



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

Processo nº 19311.720193/2014-47
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.340 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de abril de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente FIDELITY PROCESSADORA E SERVIÇOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA - NÃO OCORRÊNCIA

A decisão recorrida foi exaustiva e seus fundamentos foram congruentes e suficientes para o resultado alcançado. O fato de, em algumas passagens, reproduzir as palavras da autoridade fiscal não implica nulidade. É apenas consequência de ter concordado com seus fundamentos.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO

A decadência é instituto jurídico que pune o não exercício de um direito. Enquanto inexistir valor a ser lançado, não há direito a ser exercido pela Fazenda Pública, de tal modo que a decadência se afere a partir do fato gerador e não das datas das operações que repercutem na quantificação da exigência tributária.

OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em sequência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

REGRAS GERAIS DE DEDUTIBILIDADE. ÁGIO. DESPESA.

Ágio é despesa, submetida a amortização, submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, e com repercussão tanto na apuração do IRPJ quando da CSLL, conforme art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

MULTA QUALIFICADA

O dolo capaz de ensejar a aplicação da multa qualificada deve ser específico. Não basta o querer praticar a conduta. Deve haver também a consciência da sua ilicitude. O tema principal da autuação diz respeito a planejamento tributário abusivo, o qual tem sido resolvido de forma casuística pelo CARF e, mesmo nesta casuística, casos similares obtêm soluções díspares. Dessa forma, em face da jurisprudência ainda titubeante, sobretudo na época dos fatos, não é possível afirmar que o contribuinte possuía plena convicção da ilicitude das suas condutas, as quais foram todas formalizadas de forma bastante transparente para uma fácil apreciação das autoridade fazendárias.

MULTA ISOLADA

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Sobre a multa de ofício devem incidir juros a taxa Selic, após o seu vencimento, em razão da aplicação combinada dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e a arguição de decadência. Iniciada a discussão em relação ao mérito da autuação, foi levantada pela Conselheira Livia De Carli Germano questão prejudicial ao seguimento do julgamento, haja vista a existência de processo conexo ainda não definitivamente julgado no âmbito do CARF; decidiu a Turma, por voto de qualidade, não sobrestar o julgamento do presente processo. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Livia De Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga. Por unanimidade de votos: a) negar provimento ao recurso: i) em relação à glosa das despesas com a amortização do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL; ii) em relação à glosa de prejuízos fiscais, das bases de cálculo negativas da CSLL e dos prejuízos fiscais não operacionais; b) dar provimento ao recurso para afastar a multa qualificada. Neste ponto a Conselheira Livia De Carli Germano votou pelas conclusões. Por maioria de votos: a) negar provimento ao recurso em relação aos juros sobre a multa de ofício. Vencida a Conselheira Letícia Domingues Costa Braga; b) dar provimento ao recurso para afastar a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Relativamente às peças iniciais de acusação e defesa, tomo de empréstimo o relatório da autoridade julgadora de primeiro grau:

Tratam-se de autos de infração à legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, lavrados em 19/05/2014, contra a contribuinte em epígrafe, em decorrência do procedimento de fiscalização autorizado pelo MPF nº 0812400.2013.00683, relativos a fatos geradores ocorridos nos ANOS-CALENDÁRIO 2010, 2011 e 2012, que resultaram na constatação de AMORTIZAÇÕES INDEDUTÍVEIS (ágio), COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO NÃO OPERACIONAL, COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL, COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO NÃO OPERACIONAL COM RESULTADO AJUSTADO OPERACIONAL e MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

Conforme DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO PROCESSO, foram apuradas infrações cujos créditos tributários autuados perfazem o montante de R\$ 52.470.200,92, no qual encontra-se incluída a multa de ofício qualificada de 150% e os juros de mora calculados até a data da lavratura.

Do auto de infração lavrado em relação ao IRPJ apurado, consta as seguintes infrações:

0001 AMORTIZAÇÃO
VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS

Amortização indedutível em função da natureza do direito, conforme Termo de Verificação do Procedimento Fiscal que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2010	21.130.065,96	150,00
31/12/2011	21.130.065,96	150,00
31/12/2012	21.130.065,96	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2012:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 249, inciso I, 251, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325 do RIR/99

Art. 385, § 2º, inciso III. Art. 386, inciso II do RIR/99

0002 SALDO INSUFICIENTE
COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO NÃO OPERACIONAL

O sujeito passivo compensou prejuízos não operacionais em montante superior ao saldo desse prejuízo, conforme detalhamento nos demonstrativos de apuração e no Termo de Verificação do Procedimento Fiscal que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	24.717,72	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250, inciso III, 251, 509 e 510 do RIR/99

0003 SALDO INSUFICIENTE
COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL

O sujeito passivo compensou prejuízos operacionais em montante superior ao saldo desse prejuízo, conforme

plan o. 11/2012

Processo nº 19311.720193/2014-47
Acórdão n.º 1401-002.340

S1-C4T1
Fl. 3.375

detalhamento nos demonstrativos de apuração e no Termo de Verificação do Procedimento Fiscal que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2011	2.060.831,65	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250, inciso III, 251, 509 e 510 do RIR/99

**0004 USO INDEVIDO DE PREJUÍZO NÃO OPERACIONAL
COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO NÃO OPERACIONAL COM RESULTADO AJUSTADO OPERACIONAL**

O sujeito passivo compensou prejuízos fiscais sem observar as regras de compensação do prejuízo não operacional, conforme Termo de Verificação do Procedimento Fiscal que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	114.252,41	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250, inciso III, 251, 509, 510 e 511 do RIR/99

**0005 MULTA OU JUROS ISOLADOS
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA**

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução. A falta de pagamento decorre da glosa de despesas de amortização de ágio, conforme Termo de Verificação do Procedimento Fiscal que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Multa
31/01/2010	154.073,40
28/02/2010	71.946,98
31/03/2010	226.892,34
30/04/2010	37.532,74
31/07/2010	112.875,81

31/01/2011	154.073,40
31/03/2011	156.524,69
31/05/2011	608.364,07
30/06/2011	487.688,10
31/07/2011	444.180,28
31/08/2011	307.658,53
31/10/2011	444.613,81
30/11/2011	221.523,67
31/12/2011	132.362,97
31/01/2012	221.201,75
28/02/2012	221.681,50
31/03/2012	221.673,60
31/05/2012	444.076,63
30/06/2012	221.880,28
31/07/2012	221.886,07
31/08/2012	221.876,53
30/09/2012	221.809,97
31/10/2012	221.757,13
30/11/2012	221.974,18
31/12/2012	218.811,86

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 31/01/2010 e 31/12/2012:

Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Em seu Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal fez consignar o que adiante sintetizado.

Relata a autuante que o procedimento fiscal iniciou-se buscando o cumprimento das obrigações tributárias decorrentes da amortização de ágio na aquisição de investimentos.

Destaca que uma operação de aquisição, no montante de 104 milhões de reais teria gerado ganhos tributário de cerca de 120 milhões de reais.

Em sucinto histórico, esclarece a autoridade que a contribuinte pertence ao grupo Fidelity, o qual, em 2006, constituiu, juntamente aos grupos empresariais ABN Amro e Bradesco, uma joint venture para a prestação de serviços de processamento de cartões aos bancos e a terceiros. Afirma que o que explicaria a associação dos grupos empresariais é a prestação de serviços pela atuada aos bancos.

Separa, então, o negócio jurídico em duas partes: contrato de prestação de serviços e contratos de associação.

O grupo Fidelity teria criado a Fidelity Processadora (atuada) a partir de sua empresa brasileira, a Certegy Ltda. O grupo teria investido cerca de 79 milhões de reais na empresa, propondo-se a pagar aos bancos pela assinatura do contrato um bônus de 168 milhões de reais, além de 49% das ações da Fidelity Processadora.

Do referido bônus, 50 milhões de reais teriam sido pagos em dinheiro, sendo o restante (118 milhões de reais) quitados através de notas promissórias cujos pagamentos teriam por vencimento evento futuro e incerto.

Entende a fiscalização que, para serem isentos de tributos e gerarem benefício fiscal de amortização de ágio, o pagamento do bônus e a cessão de ações foram feitos na forma de transferência patrimonial para empresa de propriedade dos bancos.

E prossegue:

O Grupo Fidelity criou uma empresa de nome Holdco One que investiu na Miaplacidus, que detinha os ativos financeiros do bônus e as ações da Fidelity Processadora.

Os bancos criaram a Celta Holdings e a Celta Processadora. A Celta Holdings era proprietária da Celta Processadora. Os bancos contrataram serviços com a Celta Processadora, empresa com ativos de R\$871,00 em conta banco e inativa por força de contrato.

A Celta Holdings incorporou a Miaplacidus, recebendo acervo constituído dos ativos financeiros (notas promissórias e dinheiro) e 100% das ações da Fidelity Processadora. A Holdco One escriturou ágio na aquisição de investimento na Celta Holdings. Os bancos ficaram com 49% da Celta Holdings e a Holdco One com 51%.

A Fidelity Processadora incorporou a Celta Processadora, sucedendo-a nos contratos de prestação de serviços como contratada.

A Celta Holdings resgatou as ações de sua emissão pertencentes à Holdco One, entregando à Holdco One 51% das ações da Fidelity Processadora avaliadas pelo valor contábil.

A Celta Holdings ficou com os ativos financeiros e 49% das ações da Fidelity Processadora. A Holdco One recebeu 51% das ações da Fidelity Processadora pelo valor do antigo investimento (investimento + ágio) extinto e escriturou ágio nessa aquisição.

A Fidelity Processadora incorporou a Holdco One e contabilizou ativo diferido de ágio na incorporação no valor de cerca de 211 milhões de reais. Começou a amortizá-los em janeiro de 2010, à razão de 10% ao ano.

As notas promissórias, que ao final ficaram na posse da Celta Holdings, não foram pagas e em 2010 foram substituídas por outras no valor de cerca de 97 milhões de reais. A diferença (118 – 97) poderia ser baixada pela Celta Holdings como despesa.

Se os atos relativos às notas promissórias fossem válidos, o ágio teria sido criado a partir de obrigações que começaram a ser pagas quase cinco anos após a aquisição da participação acionária, e terminariam de ser pagas quase dezesseis anos após a aquisição.

Fizemos constar deste Termo de Verificação os negócios de 2010 porque entendemos que o contribuinte visou, ao qualificar um novo negócio como novação de obrigação existente, demonstrar que a transferência patrimonial de 2006 era verdadeira, e que o ágio contabilizado em algum momento foi ou seria pago.

Glosamos as despesas de amortização do ágio utilizadas pelo contribuinte na apuração do IRPJ e CSLL. Aplicamos a multa qualificada sobre os tributos não recolhidos em virtude da utilização de atos nulos (simulação da constituição de ativos contábeis de notas promissórias, simulação de novação de obrigações, simulação de contratos de prestação de serviços com interposta pessoa e motivo ilícito). Aplicamos multa isolada incidente sobre estimativas de IRPJ e CSLL não recolhidas.

Passa a fiscalização a relatar cada uma das intimações científicas à contribuinte, mencionando as respostas recebidas e documentos apresentados.

Nesse contexto, expõe que a contribuinte esclareceu não terem sido pagas as notas promissórias de migração e de volume, sendo repactuadas. Menciona, também, que o valor acordado está sendo pago.

Em atendimento à intimação cientificada em 19/02/2014, a contribuinte apresentou petição em 11/03/2014 confirmando que a interpretação da fiscalização de que não existe contrato de licença em nome da Celta Processadora estaria correta.

Foram, ainda, realizadas diligências junto à autuada e às empresas Age Participações Ltda, Fidelity Participações e Serviços Ltda e Celta Holdings S.A., sendo os documentos e informações colhidos utilizados no procedimento fiscal.

Os fatos constatados pela fiscalização foram:

Os Grupos Bradesco, ABN Amro e Fidelity associaram-se e tornaram-se acionistas, direta ou indiretamente, da empresa Fidelity Processadora e Serviços Ltda. Esta prestará serviços de processamento de cartões de crédito aos bancos e empresas afiliadas, bem como a terceiros.

Os Grupos assinaram diversos contratos e promoveram diversas aquisições, cisões, incorporações, alterações de contratos sociais e estatutos, dos quais participaram (não necessariamente de todos os contratos) as empresas listadas a seguir:

Parte bancos: Banco ABN Amro Real S.A., Banco Bradesco S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (CBSS), União Participações Ltda, Celta Holdings S.A., Celta Processadora e Serviços S.A.. A CBSS é empresa controlada pelo Bradesco, com participação do ABN. No contrato de investimento, os bancos garantem o volume de dados da CBSS. A União é empresa controlada pelo Bradesco.

Parte Fidelity: Fidelity National Information Services, Inc., Fidelity National First Bankcard Systems, Inc., Ages Participações Ltda, Payment Brasil Holdings Ltda, Fidelity Participações e Serviços Ltda (novo nome de Certegy Ltda), Arcturus S.A., Holdco One S.A., Miaplacidus S.A. e Fidelity Processadora e Serviços S.A. (Ages e Payment são proprietárias da Certegy Ltda, e promoveram cisões, incorporações e integralizações de capital).

