterações do percentual de **remuneração das debêntures emitidas pela Maracá**, sem qualquer sentido, foram realizadas para satisfazer a política de dividendos da Yamana e as necessidades de capital das empresas operacionais, **o que inclui as necessidades financeiras e os resultados da Serra da Borda.."** (grifo nosso)*

Vemos aqui que o auditor fiscal menciona elementos e ocorrências relacionadas às debêntures emitidas por uma outra empresa (Mineradora Maracá) para ao fim colocar dúvidas quanto à empresa Serra da Borda, ora Recorrente.

Vemos aqui que o trabalho fiscal ignorou por completo o **Princípio da Entidade**, da mesma forma como já havia feito quando utilizou argumentos relacionados à eventuais vícios das operações de funding da empresa Yamana e, passo seguinte da empresa PTAPAR, para ao final glosar despesas da empresa Serra da Borda.

O Princípio da Entidade reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e **afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de**

qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos - esta é a definição dada pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC.

Diante disso, impossível deixar de questionar: em que ponto as alterações das condições das debêntures emitidas pela empresa Mineradora Maracá poderiam afetar as debêntures emitidas pela ora Recorrente? Resposta: nenhum.

Isso porque, a Recorrente é pessoa jurídica distinta da empresa Mineradora Maracá, possui patrimônio, direito e obrigações próprias, não se confundindo uma entidade com outra.

Se mencionadas alterações ocorridas nas debêntures emitidas pela empresa Maracá têm o condão de viciá-la, isso deve ser objeto de análise e eventual lançamento contra a empresa Maracá e, de forma alguma, servir de fundamento para lançamento contra a Recorrente.

Em suma, após detida análise de todos os argumentos colocados pelo Sr. Auditor Fiscal para proceder à autuação, bem como, de toda documentação acostada aos autos, não vejo motivos para manter a glosa da despesa incorrida pela Recorrente na captação de recursos via emissão de debêntures.

Isso porque, entendo que os fatos trazidos pela fiscalização em relação às operações que antecederam a emissão de debêntures, em especial, as operações de captação de recursos da empresa Yamana junto à Amulet no exterior e o posterior empréstimo destes mesmos recursos da Yamana para a PTAPAR, adquirente das debêntures da Recorrente, em nada desqualificam tais debêntures e despesas decorrentes.

As operações questionadas são estranhas aos limites de atuação da Recorrente, pois, relacionadas à pessoas distintas, sendo certo que, se, de fato, existirem vícios em tais operações, os efeitos tributários daí decorrentes devem ocorrer nas empresas PTAPAR e Yamana e não na ora Recorrente.

Além disso, as alegações do fisco relacionadas às condições de emissão das debêntures (forma privada, remuneração concentrada em participação nos lucros, percentual alto de participação nos lucros e pagamento em atraso) não encontram respaldo legal.

Isso porque, inexistente qualquer ilegalidade nas adoção das condições mencionadas e, mais importante, inexistente qualquer evidência de simulação.

No caso em tela, restou comprovado que a Recorrente i-) necessitava de caixa para desenvolver seus negócios; ii-) tal caixa efetivamente ingressou na Recorrente e iii-) tais recursos foram utilizados na consecução do objeto social da empresa, tudo isso, espanca qualquer alegação de simulação, pois, a intenção da Recorrente foi captar recursos e o fez através de instrumento que possui exatamente esta função.

Ao tentar desqualificar a operação como emissão de debêntures e qualificá-la como verdadeiro aumento de capital, a fiscalização incorreu em verdadeira ingerência sobre os negócios da Recorrente, pois, dentre duas opções válidas e legais, optou a Recorrente por aquela que melhor lhe atendesse do ponto de vista societário,

Processo nº 10120.731585/2012-42
Acórdão n.º 1201-001.466

S1-C2T1
Fl. 60

financeiro e, por que não, tributário, vez que a opção por instrumento legais e válidos menos gravosos do ponto de vista tributário, não é e nunca poderá ser considerado uma infração.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário apresentado para ACATAR a preliminar de DECADÊNCIA em relação ao ano de 2006 e no MÉRITO, DAR PROVIMENTO.

É como voto!

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator

Voto Vencedor

Redator designado Eva Maria Los

Preliminar de Decadência do lançamento referente ao ano-calendário 2006.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais uniformizou jurisprudência no sentido de que, a partir da Lei nº 8.383, de 1991, o IRPJ sujeita-se a lançamento por homologação; assim, sendo, o prazo para efeito da decadência é de cinco anos contados do fato gerador, salvo dolo ou o não pagamento antecipado pelo contribuinte; o mesmo entendimento se aplica à CSLL.

O contribuinte optou pelo regime de apuração anual, com recolhimentos de estimativas mensais, com base em balanços/balancetes de suspensão/redução.

Foi cientificado dos lançamentos de ofício de IRPJ e CSLL relativos aos fatos geradores em 31/12/2006 e 31/12/2007, em 16/12/2012.

Argumenta que efetuou o pagamento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL de 10 e 11/2006, além de não ter sido caracterizado o dolo, o que deslocaria a contagem do prazo de decadência para o art. 173, I do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e os lançamentos relativos a 31/12/2006 estariam atingidos pela decadência.

De fato, se pagas as estimativas mensais de 10 e 11/2006 e se afastado o dolo, estariam homologados os pagamentos efetuados e atingidos pela decadência os lançamentos referentes a 31/12/2006; anexou as Declarações de Compensação - Dcomp de págs. 9.244/9.316 (9.229/9.301)ou, de compensação de débitos de 2362 - IRPJ estimativa mensal e 2484 - CSLL, de 10 e 11/2006, como prova.

No que tange à argumentação de que as estimativas de 10 e 11/2006 foram pagas, cabe a análise da veracidade dos fatos:

- A Recorrente não informou se as compensações declaradas foram homologadas;
- Por outro lado, apurou saldos negativos de IRPJ e CSLL, na apuração anual na DIPJ retificadora entregue em 01/06/2009, espontânea (pois anterior ao Termo de Início em 14/12/2010):
 - Ficha 12A - Cálculo do IRPJ Lucro Real; linha 18. IR a pagar R\$(-)785.645,26
 - Ficha 17 - Cálculo da CSLL; linha 54. CSLL a pagar R\$(-)363.735,47.
- A Recorrente não informa se aproveitou os saldos negativos de IRPJ e CSLL, que apurou em 2006, para requerer tais créditos a fim de utilizá-los na compensação de débitos posteriores; mas conforme págs. 9.347 (ou 9.332) a Recorrente consumiu estes créditos de saldos negativos, na compensação de outros débitos;

- A Recorrente não alegou, nem comprovou que tivesse tido retenções de IRPJ ou de CSLL na fonte no ano-calendário 2006.

Eis que o § 1º do art. 150, e o art. 156, do CTN são claros:

Art. 150. § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

(...)

V - a prescrição e a decadência;

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150, §§ 1º e 4º

Essas disposições do CTN definem que o pagamento homologado pela autoridade administrativa extingue o crédito tributário; e se decorridos 5 (cinco) do fato gerador, sem que a autoridade administrativa tenha se pronunciado, a homologação é tácita e o crédito não mais pode ser lançado, pois ocorreu a decadência; o corolário é que, na ausência de pagamento, não há o que homologar, não há homologação tácita, nem extinção do crédito tributário.

Cabe destacar que o CTN, ao ser promulgado, já reconhecia o instituto da compensação; porém, ao se referir à decadência, limita-se a definir que a decadência ocorre após 5 (cinco) anos do pagamento. Por isso, há argumentos, no sentido de que a compensação não está prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Contudo, analise-se a compensação. A compensação homologada pela autoridade administrativa também extingue o crédito tributário; e se a compensação declarada pelo contribuinte não for objeto de decisão da autoridade administrativa, ocorre a homologação tácita 5 (cinco) anos depois da data da entrega da DComp, art. 74, §§1, 2º e 5º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(...)

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003)

O contribuinte protocolou as Dcomp referentes às estimativas mensais, em 30/11/2006, pág. 9.244 (ou 9.229), 29/12/2006, pág. 9.238 (ou 9.223), em diante; de onde a contagem do prazo para extinção por homologação tácita se concluiria em 30/11/2011 e 29/12/2011; porém tais Dcomp foram objetos de Despachos Decisórios antes de que ocorresse homologação tácita - não há qualquer indicação de que tivesse ocorrido homologação tácita.