As partes assinaram, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou afiliadas os seguintes contratos, entre outros:

- a) Contrato de Compra e Venda de Notas Promissórias, de 31/03/2006
- b) Contratos de Parceria:
 - Contrato de Investimento, de 27/03/2006
 - Acordo de não concorrência, de 18/04/2006
 - Acordo de Acionistas da Celta Holdings, de 18/04/2006
 - Acordo de Acionistas da Fidelity Processadora, de 31/09/2008
 - Contrato de Garantia, de 18/04/2006
- c) Contratos de Serviços
 - Contrato de Termos Comuns para Processamento de Cartões e Outras Avenças, de 24/03/2006
 - Contratos Individuais de Serviços para Processamento de Cartões e Outras Avenças, de 24/03/2006
 - Contrato de Licença de Software de Contingência, de 18/04/2006

Conjuntamente, os contratos de Parceria e de Serviços formam os Contratos de Associação.

Conjuntamente, os contratos de Parceria e de Serviços formam os Contratos de Associação.

Posteriormente, o Grupo Santander adquiriu o ABN Amro. Rescindiou os contratos de serviços assinados pelo ABN Amro (substituídos por outros de menor expressão econômica) e retirou-se da Associação. O Bradesco permaneceu na sociedade, e redefiniu com o Grupo Fidelity as bases dos contratos e da associação.

Foram assinados os seguintes acordos e contratos:

- Memorando de Entendimentos, de fevereiro de 2010
- Term Sheet (Sumário de Termos e Condições), de 05/07/2010
- Memorando de Entendimentos (MOU), de 05/08/2010
- Termo de Rescisão do Contrato Individual Santander, de 05/08/2010
- Aditamento à Garantia, de 05/08/2010
- Aditamento ao Contrato de Investimento, de 05/08/2010
- Aditamento ao Contrato de Termos Comuns, de 05/08/2010
- Segundo Aditivo ao Acordo de Acionistas, de 05/08/2010
- Segundo Aditamento ao Contrato de Termos Comuns, de 29/10/2010
- Acordo de Acionistas, de 30/09/2008
- Contrato de Associação, de 03/11/2010

Documento assinado digitalmente por [nome] em 03/11/2010 às 22:00:00

- Terceiro Aditivo e Consolidação do Acordo de Acionistas, de 03/11/2010
- Contrato Individual para Processamento, de 03/11/2010

Reproduzimos a seguir trechos dos diversos documentos analisados. Negritamos partes que consideramos relevantes.

A autoridade fiscal passa, então, a reproduzir partes de vários contratos firmados pelas empresas participantes da joint venture, dos quais se destacam:

1 - contrato celebrado em 24/03/2006 entre, de um lado, Banco Bradesco S.A. (Bradesco), Banco ABN Amro Real S.A. (Banco Real e, em conjunto com o Banco Bradesco, Bancos) e Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (CBSS e, em conjunto com os bancos e afiliadas dos bancos e de CBSS, os clientes), e de outro lado Celta Processadora e Serviços S.A. (Processadora e, juntamente com os Clientes, as partes), e de outro lado ainda Certegy First Bankcard Systems Inc. (FBS) e Certegy Ltda (CEY Brasil), do qual se extrai:

2 - Na mesma data, a CBSS, o Bradesco e o Banco Real celebraram, cada um individualmente, contratos com a Celta processadora e Serviços S.A. de prestação de serviços.

3- Em 27/03/2006 fora pactuado o contrato de investimento, apesar de a data de Fechamento nele referida ser 18/04/2006.

São partes do referido contrato: Banco Abn Amro Real S.A. (ABN); Banco Bradesco S.A. (Bradesco); União Participações Ltda (União); Celta Holdings S.A (Celta Holdings); Celta Processadora e Serviços S.A. (Celta); Holdco One S.A. (CEY Holdco I); Miaplacidus S.A. (CEY Holdco II); Certegy Processadora e Serviços S.A. (CEY Opco); Certegy Ltda (CEY); Certegy First Bankcard Systems, Inc. (FBS); Arcturus S.A. (CEY Top Holdco); Fidelity National Information Services, Inc. (Controladora CEY).

4- Contrato de compra e venda de notas promissórias, firmado em 31/03/2006, entre a Certegy Capital, Inc. e a Certegy Ltda.

As características constantes das notas promissórias contratadas são as seguintes:

- (i) 7 (sete) notas promissórias, emitidas pela Fidelity National à Certegy Capital, cada uma delas no valor de R\$10.000.000,00, e 1 (uma) nota promissória no valor de R\$9.000.000,00, cada uma das notas chamada "Promissória do Desenvolvimento";
- (ii) 1 (uma) nota promissória emitida pela Fidelity National à Certegy Capital no valor de US\$26.000.000,00 (vinte e seis milhões de dólares norte-americanos), chamada "Promissória da Migração";
- (iii) 1 (uma) nota promissória emitida pela Fidelity National à Certegy Capital no valor de US\$14.750.000,00 (quatorze milhões e setecentos e cinquenta mil dólares norte-americanos), chamada "Promissória da Primeira Migração";
- (iv) 1 (uma) nota promissória emitida pela Fidelity National à Certegy Capital no valor de US\$14.750.000,00 (quatorze milhões e setecentos e cinquenta mil dólares norte-americanos), chamada "Promissória do Volume".

A autoridade informa que as notas foram transferidas sem qualquer restrição, tendo a Certegy Ltda total liberdade em sua transferência.

Quanto ao preço de compra, traz o contrato:

Preço de Compra. Em contraprestação pela compra das Promissórias, a Certegy Ltda. pagará à CEY Capital os seguintes valores (conjuntamente, o "Preço de Compra"):

- (i) R\$79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais) pelas Promissórias de

Desenvolvimento;

- (ii) US\$26.000.000,00 (vinte e seis milhões de dólares norte-americanos) pela Promissória da Segunda Migração;
- (iii) US\$14.750.000,00 (quatorze milhões e setecentos e cinquenta mil dólares norte-americanos) pela Promissória da Primeira Migração;
- (iv) US\$14.750.000,00 (quatorze milhões e setecentos e cinquenta mil dólares norte-americanos) pela Promissória de Volume.

4. Pagamento do Preço de Compra. A menos que seja de outro modo acordado pelas Partes, a Certegy Ltda. pagará ou fará com que seja pago o Preço de Compra dentro de 36 (trinta e seis) meses a contar da data deste instrumento. A Certegy Ltda. pagará o Preço de Compra, em fundos imediatamente disponíveis, de acordo com as instruções de pagamento a ser fornecidas pela CEY Capital por escrito à Certegy Ltda. A Certegy Ltda. também terá o direito de pagar o Preço de Compra, total ou parcialmente, mediante cessão, transferência e/ou endosso de qualquer das Promissórias à CEY Capital dentro do prazo de pagamento previsto acima.

Transcreve, então, trechos das notas promissórias traduzidas, conforme apresentadas pela autuada:

"A Fidelity National Information Services, Inc., compromete-se a pagar à Certegy Capital, Inc., juntamente com os seus sucessores e cessionários autorizados, ... o valor de principal de US\$14.750.000,00.... Salvo se pago antecipadamente, o saldo devedor desta Primeira Promissória de Migração equivalente ao Primeiro Pagamento de Migração, e todos os outros valores devidos e exigíveis segundo esta Primeira Promissória de Migração equivalente ao Primeiro Pagamento de Migração, serão devidos e exigíveis na Data de Vencimento (conforme definido neste instrumento).

“Esta Primeira Promissória de Migração equivalente ao Primeiro Pagamento de Migração é emitida de acordo com os termos e condições do Contrato de Investimento datado de 27 de março de 2006, entre o Banco ABN Amro Real S.A., Banco Bradesco S.A., União Participações Ltda., Certegy Capital, Inc., Celta Processadora e Serviços S.A., Holdco One S.A., Miaplacidus S.A., Certegy Processadora e Serviços S.A., Certegy Ltda., Certegy First Bankcard System, Inc., Arcturus S.A., e a Fidelity National Information Services, Inc. (o “Contrato de Investimento”).

“1. Data de Vencimento. Esta Primeira Promissória de Migração equivalente ao Primeiro Pagamento de Migração será devida e exigível pela Emitente dentro de 30 (trinta) dias a partir da sua apresentação, após a Data de Migração (conforme definido no Contrato de Investimento).”

“A Credora nomeada nesta Promissória neste ato transfere a presente Promissória, a partir de 31 de março de 2006, à Certegy Ltda., sociedade limitada devidamente constituída e validamente existente segundo as leis do Brasil, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob nº 69.313.674/0001-42, e endossa esta Promissória conforme segue:

“PAGAR A:

“Certegy Ltda....”

5- Em 18/04/2006, fora assinado o acordo de acionistas Celta Holdings, cujas partes são a União Participações, ABN e Holdco One, participando como intervenientes e anuentes a Celta Holding (Companhia), Fidelity Processadora (Subsidiária), Certegy Ltda e Bradesco.

6- Em fevereiro de 2010, fora firmado um "Memorando de Entendimentos", onde exposto que o Santander cessará a contratação dos serviços da Fidelity Processadora, passando a processar internamente todos os negócios de cartões do Real.

7- Em 05/07/2010 fora firmado o Term Sheet entre os Grupos Fidelity e Bradesco, com o objetivo de estabelecer termos e condições básicos da reestruturação da associação entre ambos.

8- Em 05/08/2010 fora assinado novo Memorando de Entendimentos, conforme previsto no Term Sheet anterior.

A autoridade fiscal reproduz, ainda, excertos do aditamento efetuado.

A autuante passa, então, a discorrer sobre as diversas alterações contratuais, de estatutos sociais e atas de assembléia.

Em ato contínuo, relata a preparação das empresas para a constituição do ágio ora questionado:

Inicialmente, o Bradesco era investidor da União. Os bancos prepararam suas empresas de modo que a União e o ABN tornaram-se os investidores da Celta Holdings, empresa com patrimônio de 1 milhão de reais, integralizados R\$999.000,00 em dinheiro e R\$1.000,00 em investimento na Celta Processadora, (cf. consulta JUCESP da União; Anexo 1.1.3, item 3, do Contrato de Investimento; AGE dei2/04/2006 da Celta Holdings).

Em 24/03/2006 foram assinados o "Contrato de Termos Comuns para o Processamento de Cartões e Outras Avenças" e os

"Contratos Individuais para o Processamento de Cartões e Outras Avenças", pelos quais a Celta Processadora prestará serviços de processamento de cartões para os bancos Bradesco e ABN, e para a empresa CBSS pertencente ao Grupo Bradesco. A Certegy Ltda também participa dos contratos, garantindo que tem todas as condições para fazer com que a Celta Processadora consiga atender aos contratos. A Celta Processadora era empresa inativa, com patrimônio de apenas R\$ 871,00 em Bancos, conta movimento, (documentos juntados ao processo).

Em 27/03/2006 foi assinado Contrato de Investimento, que estabelece as condições em que ocorrerá a constituição da "joint venture". (doc. juntado ao processo).

Em 31/03/2006 a Certegy Ltda, empresa operativa de processamento de cartões no Brasil pertencente ao Grupo Fidelity, adquiriu da empresa americana Certegy Capital, Inc., mediante "Contrato de Compra e Venda de Notas Promissórias", para pagamento a prazo, 11 (onze) notas promissórias emitidas pela Fidelity National Information Services, Inc., chamadas notas de desenvolvimento (8 notas), notas de migração (2) e nota de volume (1). (doe juntado ao processo).

As empresas Ages e Payment eram sócias da Certegy Ltda. (cf. contrato social).

Nos preparativos do negócio, a Certegy Ltda diversas vezes foi cindida, aumentou seu capital e integralizou capital de empresas, de modo que partes de seu acervo foram atribuídas a quatro empresas de prateleira: Arcturus, Holdco One, Miaplacidus, e Fidelity Processadora, (empresas de capital irrisório inativas há anos; cf. Anexo 1.1.4 do Contrato de Investimento; alterações de contrato social e atas de assembléias).

A Arcturus comprou as ações da Holdco One. (livro Reg. de Ações Holdco One).

A Fidelity Processadora, novo nome da empresa de prateleira Betelgeuse, renomeada Certegy Processadora, se tornou empresa de processamento de cartões operativa através do recebimento de patrimônio oriundo de cisão da Certegy Ltda. Aumentou o capital de R\$600,00 para R\$104.977.237,00. Recebeu os ativos operacionais, todo o imobilizado e todo ativo diferido, pessoal, softwares, antigos clientes e contratos, e as notas de desenvolvimento no valor de R\$79.000.000,00. (AGE de 03/04/06).

Após a cisão, a Certegy Ltda aumentou seu capital, integralizado com as ações da Fidelity Processadora (44a alteração do Contrato Social em 04/04/2006). Em 07/04/2006 a Certegy Ltda integralizou capital da Arcturus mediante entrega das ações da Fidelity Processadora. (AGE de 07/04/2006).

A Miaplacidus é Empresa veículo, tendo por objeto a participação em outras empresas, que aumentou seu capital de R\$600,00 para R\$168.176.750,00 mediante o recebimento de patrimônio oriundo de cisão da Certegy Ltda (AGE de 05/04/2006). Recebeu R\$50.000.000,00 em conta Caixa/Bancos

e as notas de Migração e de Volume no valor de R\$118.176.150,00 (45ª alteração contrato social da Certegy Ltda). Mediante integralizações de capital, as ações da Miaplacidus foram transferidas para a Certegy Ltda (46ª alteração contrato social da Certegy Ltda de 06/04/2006), e desta para a Arcturus (AGE de 07/04/2006). Em seguida, a Miaplacidus aumentou seu capital em R\$104.959.280,00, integralizado mediante entrega de ações da Fidelity Processadora pela Arcturus (AGE de 10/04/2006). O capital passou a ser de R\$273.136.030,00.

A Holdco One é empresa veículo, tendo por objeto a participação em outras empresas. Foi comprada pela Arcturus, que integralizou aumento de seu capital de R\$1.000,00 para R\$274.407.072,00, mediante entrega da totalidade das ações da Miaplacidus. O acervo da Miaplacidus na ocasião era constituído dos recursos financeiros no valor de R\$50.000.692,09, as notas promissórias de migração e de volume no valor de R\$119.447.100,00, as ações da Fidelity Processadora no valor de R\$104.959.280,23 e ativo diferido de R\$2.546,80. (AGE 11/04/2006 Holdco One).

A Certegy Ltda é remanescente das cisões e teve seu nome alterado para Fidelity Participações. Permaneceu com antigos ativos não destinados à joint venture, com a dívida junto a Certegy Capital relativa à compra das notas promissórias, e com investimento na Arcturus.

Portanto, imediatamente antes da associação com os bancos as empresas do Grupo Fidelity estavam assim organizadas: a Fidelity Participações detinha a dívida pela aquisição das notas promissórias e detinha investimento na Arcturus, que investia na Holdco One, que investia na Miaplacidus. A Miaplacidus detinha depósitos bancários de 50 milhões, a posse das notas promissórias de migração e de volume no valor de 118 milhões, e investimento de 104 milhões na Fidelity Processadora. A Fidelity Processadora era a empresa de processamento de cartões operativa.

3.2 Reorganização

A Celta Holdings incorporou a Miaplacidus, recebendo seu acervo. A Miaplacidus contabilizou como acervo aplicações financeiras de R\$50.000.062,09, notas promissórias de migração e de volume no valor de R\$119.447.100,00, investimento na Fidelity Processadora de R\$104.959.280,23 e ativo diferido de R\$2.546,80 (AGE da Holdco One de 11/04/2006). A Holdco One passou a deter 51% da Celta Holdings, adquirida mediante integralização de capital de R\$1.040.816,00 e contabilização de ágio de R\$272.372.806,32 (o ágio contabilizado corresponde a 26169% do valor das ações adquiridas) (AGE de 18/04/2006). A Celta Holdings registrou essa vultosa reserva de ágio e os ativos financeiros (depósitos e notas promissórias de migração e de volume) e investimentos na Celta Processadora e na Fidelity Processadora.

A Fidelity Processadora incorporou a Celta Processadora, e recebeu acervo constituído de R\$871,00 e os contratos de prestação de serviços aos bancos e CBSS. (AGE de 19/04/2006).

Dois anos depois, a Holdco One retirou-se da sociedade Celta Holdings. A Celta Holdings devolveu a participação de 51% em suas ações mediante a entrega de 51% das ações da Fidelity Processadora que lhe pertenciam. Os ativos financeiros (aplicações financeiras e notas promissórias) no valor de R\$152.623.500,40 permaneceram todos na Celta Holdings, embora em princípio a Holdco One tivesse direito a 51% deles. Abrindo mão de R\$77.837.985,20 em favor da Celta Holdings, a Holdco One, que antes escriturava um ágio de R\$133.462.674,94 relativo ao investimento na Celta Holdings, passou a escriturar um ágio na aquisição de investimento na Fidelity Processadora de R\$211.300.660,15. (AGE de 30/09/2008 da Celta; AGO de 25/04/2008 da Holdco One para o valor do ágio antigo; conta Ágios s/ Investimentos para o valor do novo ágio; laudos de avaliação contábil e econômica).

A Fidelity Processadora incorporou a Holdco One (AGE de 31/12/2009).

Ao final, os investidores da Fidelity Processadora passaram a ser a Celta Holdings, com 49% das ações e Fidelity Participações, com 51% das ações.

A Fidelity Processadora vem amortizando o ágio contabilizado na Holdco One a partir de janeiro de 2010 à razão de R\$1.760.838,83 por mês (prazo de 10 anos; resposta ao Termo de Início do Procedimento Fiscal).

É essa a origem das notas promissórias transferidas para a Celta Holdings e de parte do ágio, correspondente ao valor dessas notas promissórias, contabilizado na Fidelity Processadora.

3.3 Renegociação dos contratos

O ABN Amro foi adquirido pelo Santander, que decidiu retirar-se da joint venture e rescindir o contrato de prestação de serviços.

Em fevereiro de 2010 o Bradesco, Santander e Grupo Fidelity formalizaram Memorando de Entendimentos estabelecendo os termos e condições dessa retirada, em que o Bradesco também demonstrava a intenção de sair da sociedade. Em julho de 2010 formalizaram novo documento, Term Sheet, ainda de caráter não vinculante, prevendo a permanência do Bradesco. Em agosto de 2010 assinaram novo Memorando de Entendimentos (MOU), prevendo a permanência do Bradesco na Sociedade e no contrato de prestação de serviços, bem como a inserção de novos cartões do Bradesco (Amex e Elo), a possibilidade de o Bradesco desistir de processar esses novos cartões e ainda de retirar-se da associação (docs juntados ao processo; o ME de fevereiro consta como anexo ao MOU).

Nos termos contratados, o Santander vendeu suas ações da Celta Holdings para a própria Celta Holdings, pelo valor de R\$1,00, e

decidiu-se a redução de 25,96% do valor das notas promissórias de migração e de volume, correspondente ao que seria a participação do Santander nessas notas (documento Aditamento ao Contrato de Investimento, de 05/08/2010).

O Bradesco, através da União, se tornou o único investidor da Celta Holdings.

Em 03/11/2010 Bradesco e Grupo Fidelity assinaram Contrato de Associação. As notas promissórias foram devolvidas a sua emissora FIS, e o valor dos créditos, quando realizada a migração dos cartões Bradesco, foi repactuado para o valor em reais equivalente a US\$21.841.800,00 mais R\$60.075.153,14, a serem pagos em 11 parcelas no prazo de 10 anos pela própria FIS à Celta Holdings (documento Contrato de Associação, de 03/11/2010).

A fiscalização qualifica então os fatos da seguinte forma:

Trata-se de constituição de "joint venture" entre o Grupo Fidelity, prestador de serviços de processamento de cartões, e os bancos Bradesco e ABN. O Grupo Fidelity entrou com a empresa e transferiu participação societária e recursos financeiros aos sócios. Os bancos entraram com sua capacidade de contratar a prestação de serviços pela "joint venture".

O negócio contém duas partes: (a) contratos de serviços e (b) associação na "joint venture", a Fidelity Processadora.

Claro que o contrato principal é o conjunto de contratos de prestação de serviços. Sem eles, não haveria a associação, posto que os bancos somente levam para a sociedade a capacidade de contratar. De fato, consta do Contrato de Investimento, no item "1.2 Fechamentos e Condições Precedentes ao Fechamento", subitem 1 2.3 e (i), que a assinatura do contrato e as obrigações do Grupo Fidelity têm como condição precedente a assinatura de cada um dos contratos de serviços relativos a cada um dos clientes.

Para contratar a prestação de serviços aos bancos, o Grupo Fidelity propôs-se a: (i) arcar com os custos de 79 milhões de reais para a adaptação de seus sistemas, desenvolvimento de outros sistemas, e implementação da estrutura empresarial necessária para atendê-los e a outros clientes; (ii) ceder uma participação de 49% em sua empresa; e (iii) pagar um bônus pela assinatura do contrato em valor equivalente a 168 milhões de reais.

Uma primeira parte do bônus, no valor de 50 milhões de reais em dinheiro, seria paga a vista; uma segunda parte, no valor de 40,75 milhões de dólares (cerca de 81 milhões de reais), seria paga se e quando ocorresse o início da prestação dos serviços para ambos os bancos e CBSS simultaneamente; e uma terceira parte, no valor de 14,75 milhões de dólares (cerca de 37 milhões de reais) seria paga se e quando, num prazo máximo de 36

meses, os serviços contratados atingissem determinados volumes de produção.

O planejamento tributário pretendeu isentar os bancos do pagamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incidentes sobre as ações e recursos financeiros a serem recebidos no valor total de cerca de 220 milhões de reais, nos quais se incluem 118 milhões de reais sob condições suspensivas que talvez fossem recebidos no futuro, e ainda obter um benefício fiscal de amortização do ágio de cerca de 74 milhões de reais (34% sobre todo o valor talvez transferido aos bancos).

O Grupo Fidelity criou as empresas Miaplacidus e Fidelity Processadora. A Miaplacidus detinha os recursos financeiros a serem transferidos aos bancos e as ações da Fidelity Processadora. Os bancos criaram a Celta Holdings, que incorporou a Miaplacidus, e a Celta Processadora que contratou prestação de serviços com os bancos e CBSS. A Fidelity Processadora incorporou a Celta Processadora. A Celta Holdings deu para a empresa Holdco One, em devolução de capital dos 51% de participação do Grupo Fidelity, 51% das ações emitidas pela Fidelity Processadora de sua propriedade. Dessa forma, a Celta Holdings passou a deter 49% das ações da Fidelity Processadora e os recursos financeiros de 168 milhões, recebidos por variação de participação societária isenta, e a Holdco One passou a deter 51% das ações da Fidelity Processadora e contabilizou ágio nessa aquisição. Posteriormente, a Fidelity Processadora incorporou a Holdco One, e passou a amortizar o ágio, gerando um benefício fiscal de cerca de 72 milhões de reais.

Ocorre que as notas promissórias não foram pagas e foram substituídas por outras no valor de 97 milhões de reais. Ainda assim, as partes delas se beneficiaram. O contribuinte aproveitou o benefício do ágio, amortizando o ágio contabilizado por sua incorporada à razão de 10% ao ano. A Celta Holdings, em vez de contabilizar receita de 97 milhões, poderia, se quisesse, substituir seu ativo de 118 milhões por outro de 97 e baixar a diferença como perda.

Ao todo, os negócios realizados poderiam gerar ganhos tributários diretos e indiretos para o contribuinte e sua investidora Celta Holdings que, se realizados e considerados válidos, somam cerca de 120 milhões de reais, como abaixo discriminados:

Na Fidelity Proc.:	IRPJ e CSLL s/ ágio amortizado:	211 milhões x 34% = 71
Na Celta Holdings:	PIS e COFINS s/ novação:	97 milhões x 9,25% = 9
	IRPJ e CSLL s/ novação:	97 milhões x 34% = 33
	IRPJ e CSLL s/ baixa de ativos:	21,0 milhões x 34% = 7

Total de ganhos tributários:

120 milhões de reais

Desses 120 milhões de reais, cerca de 89 milhões devem-se somente às notas promissórias, uma vez que o ágio

correspondente é de cerca de 118 milhões de reais (120 - 71 + 34% x 118).

Dos recursos originados do Grupo Fidelity os bancos receberam cerca de 50 milhões de reais em dinheiro e cerca de 54 milhões de reais em ações da Fidelity Processadora (49% de participação), num total de 104 milhões de reais de transferência patrimonial.

Demonstraremos: a) que o bônus a ser pago em dólares, na forma de notas promissórias, não é acervo transferido para a Celta Holdings, que os novos créditos não são novação de obrigação existente e que não existe ágio correspondente às notas promissórias; b) que o contrato de serviços é simulado e o ágio pago não tem fundamento em rentabilidade futura da participação adquirida; e c) que na verdade o ágio contabilizado pelo contribuinte nem mesmo existe.

Passa, em seguida, a detalhar as constatações mencionadas:

a) A simulação de ativos contábeis de notas promissórias

As notas foram emitidas no exterior pela Fidelity National Information Service, Inc., em benefício da Certegy Capital, Inc., e foram compradas desta pela Certegy Ltda, que as escriturou pelo valor de face. Portanto, a Certegy Ltda já é a segunda tomadora. Deveria dar-se aqui a abstração do título de crédito, isto é, sua desvinculação da relação fundamental que lhe deu origem. Mas nesse caso a abstração não ocorre.

a.1) Notas condicionais não são títulos de crédito

Consta da primeira nota de migração: "1. Data de Vencimento. Esta Primeira Promissória de Migração equivalente ao Primeiro Pagamento de Migração será devida e exigível pela Emitente dentro de 30 (trinta) dias a partir da sua apresentação, após a Data de Migração (conforme definido no Contrato de Investimento)". Dispositivo semelhante consta da segunda nota de migração.

Consta da nota de volume: "1. Data de Vencimento. Esta Promissória de Volume será devida e exigível pela Emitente dentro de 30 (trinta) dias a partir de sua apresentação, após a Data de Liberação do Volume (conforme definido no Contrato de Investimento)".