Efetuiu a apuração anual na DIPJ do ano-calendário 2006 em que apurou Saldos Negativos de CSLL e IRPJ, (partindo da premissa que suas Declarações de Compensação seriam homologadas) e tais créditos foram por ele requeridos para utilização desses créditos na compensação de outros débitos.

Assim, não se pode aceitar que houvesse ocorrido pagamento de estimativas mensais, dado que, se homologadas as compensações, tais valores foram objeto de apuração anual, na qual, apurados créditos de Saldos Negativos, tais créditos foram consumidos pela Recorrente, na compensação de outros débitos.

Não ocorreu o pagamento das estimativas de 10 e 11/2006.

Além de que, as estimativas mensais são antecipações do valor devido na apuração anual, cujo fato gerador é 31/12/2006; as estimativas antecipadas são deduzidas do valor de IRPJ apurado no ano; no caso, foram apurados saldos negativos e nenhum IRPJ ou CSLL a pagar no ano; e não foram efetuados pagamentos a esses título.

Não tendo sido efetuado qualquer pagamento, a contagem do prazo decadencial se desloca para o art. 173, I do CTN e o lançamento relativo ao ano-calendário 2006 não foi atingido pela decadência.

A título de complemento, informa-se que se verificou nos sistemas da SRF que algumas das Dcomp referentes às estimativas mensais de 10 e 11/2006 foram totalmente homologadas, algumas homologadas parcialmente e algumas, objetos de despachos decisório em discussão administrativa; nenhuma foi homologada tacitamente.

Os saldos negativos de IRPJ e CSLL que a Recorrente apurou na DIPJ do ano-calendário 2006, considerando como pagas as estimativas de 10 e 11/2006, foram por ele aproveitadas na compensação de outros débitos:

- Dcomp nº 39957.23575.080909.1.7.02-9273: Saldo negativo IRPJ no valor de R\$(-)785.645,26 - deste crédito, foram reconhecidos R\$406.772,51 e consumidos em compensação de débitos posteriores;
- Dcomp nº 03733.84390.080909.1.7.03-8258: Saldo negativo CSLL no valor de R\$(-)363.735,47 - deste crédito, foram reconhecidos R\$160.948,43 e consumidos em compensação de débitos posteriores.

Tais fatos, obviamente, são de conhecimento da Recorrente.

No que se refere a retenções de IRPJ ou CSLL na fonte, a consulta aos sistema DIRF do ano-calendário 2006 foi: "*Não consta como beneficiário de retenção*".

Mérito

Empresas independentes realizam negócios conforme as condições impostas pelo mercado. O princípio *arm's length* busca alcançar o valor da operação praticada entre pessoas relacionadas como se estivessem negociando em condições de livre comércio, isto é, como empresas independentes, num ambiente de livre concorrência.

O princípio *arm's length* é adotado expressamente por muitos países; o Brasil também adotou o referido princípio, já que sua Constituição alberga o princípio da igualdade, e este é que dá o fundamento ao *arm's length*.

O código civil brasileiro estabelece os contornos do conceito de associação, que existe quando há o controle societário, a coligação, a participação, o grupo de empresas ou o consórcio. Como Sociedades Coligadas, o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, define no art. 1.097, como aquelas que “em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação (...)”; e a Lei das S A's, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 265, autoriza a constituição de grupos de sociedades pela controladora e suas controladas.

Operação Financeira dentro do Grupo Empresarial Yamana

A operação objeto da ação fiscal se deu entre empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial e sob o mesmo controle.

A controlada Serra da Borda vendeu debêntures à controlada PTAPAR, cobrando prêmio de emissão de 900% do valor de face, valor este não sujeito à devolução ao término do prazo de pagamento das debêntures e que foi incorporado ao patrimônio líquido da Serra da Borda como reserva de capital.

A remuneração pactuada dessas debêntures foi de 90% dos lucros antes do IRPJ e CSLL, da Serra da Borda e resultou nas despesas dedutíveis para a mesma de:

- R\$13.230.026,71 em 2006, que reduziram o valor do lucro tributável em 90%;
- R\$38.291.746,40, em 2007, que também reduziram o lucro tributável em 90%.

O autuante provou que as condições de emissão dessas debêntures foram completamente desconformes com o que é praticado no mercado: das 223 Ofertas Primárias de Debêntures Registradas na CVM, de 2005 a 2009, nenhuma foi com base em participação em lucros; apenas 16 tiveram pagamento de prêmio de emissão sendo que o maior registrado foi de 2,35%.