Conforme o contrato de investimento, "a "Data de Migração" significa a data em que a Migração de cada um e de todos os Clientes estiver completa ou que se considerar completa, de acordo com as disposições dos Contratos de Serviços, incluindo pelo menos o Volume Corrente" e "a "Migração" terá o significado estabelecido no Contrato de Serviços". Já "a "Data de Liberação do Volume" significa a Data de Migração ou após esta data, mas em nenhuma hipótese após 36 (trinta e seis) meses contados da Data de Fechamento, data em os Bancos e CBSS estiverem efetivamente processando com a Celta pelo menos o

seu respectivo Volume Esperado indicado na Tabela 1.3.1.2" do contrato.

O contrato ainda dispõe: "Se não houver uma Data de Migração, de acordo com os termos e condições estipulados no presente instrumento e nos Contratos de Serviços, as Notas de Migração deverão ser devolvidas e entregues para a CEY (ou qualquer outra Entidade CEY indicada pela CEY) sem qualquer custo, e a respectiva promessa de pagamento será considerada retirada, e nenhum pagamento será devido por qualquer Entidade CEY ou suas Afiliadas com relação ou como resultado dessas Notas da Migração".

CEY é a empresa Certegy Ltda, cujo nome mais tarde foi alterado para Fidelity Participações.

E ainda: "Se não houver uma Data de Liberação do Volume, de acordo com os termos e condições estipulados no presente instrumento e nos Contratos de Serviços, a Nota do Volume será devolvida e entregue para a CEY (ou qualquer outra Entidade CEY conforme indicado pela CEY) sem qualquer custo, e a respectiva promessa de pagamento será considerada retirada, e nenhum pagamento será devido por qualquer Entidade CEY ou suas Afiliadas com relação ou como resultado dessa Nota de Volume. Para que não haja dúvida, a Data de Liberação do Volume não deverá ter ocorrido ou deverá ocorrer se, dentro de 36 (trinta e seis) meses contados da Data do Fechamento, quaisquer dos Bancos ou a CBSS, não estiver efetivamente processando, com a Celta, ao menos seu respectivo Volume Esperado, estipulado na Tabela 1.3.1.2".(itens 1.3.3.2 e 1.3.4.2 do contrato de investimento).

Entendemos que essa construção decorre dos aspectos a seguir, e tem as consequências que indicamos.

Para haver transferência da obrigação de pagar o bônus futuro, que é cláusula contratual, é preciso reificar essa obrigação, transformá-la em ativo. Instrumentos para isso podem ser a Cessão de Crédito ou o Título de Crédito. Mas não basta a transferência do crédito ou título. É preciso que esse ativo financeiro entre na Celta Holdings avaliado pelo valor de face, de modo a não gerar receita no momento do recebimento do crédito. O ativo já tem de sair do Grupo Fidelity avaliado pelo valor de face. Então é preciso que antes da transferência o ativo tenha sido objeto de uma aquisição onerosa entre empresas do Grupo Fidelity.

O bônus de migração só será pago após a migração dos cartões de todas as três empresas que contrataram os serviços: CBSS (afiliada do Bradesco), o próprio Bradesco e o ABN Amro. Ou seja, quando a Fidelity Processadora estiver produzindo simultaneamente para ambos os sócios. É pagamento pelos cartões então já processados pelos clientes (cartões atuais no momento dos contratos). Importante frisar que é o processamento dos cartões de todas as empresas simultaneamente.

O bônus de volume remunera cartões futuros, e só será pago se e quando atingidos determinados volumes de produção, no prazo de até 36 meses.

Tanto a migração quanto o volume são condições suspensivas da obrigação de pagar.

O fato de o pagamento do bônus ser sujeito a condições suspensivas é um problema.

*Se o bônus fosse transferido para a Celta Holdings na forma de cessão de crédito, incidiria o **artigo 295** do Código Civil, que dispõe: "na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé". A Certegy Ltda seria credora da Certegy Capital apesar das condições suspensivas. A Miaplacidus é sucessora da Certegy Ltda por cisão, e a Celta Holdings é sucessora da Miaplacidus por incorporação. Portanto, estabelecer condições suspensivas seria inútil, e o crédito teria que ser pago para a Celta Holdings de qualquer maneira. Claramente, o Grupo Fidelity não faria o negócio com cessão de crédito e essa opção não era desejada pelas partes.*

A alternativa é utilizar títulos de crédito, e as partes optaram por notas promissórias. Mas o título de crédito tem autonomia e executividade. Ele sempre terá que ser pago. E isso também é problema para o negócio.

Claro que as partes podem estipular nos contratos que as notas promissórias sejam devolvidas, caso não ocorram as condições suspensivas. E de fato fizeram isso, como demonstrado anteriormente. As notas seriam devolvidas a empresa do Grupo Fidelity, sem qualquer custo, e nenhum pagamento seria devido em relação ou como resultado dessas notas promissórias.

Se fosse apenas isso, seria possível dizer que as condições de pagamento do bônus estão no contrato e não afetam a validade das notas.

Entretanto, as notas valem cerca de 118 milhões de reais e sua entrada sem custo numa empresa seria receita tributada. Se entregues a empresa brasileira, a tributação de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incide sobre, considerando as alíquotas de 25%, 9%, 1,65% e 7,6% respectivamente, seria de cerca de 51 milhões de reais.

A solução encontrada pelas partes foi fazer constar das notas promissórias a Data de Vencimento (item deste Termo "2.4 Contrato de Compra e Venda de notas promissórias"), definida como 30 dias após a data de Migração e de Volume, que por sua vez estão definidas no Contrato de Investimento como datas de ocorrência dos eventos de migração e de volume, por sua vez definidos nos Contratos de Prestação de Serviços. Se não ocorrerem os eventos, não ocorrerão as datas.

Um título de crédito com essas características teria valor nulo caso não ocorresse a condição suspensiva. Basta ver que se a data de vencimento não existisse o título seria incobrável. Então poderia entrar numa empresa a custo zero e de valor zero, sem ser tributado.

O que as partes quiseram é criar uma situação em que os créditos pudessem ser transferidos do Grupo Fidelity aos bancos como ativos avaliados pelo valor de face, mas que, caso não ocorressem os eventos previstos, retornassem ao Grupo Fidelity gratuitamente e por valor zero, sem a obrigação de ressarcir os bancos e sem abrir mão das economias tributárias decorrentes que chegariam a cerca de 89 milhões de reais.

Não existe um instrumento jurídico que permita um negócio como esse.

As condições de negociabilidade de uma obrigação de pagar são definidas em lei, pela combinação dos artigos 125 e 295 do Código Civil e artigos da Lei Uniforme de Genebra - LUG. Uma obrigação de pagar só pode ser negociada de forma onerosa se houver compromisso inescapável de pagar, assumido pelo obrigado ou por quem negocia com a obrigação.

*Dispõe o **artigo 125** do Código Civil que "subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa". Uma obrigação de pagar com condição suspensiva não se constitui direito até que ocorra a condição prevista. Não se pode vender o que não se tem e por isso a lei impõe condições de negociabilidade.*

*As características exigidas para uma nota promissória estão definidas nos artigos 75 a 78 da LUG. Uma nota promissória não precisa conter data de vencimento. Se não tiver, é exigível à vista. Mas se tiver, a data tem que ser um dos tipos elencados no artigo 33, conforme determina o artigo 77. As datas possíveis são: à vista, a um certo termo de vista, **a um certo termo de data**, e pagável num dia fixado. Claro que a data a que se refere a expressão "a um certo termo de data" é uma data que possa ser localizada no calendário.*

*As datas de vencimento constantes das notas promissórias são "a um certo termo de **DATA INCERTA**" (incerteza no sentido de que a data pode não ocorrer). Tais datas apenas na aparência obedecem à LUG. Entretanto, distorcem o significado da lei ante a possibilidade de não existirem. As notas não são à vista porque têm data de vencimento. Mas não serão executáveis porque a data de vencimento não pode ser localizada no calendário. Não é possível existir um título de crédito que pode não ser pago.*

As datas de vencimento, da forma como fizeram constar dos títulos de crédito, vincularam as notas promissórias aos contratos, retirando sua autonomia. Os vínculos constituem verdadeiras condições da promessa de pagar constante das notas.

Entendemos que essas datas de vencimento estão em desacordo com o artigo 33 da LUG; que as notas não são notas

promissórias; que as promissórias são nulas conforme artigo 166, inciso IV do Código Civil porque não têm a forma prescrita em lei; que não podem ser objeto de compra e venda, e que o negócio de compra e venda realizado é nulo. Esse negócio não pode gerar efeitos contra terceiros.

Os títulos não são autônomos, não são desvinculados da relação fundamental que lhes deu origem e não têm executoriedade. São portanto apenas cláusulas do Contrato de Investimento.

Entendemos que o objetivo das partes ao definir datas de vencimento dessa forma e colocá-las nas notas é justamente demonstrar que essas notas nada valeriam caso não atendidas as condições suspensivas, de modo que pudessem retornar ao Grupo Fidelity sem constituir receita. Não importa se a FIS recebeu-as como receita ou não; o que importa é que existiu a possibilidade de recebê-las por valor zero.

Entendemos que os negócios realizados com essas notas constituem fraude à lei, e são nulos conforme artigo 166, inciso VI, do Código Civil. Fraudam a LUG, no que se refere a títulos de crédito, e fraudam o Código Civil no que respeita à cessão de crédito.

Cabe perguntar se esse negócio (a constituição e transferência de ativos financeiros na forma de notas promissórias), poderia ser convertido para o negócio de cessão de crédito.

Dispõe o artigo 170 do Código Civil que "se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

Mas, como antes demonstrado, a opção pelo uso de títulos de crédito deve-se justamente ao fato de as partes não desejarem a cessão de crédito pois teria sempre que ser paga. Portanto não se pode converter o negócio para cessão de créditos.

Embora o fato superveniente da saída do Santander do negócio tenha criado uma situação favorável para o contribuinte no sentido de que seria desejável o aproveitamento do negócio realizado em 2006 para novação da dívida e economia tributária em relação aos novos negócios realizados em 2010, isso não permite supor que as partes desejariam contratar a cessão de crédito.

Dispõe o artigo 169 do Código Civil que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso de tempo". O novo negócio de 2010 não permite o aproveitamento do negócio nulo de 2006.

Portanto, todos os negócios realizados com essas notas promissórias de migração e de volume são nulos. Não houve constituição de ativos transferidos para a Celta Holdings. Se os títulos tivessem sido pagos, constituiriam receita para a empresa. O fato de essas notas não serem notas promissórias,

mas cláusulas contratuais de pagamento, aliado ao fato de não terem sido pagas, exige que sejam estornados os lançamentos contábeis de Ativo Diferido e Reserva de Ágio feitos pela Fidelity Processadora.

a.2) Venda com condição suspensiva é comodato

Mas as notas promissórias foram compradas. Cabem outras considerações.

Nota promissória que circula e volta às mãos do emissor sem ser paga, circulou emprestada.

Através do "Contrato de Compra e Venda", as notas foram vendidas pela Certegy Capital e entraram na Certegy Ltda pelo valor de face. O balanço da empresa antes das cisões apresenta contas de Ativo e de Passivo de nome Nota Promissória, com o saldo de R\$199.568.200,00 (o ativo inclui notas de desenvolvimento no valor de 79 milhões de reais). Através de cisão, a Certegy Ltda manteve consigo a obrigação de pagar, e os ativos foram transferidos a outras empresas do grupo.

Ocorre que as notas promissórias também foram compradas com condição suspensiva.

Em diligência anterior o contribuinte Fidelity Participações (ex-Certegy Ltda) havia apresentado à fiscalização uma versão em português do contrato de compra e venda elaborada por tradutor oficial (descrição no Lem 2.4 deste texto e documentos juntados ao processo).

*Lê-se na tradução oficial, no item "4. Pagamento do Preço de Compra. A menos que seja de outro modo acordado pelas Partes, a Certegy Ltda. pagará ou fará com que seja pago o Preço de Compra dentro de 36 (trinta e seis) meses a contar da data deste instrumento. A Certegy Ltda. pagará o Preço de Compra, em fundos imediatamente disponíveis, de acordo com as instruções de pagamento a ser fornecidas pela CEY Capital por escrito à Certegy Ltda. **A Certegy Ltda. também terá o direito de pagar o Preço de Compra, total ou parcialmente, mediante cessão, transferência e/ou endosso de qualquer das Promissórias à CEY Capital dentro do prazo de pagamento previsto acima.***

Pois bem, o contrato de compra e venda das notas promissórias estabelece que o Preço de Compra é o valor de face das notas. Entretanto, conforme a tradução oficial, e num prazo de até três anos, as notas podem ser devolvidas ao vendedor (Certegy Capital) pelo comprador (Certegy Ltda) em pagamento da compra. Mas, num determinado momento, as notas podem ter o valor de face (se as condições suspensivas ocorreram); podem não ter ainda valor, mas ter a possibilidade de vir a ter valor (se as condições não ocorreram, mas poderão ocorrer); ou podem simplesmente não valer nada (se as condições não ocorreram e não mais ocorrerão).

O Contrato de Investimento prevê que "na data do fechamento, após a consumação das operações que deverão acontecer no fechamento" o beneficiário e detentor das notas de migração e

de volume seria a Celta Holdings. Também prevê que se não se realizassem as condições, as notas deveriam ser devolvidas à Certegy Ltda (a compradora) ou a quem ela indicasse (itens 1.3.3, 1.3.3.2, 1.3.3.3, 1.3.4, 1.3.4.2 e 1.3.4.3 do contrato de investimento; item 2.3 deste Termo).

Portanto, a quitação da aquisição pode se dar com o pagamento do valor contratado ou com a devolução do bem adquirido, e a devolução pode se dar pelo valor contratado ou por valor nulo. Pretenderam criar um ativo de risco e vendê-lo pelo valor de face, entretanto sem repassar o risco para o comprador. A compra poderia ser quitada com a devolução do bem comprado e poderia não ter custo.

Dispõe o artigo 481 do Código Civil que "pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro". O artigo 511, referindo-se à venda a contento e à sujeita a prova, dispõe que "as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la". O artigo 579 dispõe que "o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a transmissão do objeto".

Não estamos aqui fazendo analogia, mas interpretando o significado de uma operação que se pretende de compra e venda sob condição suspensiva. O Código Civil trata a operação de compra e venda sob condição suspensiva como comodato, até que se efetive a condição, ou seja, até que se defina que a operação de compra e venda efetivamente ocorreu.

Quem compra uma coisa e paga a coisa devolvendo a coisa, não comprou nada.

No caso em análise, como o contrato de compra e venda permite a quitação da compra com a devolução da coisa comprada, constata-se que a natureza da operação (se de compra e venda ou comodato) só será definida quando as partes dos vários contratos decidirem a devolução ou resgate das notas.

Como a coisa comprada pode nada valer, sua devolução em pagamento da compra a valor zero implica reconhecer que a compra não tem preço. A existência de preço só será definida quando as partes dos vários contratos decidirem a devolução ou resgate das notas e a Certegy Ltda decidir o que fazer com as notas. Até que se defina que existe preço, não há compra e venda, mas comodato.

Note-se que são dois motivos para não ser compra e venda: a devolução em si da coisa comprada (seja a que valor for), e a possibilidade de quitar a dívida com o título valendo zero.

A cláusula 4. do contrato desqualificou a operação como de compra e venda.

a.3) As notas promissórias não fazem parte de acervo transferido

Como as chamadas "notas promissórias" não são títulos de crédito, não podem ser objeto de compra e venda, e a obrigação de pagar é mera cláusula do Contrato de Investimento. A circulação desses papéis entre as empresas do negócio indica apenas que o detentor dos papéis será o beneficiário de eventual pagamento em cumprimento da obrigação contratual. O que se está a pagar não é uma promissória, mas uma obrigação contratual. Não existe transferência de ativos.

Como o contrato de compra e venda permite quitar a aquisição com a entrega do próprio bem comprado, não há transferência de ativo até que se decida pagar a coisa comprada.

Quando a Certegy Ltda adquire as notas promissórias, estas são recebidas em comodato e não entram para o seu ativo. Quando a Certegy Ltda é cindida e seu acervo é transferido para a Miaplacidus, as notas promissórias não fazem parte do acervo transferido e, portanto não entram para o ativo da Miaplacidus, que também as recebe em comodato. Quando a Miaplacidus é incorporada pela Celta Holdings, as notas promissórias não fazem parte do acervo transferido e, portanto não entram para o ativo da Celta Holdings, que também as recebe em comodato.

Seja porque as notas promissórias não são títulos de crédito, seja porque a operação de compra e venda só se define quando as partes decidirem que não quitarão a dívida com a devolução da coisa comprada, todos os laudos de avaliação dessas empresas (Certegy Ltda, Miaplacidus e Celta Holdings) que detiveram a posse, mas não a propriedade, das "notas promissórias" quando das operações de cisão, integralização de capital e incorporação, bem como de suas investidoras (Holdco One) estão errados. O primeiro laudo errado é o da Certegy Ltda, justamente a empresa que forneceu a tradução oficial do contrato de compra e venda de notas promissórias. Todas as avaliações das empresas do Grupo Fidelity foram feitas pelo mesmo escritório de contabilidade (Irko Organização Contábil Ltda), e foram aceitas pelas partes bancos.

Avaliar a valor contábil não é simplesmente reproduzir os valores registrados na contabilidade, mas auditar esses registros, confrontando-os com os documentos que os embasam, e atestar a veracidade dos lançamentos. O balanço da Certegy Ltda apresentava contas de Ativo e de Passivo de nome Nota Promissória, com o saldo de R\$ 199.568.200,00 (inclui notas de desenvolvimento). Entendemos que as notas condicionais e a dívida correspondente deveriam ter sido contabilizadas em contas transitórias de compensação. O procedimento contábil das empresas não é mero descumprimento de obrigação acessória. Trata-se de registros contábeis que não refletem os atos jurídicos praticados e os direitos das empresas. Esse procedimento contábil visou o registro de ativos inexistentes, com o fim de transformar receitas futuras da Celta Holdings em transferência patrimonial isenta, bem como criar um ágio e adquirir o benefício fiscal de dedução da amortização. Entendemos que se trata de fraude contábil.

É irrelevante se mais tarde as notas seriam ou foram resgatadas, ou devolvidas ao comprador (Certegy Ltda), ou devolvidas ao vendedor (Fidelity National First Bankcard Systems, sucessora da Certegy Capital) ou devolvidas ao emissor (Fidelity National Information Services).

É irrelevante se a perda da Celta Holdings com a extinção das obrigações implicaria um ganho equivalente para a emissora ou compradora (Certegy), caso fosse válido o tratamento dado pelo contribuinte. As notas não eram títulos de crédito e não eram propriedade da Certegy. Não se transfere a propriedade do que não se possui. As notas de migração e de volume circularam emprestadas. Se resgatadas pela Celta Holdings, o valor do resgate seria receita, e não troca de ativos como era a intenção das partes.

Por outro lado, como a compradora Certegy Ltda é investida da vendedora Certegy Capital, conclui-se que os pagamentos da dívida e dos dividendos teriam ambos a mesma origem e o mesmo destino: da Certegy Ltda para a Certegy Capital. Só muda a rubrica.

Na legislação brasileira, que não tributa dividendos, essas alternativas de rubrica não traria consequências econômicas para quem recebesse o pagamento da dívida.

Na legislação americana, que tributa dividendos, a substituição de dividendos por pagamento de dívida traria economia tributária para quem recebesse o pagamento da dívida.

Observe-se ainda que a Celta Holdings seria beneficiada mesmo sem o resgate das notas promissórias, pois a baixa dessas notas conduziria a um prejuízo equivalente de cerca de 118 milhões de reais, que levaria a uma economia de tributos de IRPJ e CSLL de cerca de 39 milhões de reais.

As partes não conseguiram transformar em ativos a obrigação contratual e condicional da Fidelity pagar bônus pela assinatura dos contratos de 2006. Entendemos que a escrituração do ativo contábil intitulado Notas Promissórias é simulação relativa, com utilização de fraude contábil. O verdadeiro negócio é a contratação de serviços a serem prestados pelo Grupo Fidelity aos bancos, com o pagamento, sujeito a condições suspensivas, de bônus pela assinatura dos contratos, contratada no Contrato de Investimento de 27 de março de 2006. O direito só se constituirá com a ocorrência das condições suspensivas.

Portanto, não existem na Celta Holdings ativos "Notas Promissórias" a serem substituídos por novos ativos ou baixados, e não existe reserva de ágio de valor equivalente às notas promissórias escrituradas quando da incorporação da Miaplacidus. Também não existe ágio no valor das notas promissórias contabilizado pela Holdco One quando da aquisição de participação na Celta Holdings, e consequentemente não existe ágio quando da re-aquisição de participação na Fidelity Processadora, nem a ser contabilizado

pela Fidelity Processadora quando da incorporação da Holdco One.

a.4) Obrigação que não se constituiu não pode ser objeto de novação

Para haver novação, é preciso que haja obrigação anterior a ser novada. Como não existiram notas promissórias, nem ativos pertencentes a Celta Holdings no valor dessas notas, não há obrigação a ser novada. Como as obrigações eram sujeitas a condições suspensivas e estas não ocorreram, os direitos não chegaram a se constituir e portanto não existiu obrigação a ser novada. Como as partes não desejavam realizar um negócio de cessão de crédito, o negócio realizado não pode ser convertido em cessão de crédito.

Outras considerações devem ser feitas.

As notas de migração tinham valores de 14,75 e 26 milhões de dólares, e a nota de volume 14,75 milhões de dólares.

A nota de volume tinha condição suspensiva e prazo máximo de 36 meses. Foi assinada em 31/03/2006 e, portanto atingiu seu prazo máximo de validade em 31/03/2009 sem que a condição tivesse se realizado, sem chegar a constituir o direito nela expresso. Nunca teve eficácia. A nota de volume perdeu validade a partir de 01/04/2009.

As notas de migração condicionavam o pagamento à migração dos cartões das três empresas, Bradesco, CBSS e ABN. Em fevereiro/2010, quando da assinatura do primeiro termo de entendimento em decorrência da rescisão dos contratos pelo ABN, já estava claro que as condições não se realizariam. Até aquele momento, somente o ABN havia migrado os cartões, o que foi feito em 2008.

Não se vê nos contratos de 2006 (de investimento e de serviços) previsão de rescisão motivada. As partes previram causas de rescisão motivada, quando uma das partes deixasse de cumprir itens essenciais dos contratos. Mas não se previu a desistência. A incorporação do ABN pelo Santander e o desinteresse deste pela associação e prestação dos serviços constituíram fatos novos, não previstos.

A obrigação das notas promissórias existia porque os bancos forneceriam as operações que gerariam a rentabilidade da joint venture. Mas os bancos transferiram o direito do recebimento para uma coligada. Se fosse receita dos bancos, seria possível considerá-las pagamento por serviços. Mas como a transferiram para terceiro, trata-se de bônus pela assinatura de contrato. Como é um bônus, as partes decidiram quem pagaria e quem receberia, e do modo que lhes fosse conveniente. Decidiram que o pagamento seria na forma de transferência de ativos na aquisição do investimento na Celta Holdings. Mas fica claro que era esperado que os contratos de prestação de serviços fossem cumpridos.

Os fatos novos trouxeram problemas para o Grupo Fidelity e para o Bradesco: o primeiro transferiu recursos, e estava prestes

a perder os serviços que motivaram a transferência; o segundo contava resgatar as notas promissórias, mas a saída do ABN impediu a realização da condição suspensiva.

No novo acordo, realizado em 2010, a saída do ABN deu-se em agosto (assinatura do MOU, item 2.8 deste Termo, e das alterações em contratos de serviços e investimentos pela saída do ABN), a migração do Bradesco ocorreu em outubro e o novo Contrato de Associação, que substituiu o Contrato de Investimentos antigo, foi assinado em novembro.

O Term Sheet de julho/2010 não é vinculante entre as partes (item 2.7 deste Termo).

Em 05/08/2010 foi contratada definitivamente a saída do ABN. O Aditamento ao Contrato de Investimento estabelece em seu item 3.1 a redução de 25,96% do valor das notas de migração e de volume, correspondente à participação do ABN na Celta Holdings (embora a nota de volume tenha perdido valor em abril/2009).

O valor das notas foi reduzido em abril de 2009 em 26,57% pela extinção da nota de volume (14,75/55,5) e o saldo novamente reduzido em 25,96% pela saída do ABN.

O MOU de 05/08/2008 estabelece que os termos e condições ajustados no Sumário de Termos e Condições são vinculantes e de observância obrigatória, e que constituirá o acordo base para a celebração dos Contratos Definitivos (item 2.1 do MOU). O item 3 dispõe que os contratos definitivos serão assinados até 31/10/2010 ou a data de conclusão da migração, o que for posterior. O item 6, tratando da vigência e da rescisão do MOU, dispõe entre outros que o memorando "vigorará até a Data Estimativa da Conclusão da Migração, e, salvo prorrogação ajustada entre as Partes, poderá ser rescindido por qualquer das Partes caso os Contratos Definitivos não sejam celebrados ou...". Também dispõe que após a rescisão do memorando, as partes poderão exigir a implementação da "Retirada do Bradesco" de acordo com o memorando de fevereiro de 2010. O memorando de fevereiro consta do Anexo lido MOU de agosto/2010.

Fica claro que quando da saída do ABN em 05/08/2010 o Bradesco ainda não havia decidido se ficaria no negócio.

Na verdade, o MOU vincula as partes em relação às condições que deverão constar dos contratos definitivos a serem assinados após a migração dos dados do Bradesco, se e quando os contratos definitivos forem assinados. O MOU ainda não é um contrato, é uma declaração de intenções. Sem a assinatura do Contrato de Associação não se completa o negócio.

Isso quer dizer que os direitos creditórios só se constituirão com a contratação definitiva em 03 de novembro de 2010. Sem essa contratação, não existe obrigação nem direito creditório. Claro que o Grupo Fidelity não iria esperar a migração dos dados do

Bradesco para depois renegociar a saída do ABN. Se isso acontecesse, as notas promissórias de migração, que naquele momento incluiriam a parte do ABN e valeriam cerca de 70 milhões de reais, teriam que ser pagas.