Acrescente-se sobre juros de remuneração de debêntures, que é a modalidade mais comum, nas ofertas: fonte: <http://www.debentures.com.br/espacodoinvestidor/calculoeindexadores.asp>:

Encontre aqui exemplos detalhados de cálculos de valoração para debêntures indexadas a DI e índices de preços (IPCA e IGP-M).

Escolha abaixo o tipo de calculo desejado:

- % do DI
- % do DI com amortização e pagamento de juros

- *DI + Spread com amortização e pagamento de juros*
- *Índice de Preço + Taxa*
- *Índice de Preço + Taxa com amortização e pagamento de juros*

O citado *site*, apresenta uma explicação conceitual dos principais indexadores de remuneração deste mercado: Taxa DI – CETIP ; Taxas de Juros Prefixadas; TJLP – Taxa de Juros de Longo Prazo; TR – Taxa Referencial; Dólar Comercial; Taxa Anbid; IGP-M; IGP-DI; INPC; IPCA.

Um indexador comumente aplicado, a taxa DI, teve as seguintes variações ao ano: em 2006 -15,03% , 2007 - 11,82%. 2008 - 12,38%, 2009 - 9,88%, 2010 - 9,75%, sendo a média 11,77% ao ano (fonte: <http://www.portaldefinancas.com/cdi0607.htm>).

O valor total recebido da PTAPAR, pela Autuada, foi R\$128.397mil, remunerado com R\$13.230 mil em 2006 e R\$38.291 mil 2007, que correspondem aos percentuais de 69,83% e 29,82%, respectivamente.

Porém , importa destacar que somente o valor de face R\$12.839 mil, constituiu a debênture e cujo valor seria devolvido ao final do prazo avençado.

A PTAPAR capitalizou a Serra da Borda no valor de R\$115.557.300,00 e, se recalculada a remuneração sobre o valor de face da debênture adquirida, resultaria em percentuais ainda mais elevados de 103% no ano 2006 e 298,2% no ano de 2007.

A recorrente anexou estudo da PriceWaterhouse Coopers, págs. 10.389/10.405, em que calcula que, no espaço de tempo compreendido entre os aportes realizados entre 06/2005 e 10/2005 e a quitação em 05/2010, o rendimento real das debêntures resultou na taxa efetiva de juros de 13,35% ao ano (calculado sobre o total que a PTAPAR forneceu à Serra da Borda, R\$128.397 mil), dado que a Serra do Borda apresentou prejuízos nos anos de 2008 a 2012.

Cite-se o estudo:

Considerando os desembolsos mencionados acima, a SBMM realizou o pagamento da debênture em uma única parcela, em 21 de maio de 2010, no valor total de R\$ 64.361 mil (composto de principal, remuneração líquida e IRRF), conforme demonstrado na tabela abaixo.

Remuneração

Data: 21/05/2010

Nominal: 12.839.700

Remuneração líquida: 50.111.376

IRRF pagos: 1.410.000

Remuneração total: 51.521.376

Total Pagamentos: 64.361.076

Fonte: Contratos e Relatórios da Administração.

O argumento da recorrente é que, no período entre os aportes e a quitação, e calculado sobre o valor total do desembolso pela PTAPAR, o retorno, considerando que só ocorreram lucros nos anos autuados, 2006 e 2007, resultou dentro da média do mercado.

Cabem os seguintes questionamentos à conclusão do estudo:

- os prejuízos eram previstos?
- os anos 2011 e 2012 não devem ser considerados nesta análise, pois a quitação da debênture, portanto, o encerramento da operação, se deu em 05/2010.
- o rendimento de 13,35% ao que a PWC calculou não reflete a realidade da operação realizada; eis que a PTAPAR entregou R\$115.557.300,00, que passaram a integrar o PL da autuada, sem devolução (a PTAPAR posteriormente, deduziu como perdas, na sua apuração de resultados); a debênture foi no valor de R\$12.839 mil e é sobre a mesma que os rendimentos obtidos pela PTAPAR devem ser calculados (não sobre o total de R\$128.397.000,00), o que resultará numa taxa de juros muitíssimo maior do que 13,35% ao ano.