Mas a saída do ABN ocorreu em 05 de agosto de 2010, tornando impossível a realização da condição suspensiva relativa ao processamento simultâneo de cartões das três empresas clientes. Dispõe o artigo 123 do Código Civil que "Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I -as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas". Portanto, com a saída do ABN ocorreu a extinção dos créditos das notas promissórias condicionais por impossibilidade jurídica.

As partes não redefiniram as datas de migração e de volume enquanto as condições suspensivas ainda podiam ocorrer. Como as datas se tornaram impossíveis de acontecer, eventual mudança posterior não faria renascer os créditos, que já estariam definitivamente extintos.

O Código Civil dispõe em seu artigo 360 que "Dá-se a novação: I- quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quito com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quito com este." Já o artigo 367 dispõe que "não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas".

O negócio contratado não atende à definição legal de "novação". Não atende ao inciso III do artigo 360 porque no dispositivo legal a saída do credor antigo decorre de obrigação nova, enquanto que no caso em análise é a obrigação nova que decorre da saída do credor antigo. Não se aplica o artigo 360 porque as obrigações originais, extintas, implicam a proibição do artigo 367.

O item 3.2 do Aditamento ao Contrato de Investimento estabelece que as ações da Celta Holdings pertencentes ao ABN/Santander seriam vendidas a Celta Holdings por apenas R\$1,00 (um real), (descrição no item 2.9 deste Termo). Em 31/12/2009 o valor do Patrimônio Líquido da Celta Holdings era de R\$331.486.923,64 (DIPJ 2010). Em 30/09/2008 o valor econômico da Celta Holdings foi estimado em 1,13 bilhão de reais (Laudo de Avaliação para a devolução de capital da Holdco One). A Celta Holdings comprou por R\$1,00 participação de valor patrimonial de 86 milhões de reais e valor de mercado de 293 milhões de reais.

A desistência do ABN/Santander de sua parcela de 293 milhões de reais demonstra que não se trata de novação de obrigação anterior, mas de novo negócio. Se o contrato de 2006 previa a contratação de cartões private label, Mastercard e Visa, o contrato de 2010 acrescenta os cartões Amex e Elo, sendo que a empresa administradora deste último (Holding Elo) sequer estava constituída. Também prevê a saída imotivada do Bradesco, a possibilidade de cancelar a exclusividade dos

serviços e substituir determinados cartões por outros, desde que garantidos o faturamento e a lucratividade esperada.

O Valor Repactuado do Crédito Celta Holdings foi dividido em duas partes: de US\$21.841.800,00 e de R\$60.075.153,14 (item 4.1 do Contrato de Associação). A conversão do valor em dólares para reais, ao PTAX de venda de R\$1,6942 em 30/09/2010 (consulta ao sítio do BACEN na internet), resulta em R\$37.044.377,56, que somados à parcela em reais resulta no valor de R\$97.079.530,70.

Constata-se que o valor repactuado não guarda qualquer relação com os valores das notas promissórias anteriores.

As partes redefiniram o negócio, e não a obrigação, e criaram uma nova obrigação a ser paga em parcelas sujeitas à condição suspensiva prevista nos itens 4.4 e 4.6 (c) do Contrato de Associação.

Portanto, constata-se que tanto pela cronologia dos atos praticados, quanto pelo conceito de novação de dívida e pela natureza dos negócios realizados, não se trata de novação, mas de novas receitas da Celta Holdings.

Entendemos que o tratamento de novação dado aos novos créditos em 2010 é simulação relativa onde o verdadeiro negócio é a contratação pela Celta Holdings do recebimento, previsto em cláusula contratual e sujeito a condições suspensivas, de bônus pela assinatura de contratos, contratada no Contrato de Associação de 03 de novembro de 2010.

Se a novação fosse válida, as obrigações que deram suporte à contabilização do ágio teriam começado a ser pagas quase cinco anos após a aquisição da participação e terminariam de ser pagas quase dezesseis anos após a aquisição.

Portanto, não se pode dizer que as notas promissórias condicionais que conduziram à contabilização de ágio no valor de cerca de 118 milhões de reais foram repactuadas e que o ágio foi ou será pago. Essa "novação" não pode ser alegada como comprovação de que o ágio foi ou será pago.

b) o fundamento do ágio não é a rentabilidade futura

A dedutibilidade da amortização do ágio é benefício fiscal. Fundamento é motivo, e não faz parte do ato jurídico. A análise do negócio como um todo pode revelar que o verdadeiro motivo para o pagamento do ágio não é a rentabilidade da participação adquirida. Os contratos de prestação de serviços são simulados por interposição fictícia de pessoa: a verdadeira contratada é a Certegy Ltda, que posteriormente transferiu seu acervo operacional para a Fidelity Processadora. Quando o Grupo Fidelity se associou à Celta Holdings, não adquiriu atividade ou valor que já não possuía, mas sim cedeu participação na Fidelity Processadora. Quando o Grupo Fidelity se retirou da Celta Holdings e readquiriu uma fração das ações da Fidelity

Processadora que detinha antes da associação, transferiu recursos para a Celta Holdings. O Grupo Fidelity ingressou e saiu da Celta Holdings para transferir, sem tributação, recursos e participação acionária em pagamento da assinatura de contratos de prestação de serviços, ocorrida antes da associação, com empresas que não foram adquiridas. A fonte da rentabilidade futura reside no próprio ágio pago, e não nas aquisições efetuadas. Isso está documentado na própria avaliação do contribuinte no resgate de ações, que demonstra que o valor da Celta Holdings é igual ao valor da Fidelity Processadora mais os ativos financeiros. O fundamento do ágio é o pagamento pela assinatura de contratos de prestação de serviços, um negócio comercial anterior à aquisição da participação societária.

Neste tópico (b) analisamos o negócio supondo que existe um ágio a ser contabilizado pelo contribuinte. No tópico seguinte (c) vamos mostrar porque entendemos que não existe ágio.

b.1) Dedução do ágio é benefício fiscal

Desde cedo a Comissão de Valores Mobiliários identificou que o tratamento do ágio concedido pelo artigo 8º da Lei nº 9.532/97 é um benefício fiscal. Nesse sentido, emitiu a Instrução Normativa CVM nº 319/1999. Entretanto, na medida em que aumentavam os casos julgados pelo Conselho de Contribuintes, surgiram textos escritos por tributaristas defendendo que é "justo" deduzir a amortização do ágio na apuração dos tributos, que o ágio é uma despesa incorrida pelo investidor para aquisição de rentabilidade futura e que a lei tributária nada mais faz do que reconhecer o princípio do confronto entre receita e despesa.

A distinção é importante. Se entendermos o ágio como despesa, diante de uma construção artificial a tendência é pensar que apesar do artificialismo o contribuinte incorreu numa despesa e tem o direito de deduzi-la na apuração de tributos. Mas se entendermos como benefício fiscal, uma construção artificial que vise obter o benefício é em princípio um ato ilícito, contra os cofres públicos e portanto contra a sociedade.

Antes da Lei 9.532/97 a amortização do ágio na incorporação era regrada pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, reproduzido no artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999. Somente era dedutível a parte do ágio que superasse o valor de mercado do acervo líquido recebido, num prazo máximo de dez anos, e somente na situação em que a empresa investidora incorpora a empresa investida.

Para a investida que incorpora a investidora, o artigo 8º, alínea (b), da lei 9.532/97 criou um benefício fiscal.

Na incorporação, segundo o artigo 1.116 do Código Civil, uma (ou mais) sociedade é absorvida por outra que lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Já o artigo 1.117 dispõe em seu §1º que a sociedade a ser incorporada autorizará a subscrição em bens pelo valor da diferença entre ativo e passivo. Da mesma forma, conforme o artigo 227, §1º, da Lei das S.A., a incorporadora aumentará seu capital mediante versão do patrimônio líquido da incorporada. A incorporadora receberá os

direitos e obrigações da incorporada, que serão acrescidos ao seu patrimônio e registrados contabilmente pelo valor com que estavam registrados na contabilidade da incorporada.

Ágio não é direito, nem obrigação; é apenas o registro contábil de parte do custo de aquisição de um investimento. O ágio não tem autonomia alguma: sem o investimento, ele não existe. O direito que o ágio representa são as mesmas ações ou quotas adquiridas representadas pela conta investimento.

Não se leva nem se transfere ágio de uma empresa para outra. O que se transfere são as ações, que nos casos de incorporação e fusão serão contabilizadas pela sucessora da forma como eram contabilizadas na sucedida.

No caso da investida que incorpora a investidora, o ágio só seria escriturado pela incorporadora se esta recepcionasse as ações que ele representa. Estas ações teriam que aumentar o patrimônio da incorporadora, que assim deveria emitir novas ações em troca desses direitos. Mas isso não ocorre, porque a incorporadora é a investida e as ações são de sua própria emissão. Receber ágio seria receber custo arcado pelo investidor quando este adquiriu ações de emissão da incorporadora, o que não aumenta o patrimônio da empresa.

Ainda que se entendesse que a investida recepcionaria ações de sua emissão e depois as entregaria aos investidores da incorporada, nesse momento ela deveria dar baixa do ágio, pois neste caso não haveria extinção das ações, mas tão somente sua transferência aos investidores.

Portanto ao ágio não se aplicam os citados artigos 1.116, 1.117 e 227. A investida que incorpora a investidora não "recebe" o ágio da investidora.

Quando a investidora é incorporada pela investida, as ações emitidas pela incorporadora de propriedade da incorporada são transferidas para os investidores da incorporada. Não é possível o investidor receber o investimento e a incorporadora receber o ágio. O ágio não faz parte da substituição de ações da incorporada pelas ações da incorporadora. A incorporadora emite novas ações somente no valor dos outros ativos e obrigações da incorporada que lhes forem transferidos. Os investidores da incorporada baixam o investimento antigo e recebem o novo pelo mesmo valor do investimento antigo, podendo apurar um novo ágio. Aquele ágio antigo, arcado pela incorporada, estará inserido no custo de aquisição das ações da incorporadora escriturado pelo investidor da incorporada, e será dedutível do ganho de capital se as ações forem vendidas. O ágio será aproveitado duas vezes.

Logo, no caso da investida que incorpora a investidora, não só a dedutibilidade da amortização, mas a própria existência de um ativo diferido, de valor igual ao ágio pago pela incorporada, que a incorporadora escritura, é consequência da incidência da norma tributária, e não da norma societária.

A incorporadora não teve e não terá "ágio". O que ela terá é "ativo diferido" (conforme Instrução Normativa SRF nº 11 de 1999), este sim um direito, porque sendo dedutível gerará valor para a empresa, na medida da economia tributária. Entretanto, porque o ativo diferido foi criado pela lei tributária, não existiu dispêndio da incorporadora para sua aquisição, e é preciso lançar contabilmente o ativo diferido contra uma conta de reserva. A CVM instrui provisionar a parte que não corresponde ao benefício fiscal (IN CVM 319/1999, art. 6o, §1º).

Os tributaristas que enxergam o princípio contábil do confronto entre receitas e despesas na aplicação da técnica contábil de amortização ao Ativo Diferido de Ágio na Incorporação de investidora por investida, em geral omitem que esse ativo diferido foi concedido pelo Estado, e que não se trata de custo nem despesa incorrido pelo contribuinte.

Mas a amortização é dedutível. Não se trata de uma economia tributária pela qual o contribuinte possa optar, mas sim de uma renúncia fiscal do Estado em favor de particulares.

Se as ações foram adquiridas através de integralização de capital, o ágio pago será recurso da investida, que será contabilizado como despesa quando gasto em suas atividades. Se a investida incorpora a investidora e lhe é permitido criar um ativo diferido e amortizá-lo, estará gerando uma nova despesa decorrente dos mesmos recursos que já foram deduzidos antes, comprovando tratar-se de benefício. Para o investidor que recebeu ações da incorporadora, o ágio ainda faz parte do custo de aquisição do investimento e, se este for alienado, poderá ser deduzido do ganho de capital.

Na lógica do imposto de renda, nas operações em geral, quem recebe é tributado, mas quem paga deduz. Nas transferências patrimoniais, quem recebe não é tributado, mas quem paga não deduz. Nas situações de integralização de capital com ágio seguida de incorporação na forma do caso dos autos, fica claro que se trata de benefício fiscal quando se percebe que quem recebe não é tributado, mas quem paga deduz. Equipara-se a uma tributação às avessas, onde o Estado se obriga perante o contribuinte.

Porque o ativo diferido é consequência da incidência da norma tributária, é errada a idéia de que a lei incide quando existe união do ágio com os ativos e atividades empresariais que justificaram seu pagamento. O que é consequência da incidência da norma tributária não pode ser causa precedente a justificar a incidência dessa mesma norma.

Claro que tanto na situação em que a investidora incorpora a investida, como na situação em que a investida incorpora a investidora, ou na situação em que ambas se fundem numa terceira empresa, em todas elas existe união dos ativos e atividades das duas empresas.