Remuneração de debênture exclusivamente com lucros; prêmio de emissão limites legais; emissão privada.

A legislação societária permite a remuneração de debêntures exclusivamente com participação nos lucros, bem como cobrança de prêmio de emissão e não estabelece limites - porque, o princípio do *arm's length*, isto é, o mercado, limita tais parâmetros, quando a operação é realizada em livre condição de concorrência, o que não foi o caso.

A legislação tampouco impede que a emissão seja privada e não pública.

As justificativas da Autuada de que a emissão foi privada, porque o mercado não considerava atrativo o investimento na Serra da Borda, de elevado risco, reforçam a conclusão de que a operação se distanciou do que seria uma operação regida pelas leis do mercado.

PTAPAR

A PTAPAR foi constituída em 22/04/2004, com capital de R\$100,00 (cem reais); em 01/10/2004, a Yamana Resources Brasil Ltd, empresa do grupo, controladora das empresas no Brasil adquiriu 99% capital da PTAPAR, permanecendo o capital integralizado no valor de R\$100,00, inclusive quando da aquisição das debêntures.

Somente veio a ser capitalizada quando da edição das regras de subcapitalização introduzidas no ordenamento pela Medida Provisória nº 472, de 15 de dezembro de 2009, convertida na Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, quando a Yaman Gold (controladora do grupo), a partir do momento em que entraram em vigor as regras de subcapitalização, que impediriam a dedução como despesa, dos juros de mútuo pela PTAPAR, transferiu o crédito de mútuo (cessão de dívida) para a Minera, empresa canadense do grupo, e esta o utilizou para subsecretar e integralizar capital na PTAPAR.

Quanto ao Prêmio de Emissão que pagou, foi deduzido como perda, reduzindo o lucro real e a base de cálculo da CSLL.

O fato de se tratar de empresa veículo ou não, não é relevante para o caso, dado que a operação poderia ter sido efetuada via outra empresa igualmente controlada, pertencente ao grupo.

O fato relevante é que se trata de empresa do grupo e submetida ao mesmo controle que a Autuada, portanto, não são empresas independentes.

Proveniência dos Recursos da PTAPAR, para a compra da debênture.

O grupo empresarial Yamana captou recursos no exterior:

- via empréstimo: A Yamana Gold Inc., sediada no Canadá, constituída sob as leis daquele país, controladora do grupo e controladora indireta da autuada captou US\$100.000.000 da Amulet (sita em paraíso fiscal), em 21/12/2004 (Escritura de Fideicomisso Alterada e Consolidada em 19/05/2005) - e liquidou antecipadamente a dívida de US\$100.000.000,00, em 05/05/2006 e, como parte do acordo para liquidação, a Amulet se tornou sócia da Yamana.
- E via emissão de ações pela empresa: quando o empréstimo foi quitado pela Yamana em 05/05/2006 e como parte do acordo do empréstimo anteriormente tomado, a Amulet subscreveu capital no mesmo valor.
- E via emissão de ações, para terceiros.

O autuante não conseguiu identificar quem são os sócios da Amulet, sediada em paraíso fiscal, passando a denominar "sócio oculto"; contudo, às págs. 9.988/10.397, a Autuada apresentou original e tradução juramentada de Declaração perante tabelião público no Estado de Nova York, datada de 30/04/2014, de advogado, consultor independente da firma Amaranth Advisors LLC, com subsidiária sita nas ilhas Caiman, que é Fundo formado em 2001 que captava dinheiro direta e indiretamente de investidores; a Amulet Limitd, sediada nas ilhas Caiman era subsidiária integral do Fundo, constituída em 2004, para manter investimentos no Fundo, e dissolvida voluntariamente em 2008; em 30/07/2004, a Amulet e a Yamana Gold Inc assinaram resumo de condições de empréstimo pela Amulet para a Yamana, em que o declarante atuou como consultor e que foi concretizado; declara que o empréstimo foi realizado em bases puramente comerciais; declara que em nenhum momento as empresas do grupo Yamana foram cotistas do Fundo, de onde provieram os recursos.

A criação da PTAPAR e a operação com debênture foram planejadas pelo grupo Yamana, junto com a Amulet, desde o momento em que ingressaram recursos da Amulet, via empréstimo, em 2004, cite-se o autuante:

50. Ressaltamos ainda que, antes mesmo da celebração da Escritura de Fideicomisso, em

21/12/2004, entre a Yamana e o BNY Trust Company of Canadá como agente fiduciário, a

Yamana firmou diretamente com a Amulet um contrato (Contrato de Subscrição – fls. 5553/5586), em 15/10/2004, no qual a Amulet já se comprometia a comprar as notas emitidas pela Yamana para captar os US\$100.000.000,00, por meio de colocação privada, sob uma escritura de fideicomisso, tendo como agente fiduciário o BNY Trust Company of Canadá.

(...)

60. Além disso, os documentos relativos ao exercício das opções que a Amulet detinha para

compra de 5.000.000 de ações da Yamana (Exercise Form), (...)

(...)

82. Pela análise dos documentos apresentados, verificamos que os recursos para execução

dos projetos Chapada (administrado pela Maracá), São Francisco e São Vicente (administrados pela Serra da Borda) foram levantados pela Yamana, no exterior, ainda em 2004, sendo parte captada por meio de emissão pública de ações (US\$145.000.000,00) e o restante (US\$100.000.000,00) tomado por meio de empréstimo junto à empresa Amulet, situada em paraíso fiscal, objeto do contrato denominado Escritura de Fideicomisso (Trust Indenture). O capital emprestado pela Amulet estava condicionado ao pagamento de juros fixos, penalidades por inadimplemento e outros acréscimos contratuais, além de ter sido garantido pelo penhor de todos os ativos das subsidiárias brasileiras da Yamana. Os recursos captados pela Yamana foram então transferidos, para PTAPAR, com base em dois contratos: (i) Mútuo Entre Empresas Coligadas – Mútuo A (Intercompany Interest Accrual Loan Agreement, de 27/01/2005, no valor de US\$120.000.000,00) e (ii) Mútuo Entre Empresas Coligadas – Mútuo B (Intercompany Interest Pay Loan Agreement, de 27/01/2005, no valor de US\$125.000.000,00). Ao receber os recursos da Yamana, a PTAPAR imediatamente fez a transferência deles para a Maracá e para a Serra da Borda, a título de pagamento pela aquisição das debêntures emitidas por estas últimas.

Os recursos foram transferidos pela Yamana Gold Inc. (controladora do grupo sediada no Canadá) para a PTAPAR, na forma de mútuo entre empresas com pagamento de juros, em 27/01/2005:

76. Os contratos de mútuo celebrados entre a Yamana e a PTAPAR (fls. 2735/3177) , em 27/01/2005, que foram aprovados pela Amulet...

74. Como se constata, já na escritura de emissão, ficou definido, pela Yamana e o BNY Trust Company (representando a Amulet, e esta representando o financiador oculto), que os valores repassados à PTAPAR pela Yamana seriam na forma de empréstimo. Também ficou definido pela Yamana e pelo financiador oculto que a PTAPAR iria investir os valores recebidos na Maracá (Mina Chapada) e na Serra da Borda (Mina São Francisco e Mina São Vicente) de tempo em tempo e quando necessário, para financiar os projetos, em debêntures participativas, que seriam penhoradas à Fiduciária imediatamente na emissão dessas debêntures.

95. Em 21/12/2004, na primeira versão da Escritura de Fideicomisso celebrada entre a Yamana e o BNY Trust Company of Canadá, fls. 7991, a PTAPAR foi definida como a “Holdco Brasileira” que iria adquirir as “Debêntures de Participação nos Lucros – DPLs” que seriam emitidas, no ano seguinte (2005), pelas empresas operacionais Maracá e Serra da Borda. (Grifou-se.)

Assim, a PTAPAR recebeu, na forma de mútuo da controladora para a controlada, os recursos captados; adquiriu as debêntures; recebeu remuneração na forma dos 90% dos lucros da Serra da Borda e usou os recursos para pagar os juros do mútuo recebido da controladora.

Nitidamente, a PTAPAR serviu de intermediária, no Brasil, da operação de suprir a Serra da Borda de recursos; gerar despesa dedutível de remuneração de debêntures na Serra da Borda; e ao receber os lucros e utilizá-los no pagamento de juros de mútuo, transferir esses recursos a título de juros, que para ela também foram despesa dedutível, para a controladora do grupo que havia tomado o empréstimo no início do processo.