Mas isso não quer dizer que os três negócios jurídicos sejam a mesma coisa. O que os difere não é uma simples formalidade dos atos jurídicos. O investimento pode ter sido adquirido com ágio, a investidora pode ter outros ativos além da participação na

investida, as empresas podem ter outros acionistas. Levando-se em conta ainda que a contabilidade não reflete fielmente o valor econômico das empresas, negócios diferentes implicam diferentes avaliações. Entre diferentes soluções de substituição de ações de empresa extinta por ações de empresa remanescente, as partes escolherão a que melhor lhes convém. Mas trata-se de escolha entre diferentes negócios jurídicos, com situações econômicas diferentes.

Então não se pode dizer que em todos os casos a empresa remanescente deve ter o direito de amortizar o ágio. As condições jurídicas e econômicas são diferentes e, portanto o benefício fiscal concedido não trata de isonomia tributária.

Os tributaristas são unânimes em dizer que essa lei foi promulgada no âmbito dos leilões de privatização de empresas públicas.

A lei cria quando muito uma isonomia frente ao leilão, tratando de formas diferentes investidores em situações diferentes, para que tanto aquele que pretende incorporar a investida quanto aquele que pretende ser incorporado pela investida possam amortizar o ágio, de modo a aumentar a competição do leilão. Entretanto, é difícil imaginar a viabilidade, por exemplo, de uma Vale do Rio Doce ser incorporada por uma investidora que detém parte de seu capital. Fica clara a intenção de conceder um benefício fiscal.

Entendeu o legislador que deveria estender para transações privadas o benefício.

O aproveitamento do benefício fiscal independe da realização da rentabilidade prevista, e pode sobreviver à própria empresa. Uma vez criada a situação de incidência da lei, o contribuinte gera valor para si e uma obrigação em potencial para o Estado, que poderá ser exigida por ele ou por outrem. Por isso as construções artificiais devem ser recusadas.

Na análise de um caso concreto, a combinação da existência de um ágio contabilizado, de uma demonstração de valor da participação societária com base em rentabilidade futura e de uma incorporação não é razão suficiente de decidir que a lei incide. Não existe o "pagou, incorporou, levou".

Ocorre que esse benefício só é concedido quando o fundamento econômico do pagamento do ágio é o valor da rentabilidade do investimento adquirido com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Pode ocorrer de ter sido pago um ágio, de existir uma previsão de rentabilidade futura que fundamente o valor atribuído à empresa, e ainda assim o fundamento do pagamento do ágio não ser a rentabilidade futura. Isso pode ocorrer principalmente na integralização de capital, onde o valor aportado à empresa adquirida em tese seria investido em novas atividades

produtivas. Ou seja, quando o ágio pago deveria colaborar para a geração da rentabilidade futura.

É o caso do empresário que deseja doar parte de suas ações ao filho. O filho constitui uma empresa com um pequeno capital. O acervo da empresa do filho se resume à conta caixa. A empresa do filho aumenta o capital, subscrito e integralizado pelo pai com dação das ações da empresa do pai em pagamento, com ágio. Existe uma rentabilidade futura a justificar o valor da empresa após a integralização de capital, mas que não justifica o pagamento do ágio. O valor da empresa do filho decorre dos negócios e da capacidade produtiva da empresa do pai. Os recursos de caixa da empresa do filho em nada colaboram com a realização dessa rentabilidade. O pai poderá apurar um ágio, mas a rentabilidade futura decorre exclusivamente do próprio ágio.

Fundamento significa motivo. Não se trata de motivo do negócio jurídico, mas da razão do pagamento do ágio. O motivo não faz parte do negócio jurídico.

No exemplo, o motivo do negócio é a relação afetiva do pai com o filho. O motivo do pagamento do ágio pode ser, por exemplo, o fato de o filho ter pouco dinheiro investido na empresa, ou o aproveitamento do benefício fiscal.

Porque o motivo não faz parte do negócio, na lei civil ele não gera direito, existindo apenas a previsão de nulidade por motivo determinante ilícito (art. 166, inc. III do Código Civil). Mas a lei tributária criou um benefício fiscal pela realização de um negócio e colocou o motivo como parte integrante da hipótese de incidência (o negócio é a incorporação, mas somente haverá o benefício quando o motivo de pagar o ágio for a rentabilidade futura).

O artigo 8º da Lei nº 9.532/97 exige que no ato jurídico da aquisição o contribuinte demonstre que a participação adquirida gerará lucros que fundamentam o pagamento do ágio. O contribuinte precisa demonstrar que a empresa adquirida tem um valor tal que, quando acrescida dos negócios da investidora, a empresa adquirida tenha aumentada sua capacidade de gerar lucros.

Entendemos que, quando se analisa um caso de planejamento tributário, deve-se olhar o "negócio como um todo" para verificar se existe fraude à lei civil. Superada a questão, o "negócio como um todo" deixa de ser objeto de análise e passa a ser ferramenta de análise, apenas para ajudar na compreensão dos atos jurídicos praticados. O objeto de análise passa a ser cada um dos atos que compõem o negócio jurídico. Eventuais defeitos do negócio jurídico, bem como a incidência da norma tributária, devem ser identificados nos atos praticados, individualizados.

Entretanto, quando se trata do benefício fiscal do ágio, por entender que se trata de uma concessão do Estado e não de um direito do contribuinte ao aproveitamento de uma despesa incorrida anteriormente à incorporação, e por entender que a hipótese de incidência da norma contempla a motivação, e esta

não faz parte do ato jurídico, entendemos que é possível sim identificar no "negócio como um todo" a verdadeira motivação do pagamento do ágio.

Não quer dizer que um ágio pago com fundamento diverso da rentabilidade futura da participação adquirida estaria justificado se o negócio jurídico como um todo indicasse uma rentabilidade futura. Entendemos que deve haver uma consistência do negócio como um todo e da aquisição específica, de modo que o fundamento indicado na aquisição possa ser comprovado no negócio como um todo. Em ambos deve ser possível identificar que o motivo do pagamento do ágio é a rentabilidade futura da participação adquirida.

b.2) O planejamento tributário

O que explica a associação dos grupos empresariais numa joint venture é a prestação de serviços pela Fidelity Processadora aos bancos. O Grupo Fidelity se propôs a investir todos os recursos operacionais (que já detinha) e financeiros necessários à empresa (79 milhões de reais), a ceder aos bancos 49% de participação e a pagar aos bancos um bônus de cerca de 168 milhões de reais para realizarem os negócios. Para serem isentos de tributos para os bancos e gerar o benefício fiscal de amortização do ágio, o pagamento do bônus e a cessão de participação precisam ser feitos na forma de transferência patrimonial.

Então é preciso que os bancos constituam uma empresa e que o Grupo Fidelity invista nessa empresa com o pagamento de ágio, de modo que os bancos recebam sua parte como variação de participação societária.

A empresa a ser criada pelos bancos não pode ser a joint venture. Isso porque como os recursos destinados aos sócios não são necessários à joint venture, para os bancos retirarem seu bônus seria necessário, em seguida ao investimento realizado pelo Grupo Fidelity, haver uma redução de capital. Como a participação das partes é quase paritária, o pagamento do bônus demandaria um investimento de duas vezes o seu valor.

O Grupo Fidelity formou a Fidelity Processadora com a parte do acervo da Certegy Ltda de interesse para a associação (ativos operacionais, contratos, pessoal, equipamentos, licenças, software, etc) e 79 milhões de reais em notas promissórias de desenvolvimento. Essas notas correspondem aos recursos financeiros estimados como necessários para a empresa se preparar para prestar os serviços contratados.

Já o bônus de 168 milhões de reais (50 em dinheiro e 118 em notas promissórias de migração e volume), é recurso a ser pago aos bancos. É pagamento de sócio para sócio, e não para a joint venture.

As partes escolheram que os bancos criariam uma empresa de investimentos, a Celta Holdings, e que o grupo Fidelity criaria a

Miaplacidus, cujo patrimônio são os recursos a serem transferidos aos bancos e as ações da joint venture.

O objetivo é o Grupo Fidelity entrar na Celta Holdings como sócio, entregando a ela acervo que contém o bônus e a joint venture, e depois retirar-se da sociedade levando sua nova participação na joint venture (51%), e deixando à Celta Holdings o bônus e a participação desta na joint venture (49%).

Esse entrar e sair da Celta Holdings não chega a ser uma operação casa e separa, posto que os grupos permanecem associados na Fidelity Processadora, e não se cogita de simulação aqui. Visou a transferência de recursos para os bancos com isenção de tributos e a formação de um ágio que permitisse o benefício fiscal de amortização. Implicou, na visão das partes, contabilizar ágios para a Holdco One, empresa do grupo Fidelity, em dois momentos: na aquisição de participação na Celta Holdings, quando entra; e na re-aquisição de participação na Fidelity Processadora, quando sai. Ao final, o ágio contabilizado inclui o bônus de 168 milhões e também a participação de 49% transferidos aos sócios. Se reconhecida a incidência da norma tributária do benefício, toda a transferência seria ágio, isenta para a Celta Holdings e dedutível para a Fidelity Processadora após a incorporação.

Numa associação com participação paritária, imagina-se que o benefício fiscal de amortização do ágio seria de 17% do valor investido (metade das alíquotas de IRPJ e CSLL que compõem o benefício, porque as alíquotas incidiriam sobre a metade do investimento transferida aos sócios). Entretanto, o entrar e sair da Celta Holdings permitiria alcançar um benefício de 34% do valor investido.

Mas a concessão do benefício fiscal exige fundamentar o pagamento do ágio com a rentabilidade futura, que decorre da prestação de serviços pela joint venture aos bancos.

No momento da contratação de serviços, somente uma entre duas situações mutuamente excludentes pode ocorrer: ou as empresas estão associadas ou não estão associadas.

É o investidor quem manda no investimento, não o investimento que manda no investidor. Se a Fidelity Processadora adquirisse participação em empresa investidora e contratasse serviços com empresa investida, a rentabilidade da participação adquirida poderia justificar o pagamento do ágio pois a fonte da rentabilidade estaria na união da capacidade de contratar serviços da investida (atributo que indiretamente pertence à investidora) com as atividades da processadora. Mas querem o contrário. Querem contratar serviços com a investidora e se associar à investida.

Se a contratação dos serviços com os bancos ocorresse após a associação das empresas, o fundamento para o pagamento do ágio não seria a rentabilidade da participação adquirida. Nessa situação, a atividade produtiva e a capacidade de gerar lucros estaria toda no ágio, na empresa do Grupo Fidelity. Ainda que os sócios impusessem a participação na investida como condição

dos negócios, a rentabilidade não decorreria da participação adquirida, mas da contratação de sócios.

Por outro lado, se a Fidelity Processadora contratasse primeiro a prestação de serviços, a fonte da lucratividade estaria toda no próprio ágio pago, pois a Fidelity é a empresa operativa e os contratos já seriam dela, independente da associação.

Embora a saída do Grupo Fidelity da Celta Holdings implicasse a aquisição de participação na Fidelity Processadora, é preciso considerar que seria uma reaquisição de 51% das ações e cessão de 168 milhões de reais, quando o grupo detinha 100% das ações e dos recursos. Visto o negócio como um todo, fica evidente que o Grupo Fidelity teria cedido participação e recursos, e não adquirido atividade empresarial que justificasse o pagamento do ágio. Não seria possível dizer que o pagamento do ágio foi motivado pela lucratividade da participação adquirida.

Por esses motivos, entendemos as duas aquisições de participações acionárias como um único negócio, o que a motivação do ágio a justificar o benefício fiscal deveria estar já na primeira aquisição de participação acionária, na Celta Holdings, e não na segunda. Aparentemente as partes também pensam assim, tendo em vista os contratos de prestação de serviços que assinaram.

É preciso justificar a entrada do Grupo Fidelity na Celta Holdings e a transferência de recursos. O que os bancos estão levando para o negócio é sua capacidade de contratar serviços. Mas essa capacidade é dos bancos, intransferível. É necessário reificar essa capacidade, transformá-la numa coisa passível de ser transferida para outra empresa. O que os bancos optaram por fazer é contratar a prestação dos serviços, com uma empresa de sua propriedade, de modo a atribuir a essa empresa detentora dos contratos o valor da capacidade desejada pelos novos sócios.

Como os bancos não têm uma empresa prestadora de serviços, ou desejam criar uma nova empresa, criaram a Celta Processadora, investida da Celta Holdings. Os bancos e a CBSS, controlada dos bancos, contratarão a prestação de serviços com a Celta Processadora. As partes decidiram que primeiro seriam assinados os contratos de prestação de serviços, estabelecendo que as assinaturas desses contratos são pré-condição para a associação (Contrato de Investimento, item 1.2.3 (i)).

Como se verá a seguir, esses contratos de prestação de serviços são nulos porque simulados por interposição fictícia de pessoa. Também são nulos porque o motivo determinante é ilícito.

b.3) A simulação dos contratos de serviços

O Contrato de Termos Comuns, de 24/03/2006, define como "partes" de um lado os Clientes (Bradesco, ABN e CBSS) e de outro lado a Celta Processadora (chamada no contrato de

Processadora). Mas define também "**de outro lado ainda**" a FBS e a Certegy Ltda (chamada de CEY Brasil). Embora não diga que a FBS e a Certegy Ltda são partes no contrato, sua leitura permite identificar claramente que todas as cláusulas relativas às obrigações da contratada são direcionadas para a Certegy Ltda, empresa do Grupo Fidelity que naquele momento era a empresa operativa, o que também a torna parte do contrato.