Destinação final dos recursos

Dos recursos captados, o Prêmio de Emissão de 900% restou aplicado no Patrimônio Líquido da Serra da Borda; 90% dos lucros gerados pela Serra da Borda foram receita financeira na PTAPAR, tributada em parte, porque sobre o valor restante depois de

deduzidos da despesa financeira de juros do mútuo que pagou à controladora do grupo no Canadá, que quitou o empréstimo com a Amulet muito antes do prazo pactuado; cite-se o autuante:

192. Entretanto, em 5 de maio de 2006, antes de a Maracá e a Serra da Borda começarem produzir comercialmente - o que somente ocorreu em fevereiro de 2007 e agosto de 2006, respectivamente -, a Yamana liquidou a dívida com a Amulet, com praticamente cinco anos de antecipação de seu vencimento, utilizando recursos provenientes de novas ações colocadas no mercado. O empréstimo venceria no sexto aniversário da Data de Formação de Capital, conforme Parágrafo 2.4 Termos das Notas Iniciais, da Escritura de Fideicomisso, de 19/05/2005, fls. 8028/8029. De acordo com o documento Short Form Prospectus, de 25/04/2006, esta data seria 28/04/2011, fls. 5957/5971.

Justificativa para a operação com debêntures.

83. De ser ver, portanto, que bem antes da emissão das debêntures, ocorrida em maio de 2005, a Yamana já havia decidido investir nas minas Chapada e São Francisco, e todos os recursos financeiros necessários aos projetos já tinham sido viabilizados por meio de novas ações colocadas no mercado e pelo empréstimo de seu financiador oculto, este remunerado por juros fixos e totalmente garantido pelo penhor de todos os ativos das subsidiárias brasileiras da Yamana. A própria construção da Chapada, conforme consta da transcrição acima, já havia sido iniciada em novembro de 2004, 07 (sete) meses antes da emissão das debêntures.

A emissão das debêntures pela Serra da Borda, para serem investidas pela PTAPAR visou a redução de impostos e não a captação de recursos pela autuada, dado que os recursos já haviam sido obtidos pelo grupo Yamana e não havia razão para o exorbitante Prêmio de Emissão, senão capitalizar a Autuada; e a inédita participação nos lucros de 90%, corresponde exatamente à proporção de "capital social" fornecido pela PTAPAR (via Prêmio de Emissão e aquisição das debêntures) - explicando melhor: a recorrente apresentou o seguinte quadro: o valor captado com a emissão de debêntures foi de R\$128.397 (89,04%)mil; o capital social era de apenas R\$15.806 mil (10,96%), a soma é R\$144.203 mil (100%) - os 90% de lucros de remuneração são justificados pela proporção de recursos resultantes das debêntures.

Mas tal situação pode se interpretado de outro ângulo.

A proporção de participação no resultado de cada acionista é na proporção do capital detido; de fato, apenas 10,96% eram o capital da autuada, o Prêmio de Emissão 80,1% passou a integrar o PL da autuada, restando o valor de face das debêntures (8,9%) como passivo a ser devolvido:

Serra da Borda - Capital social	R\$ 15.806.018,00 - 10,96%
Debêntures - valor de face	R\$ 12.839.700,00 - 8,9%
Prêmio de emissão	R\$ 115.557.300,00 - 80,1%
Total	R\$ 144.201.018,00 - 100%

O autuante (§§ 382 e seguintes do TVF) aponta, com base em Modesto Carvalhosa, *in* Comentários à Lei das Sociedades Anônimas (Vol. 1, da Editora Saraiva, Edição de 2002 - p. 647, 649, 652, 653), que a própria natureza das debêntures participativas mostra que se trata de investimento de capital ao ser definido que 100% da remuneração seria em função do lucro (90%), ou seja, a remuneração está associada ao risco da atividade produtiva da Serra da

Borda; por isso, tal debênture não mais se caracteriza como título de dívida comercial, líquida e certa, assumindo as características de capital de risco.

O impugnante classifica como antiquada a interpretação, contudo, é inegável a característica de capital de risco desta DPL.

A Recorrente argumenta que optou pela emissão das debêntures, pois queria os efeitos jurídicos e fiscais ocasionados por essa operação, dos quais se destacam (i) a manutenção de controle acionário - contudo, verifica-se que, tendo em vista que tanto a Autuada como a PTAPAR estavam sob controle da mesma empresa, nenhuma diferença faria; (ii) o não comprometimento em custos financeiros de captação de dinheiro - verdadeiro, porém a liberalidade constatada pelo autuante no que se refere ao não cumprimento de prazos avançados de pagamento, aliada à ausência de previsão de mora por atrasos, e o fato de serem empresas do mesmo grupo, desmentem a afirmativa; (iii) a não obrigação de pagamento de todo o montante captado - de fato, somente 10% do valor captado na forma da debênture foi devolvido, o restante incorporou no PL.

E a conclusão fiscal foi de que, na realidade, a intenção foi capitalizar a Autuada - a proporção de remuneração dos acionistas, proporcional ao capital detido, corresponde aos 90% Capital próprio+prêmio de emissão).

Como descrito, a Yamana captou recursos da Amulet, que ao final do processo, utilizou os mesmos recursos na aquisição de participação acionária no grupo - em última análise a Amulet investiu os recursos na capitalização do grupo, e tornou-se sócia.

Mais uma vez se evidencia que o conjunto de operações visou repassar recursos para viabilizar os projetos da Autuada; mas, pela forma escolhida, a operação entre a empresa especialmente criada PTAPAR e a Autuada não obedeceu o princípio *arm's lenght* a ser observado em transações entre empresas de um mesmo grupo empresarial, sob o mesmo controle, e visou reduzir IRPJ e CSLL pagos pela Autuada e a PTAPAR.

Efetivamente, a despesa de remuneração das debêntures com 90% dos lucros, equivale a distribuição de resultados a acionistas, porém, na forma de despesa, é dedutível, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Cabível, portanto a glosa desta despesa, pois se obedecidas as condições de mercado, caberia o pagamento de juros ou participação nos lucros em valores como praticados pelas empresas em geral, e o Prêmio de Emissão também seria em percentual compatível com o mercado.

Em síntese, o grupo empresarial efetuou um planejamento tributário para a operação de transferência de recursos para os projetos da Serra da Borda, de forma a reduzir os IRPJ e CSLL a pagar pela última e pela PTAPAR; e isto só foi possível, porque tanto uma como a outra empresas eram do mesmo grupo empresarial, ambas sob o mesmo controle.

Se fossem empresas independentes, agindo sob influência do mercado, tal operação de emissão e aquisição da debênture seria inviável e não ocorreria.

Dessa forma, ambas empresas e o grupo empresarial como um todo beneficiaram-se indevidamente da redução dos tributos descrita, ferindo o princípio constitucional da igualdade.

Multa qualificada.

A Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, § 1º determina que o percentual de 75% da multa de ofício será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, isto é, se comprovados:

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

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

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

Art 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

O autuante caracterizou a operação como simulação de aporte de capital e distribuição de dividendos.

A Recorrente se escuda na legislação, argumentando que a lei não impede a operação realizada, que não infringiu qualquer lei, que não pode a administração tributária restringir decisões operacionais e gerenciais de uma empresa, a qual é livre para desenvolver suas ações visando entre outros, redução de despesas tributárias, que se trata de elisão fiscal e não evasão.

Trata-se, neste caso, de conjunto de operações em que, como se concluiu, foi escolhido um caminho para financiar as operações da Autuada, que resultou em redução dos valores pagos de IRPJ e CSLL, somente possível por se tratar de empresas pertencentes ao mesmo grupo - em tese, nenhuma limitação havia à remuneração pactuada - porém, evidenciou-se que tal operação não seria possível em condições de livre mercado, entre empresas independentes.

Resultou infringido o princípio constitucional da igualdade, pela vantagem indevida frente a outras empresas num regime de livre concorrência; tivesse sido a operação realizada dentro do princípio *arm's length*, tal vantagem não teria ocorrido.

Contudo, não se identifica que tenha sido claramente evidenciados a sonegação, fraude ou conluio, dado que a operação foi realizada às claras, os recursos efetivamente carregados para financiar as operações da autuada.

À vista de não restar evidente a infração à Lei nº 4.502, de 1964, deve a multa qualificada ser convertida na multa de ofício do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, isto é deve ser reduzida a 75%.

Processo nº 10120.731585/2012-42
Acórdão n.º **1201-001.466**

S1-C2T1
Fl. 72

Redator designado Eva Maria Los

CÓPIA