Em 03/04/2006 a Certegy Ltda promoveu sua 43ª alteração de contrato social, com versão parcial de seu patrimônio para a Fidelity Processadora. O patrimônio vertido consiste nas atividades operacionais da Certegy Ltda, como sistemas, funcionários, as Notas Promissórias de Desenvolvimento, equivalentes ao capital necessário para preparar a empresa para a prestação de serviços para os novos sócios.

Entendemos que os contratos de serviços foram assinados com a Certegy Ltda, e que foram passados para a Fidelity Processadora juntamente com os ativos operacionais.

O Contrato de Termos Comuns traz em seus considerandos que a "CEY Brasil (ou uma de suas afiliadas) detém a maioria do capital votante da" Celta Processadora. Mas isso só acontecerá mais tarde, depois da assinatura do Contrato de Investimento de 27/03/2006, do qual a assinatura dos contratos de serviços é pré-condição (cláusula 1.2.3, item i). Com a incorporação da Miaplacidus pela Celta Holdings em 18/04/2006 é que o Grupo Fidelity passará a ser controlador indireto da Celta Processadora. No momento da assinatura dos contratos de serviços, a CEY Brasil é controladora da Fidelity Processadca e não da Celta Processadora.

O Contrato de Termos Comuns traz em seus considerandos que os Clientes desejam receber da Processadora específicos e determinados serviços e produtos. Entretanto, são serviços que somente a Certegy Ltda tem condições de prestar e produtos que pertencem ao Grupo Fidelity.

O mesmo considerando dispõe que "a CEY Brasil declara que tem toda a capacidade técnica e operacional, além da experiência necessária para fazer com que a Processadora preste, execute e administre tais serviços..."

No item 2.4.1 do Contrato de Termos Comuns, a Processadora e os Clientes concordam que qualquer alteração no contrato somente poderá ser feito com acordo expresso da CEY Brasil e da FBS. Ora, se elas têm o poder de impedir uma alteração contratual, elas só podem ser partes do contrato.

Na "Cláusula VII - Obrigações Técnicas da CEY Brasil até a Completa Migração", do contrato de termos comuns, o item 7.1 diz que a CEY Brasil **obriga-se a tomar as medidas necessárias e a fazer com que a Celta Processadora realize todas as atividades e investimentos necessários para o negócio.**

Ou seja, a CEY Brasil, não é mera declarante de que prestará auxílio à contratada. Ela se obriga a fazer com que a Celta Processadora cumpra as cláusulas do contrato. Isso é o mesmo

que se obrigar às cláusulas do contrato, tendo em vista a incapacidade operacional da Celta Processadora. Obriga-se também aos investimentos da Celta Processadora. Mas os investimentos necessários ao negócio são os 79 milhões de reais das notas de desenvolvimento, de propriedade da Certegy Ltda e depois repassadas à Fidelity Processadora.

A CEY Brasil também se obriga, no mesmo item 7.1, a fazer com que sejam supridas todas as deficiências ou sejam realizados os ajustes apontados no relatório de auditoria técnica realizada pela KPMG. Conforme resposta do contribuinte ao Termo nº 0005, a auditoria foi realizada em sistemas do Grupo Fidelity e as deficiências e ajustes necessários referem-se a esses sistemas, com os quais a Celta Processadora nada tem a ver.

No item 7.2, a CEY Brasil garante que na migração de cada um dos clientes, a Processadora terá condições técnicas e tecnológicas para atender aos requerimentos do negócio. Ou seja, a CEY Brasil obriga-se a fazer com que o contrato seja efetivamente atendido. É ela quem se responsabiliza pela execução do contrato.

O item 11.5 do contrato de termos comuns prevê a "assistência em caso de retirada de CEY Brasil do quadro societário da Processadora". Ora, a CEY Brasil era sócia indireta da Fidelity Processadora, e não da Celta Processadora.

No Acordo de Acionistas Celta Holdings, no item "(J)" dos considerandos, as partes declaram que em 27/03/2006 a FBS e a CEY Brasil aditaram e consolidaram o Contrato de Licença. O contrato de termos comuns é de 24/03/2006, três dias antes.

No item 4.2.2. do contrato de termos comuns, à página 21 do contrato, a Celta Processadora declara que possui licença gratuita para utilizar os Sistemas da FBS, inclusive os respectivos códigos-objeto e códigos-fonte, incluindo toda a documentação técnica para prestar os serviços aos Clientes. Lê-se à página 7 que "Sistemas da FBS" significa o Sistema denominado Base 2000 (B2K), de propriedade da FBS, licenciado à Processadora, mediante Contrato de Licença. Lê-se à página 3 que "Contrato de Licença" significa o contrato de Licença de software alterado e Consolidado (Amended and Restated Software License Agreement), firmado em 27/03/2006 pela FBS e pela CEY Brasil, que rege os termos e condições aplicáveis ao licenciamento dos Sistemas da FBS e dos Sistemas Customizados.

*Da leitura destes parágrafos, concluímos que a licença a que se refere o item 4.2.2. é justamente o contrato Amended and Restated Software License Agreement, já apresentado à fiscalização da DRF/Jundiaí em diligências anteriores. **Ou seja, quem detém a licença não é a Celta Processadora, mas a CEY Brasil**, evidenciando mais uma vez que a real contratada é esta, e indiretamente o Grupo Fidelity.*

A resposta do contribuinte ao Termo de Intimação Fiscal nº 0005 confirma a interpretação da fiscalização.

Fica claro que as obrigações contratuais são obrigações assumidas pelo Grupo Fidelity, através de sua empresa Certegy Ltda (chamada CEY Brasil), que no momento era sua empresa operativa. A Fidelity Processadora recebeu o acervo produtivo da Certegy Ltda, na qualidade de sucessora por cisão. Quando a Certegy Ltda se obriga a fazer, está na verdade declarando que é parte no contrato, evidentemente como contratada.

Quando o Contrato se refere a "Processadora", não está se referindo à Celta Processadora, mas está na verdade se referindo a Certegy Ltda, que repassará o contrato para a Fidelity Processadora.

A empresa criada, a Celta Processadora, não tem atividade alguma. Na verdade, por expressa disposição contratual está proibida de ter funcionários, de ter contratos, de produzir, enfim, de ter qualquer atividade (Contrato de Investimento, 2.2 (vii) Inexistência de Atividades).

A Celta Processadora foi criada pelo Bradesco, era de propriedade dos bancos, seus diretores eram diretores dos bancos e abriram mão de receber honorários pagos pela Celta. A Celta Processadora era empresa de investimento e somente passou a ter por objeto o processamento de cartões em 23/03/2006, tendo assinado o contrato de prestação de serviços em 27/03/2006 (cf. contrato social e alterações). As cláusulas do Contrato de Termos Comuns possuem especificações que a Celta Processadora não tem condições de atender, estando claramente direcionadas para a Certegy Ltda.

Além desses, são indícios de simulação:

- a Celta Processadora tem por patrimônio apenas R\$871,00 em dinheiro, insuficientes, salvo melhor juízo, para pagar um jantar de confraternização entre as pessoas que assinaram os contratos. Ainda assim, foi contratada em negócios com faturamento previsto de seis bilhões de reais em dez anos (resposta de contribuinte diligenciado anteriormente);

- consta dos considerandos dos três contratos individuais que a Celta Processadora declara ter a capacidade técnica e operacional, além da experiência necessária para prestar, executar e administrar os serviços. Trata-se de evidente falsidade, já que é condição do contrato de investimento que a Celta Processadora não tenha tido qualquer atividade anterior;

- no item 1.4.1 do contrato com a CBSS, embora seja a Celta Processadora a contratada, o software será desenvolvido pela FBS e será de propriedade exclusiva desta;

- o relacionamento entre a Certegy Ltda (ou Grupo Fidelity) e a Celta Processadora não é de cooperação técnica entre empresas. Não existe uma previsão de quais serviços seriam prestados pela Certegy Ltda à Celta Processadora, nem preços contratados entre Certegy e Celta Processadora. Existe só o

contrato de investimento, que no item 6.4 prevê a imediata extinção da Celta por incorporação;

- constata-se que nos três contratos individuais de prestação de serviços a especificação de preços é feita em folhas de título "Certegey Ltda" (item 3.2 deste Termo), indicando ser esta a empresa que definiu as especificações contratuais por parte da prestadora de serviços. Ou seja, quem defendeu os interesses do prestador de serviços, e o mais importante deles (o preço) não foi a empresa contratada;

- nos considerando do contrato de investimento, item III, tem-se que a prestação de serviços através da Celta está de acordo com os objetivos estratégicos da Controladora CEY, evidenciando que quem prestará os serviços será a Certegey Ltda e não a Celta. O item IV diz que as partes decidiram combinar as atividades da Celta com as da CEY Brasil. Mas a Celta não tem nenhuma atividade, por expressa exigência contratual (cláusula 2.2, item vii, Inexistência de Atividades).

A toda evidência, os bancos desejam contratar a Certegey Ltda. É esta que detém capacidade de prestar serviços. Uma capacidade que exige pessoas treinadas, equipamentos, know how anterior de qualidade já comprovada, softwares já desenvolvidos e testados (sistema B2K). Enfim, capacidade que exige anos de experiência acumulada.

O Grupo Fidelity (através da Holdco One) permaneceu como investidor da Celta Holdings por dois anos. Na verdade esse tempo é irrelevante. As ações da Celta Holdings de propriedade dos bancos eram preferenciais Classe A, e rendiam dividendos 43% superiores às ações ordinárias e preferenciais Classe B de propriedade da Holdco One (item 2.2 do Acordo de Acionistas, AGE de 12/04/2006 e Estatuto, todos da Celta Holdings).

O Estatuto da Celta Holdings previa que as ações pertencentes a Holdco One poderiam ser resgatadas no prazo de um ano, prazo previsto para a primeira migração.

O Acordo de Acionistas da Celta Holdings previa que os dividendos recebidos da Fidelity Processadora, seriam aplicados nos bancos Bradesco e ABN, na proporção das respectivas participações (item 13.1). Previa que todos os investimentos e gastos necessários à Fidelity Processadora seriam feitos pelo Grupo Fidelity (item 6.5), e todos os investimentos e gastos necessários à Celta Holdings seriam feitos pelos bancos (item 13.1).

O Acordo de Acionistas Contingente, a vigorar para a Celta Holdings após a saída do Grupo Fidelity, dispõe que a Celta Holdings é empresa de propósito específico especialmente criada para unir os interesses do Bradesco e do ABN nos investimentos na Fidelity Processadora (Anexo III, (B) - Considerando que (i)...).

Pelo acordo, o Grupo Fidelity somente permaneceria na Celta Holdings na fase de investimentos do negócio. Nessa fase, os ganhos da Fidelity Processadora viriam dos contratos anteriores do Grupo Fidelity, que estava obrigada aos investimentos programados. A distribuição de dividendos estava condicionada a certa disponibilidade de caixa ("Condição de Distribuição", Anexo I, item 2, do Acordo de Acionistas). Eventual recurso disponível até determinado limite seria reinvestido na própria Fidelity Processadora. O Grupo Fidelity se retiraria da Celta Holdings quando a Fidelity Processadora começasse a dar os lucros esperados dos contratos de prestação de serviços assinados. O acordo de acionistas da Celta Holdings já previa o acordo de acionistas da Fidelity Processadora a ser assinado imediatamente após a saída da Holdco One.

O acordo de acionistas da Celta Holdings, com restrições à retirada de dividendos, funcionou como garantia de que o Grupo Fidelity (Holdco One) se retiraria da holding (conforme item 2.5 Acordo de Acionistas Celta Holdings, deste termo). O Acordo de Acionistas Contingente já indicava essa retirada, inclusive dispondo que a holding é empresa de propósito específico criada com a finalidade de administrar os interesses dos bancos na processadora.

É o que realmente aconteceu: o Grupo Fidelity (Holdco One) retirou-se da Celta Holdings após completada a primeira migração, dos cartões do ABN. Existe até um lapso no Contrato de Termos Comuns, onde se diz que a Certegy Ltda detém a maioria do capital votante da Celta Processadora. O Acordo de Acionistas também previa a incorporação da Celta Processadora pela Fidelity Processadora, e a manutenção do nome desta última.

Embora associados na Celta Holdings, os grupos se comportaram como se associados diretamente na Fidelity Processadora.

Quando se contrata os serviços de alguém, o contratado não precisa ter todas as habilidades necessárias para a execução do contrato, posto que ele pode se socorrer de outrem. Mas alguma habilidade e atividade o contratado tem que ter.

Veja-se por exemplo uma situação de pai e filho. Alguém quer contratar os serviços de um encanador, sabe que o pai é encanador, não tem seu telefone, mas tem o telefone do filho. Contrata o serviço com o filho, sabendo que quem executará o serviço será o pai. O filho funcionou como interposta pessoa. A interposição ocorre quando num negócio uma das partes não pode ou não quer aparecer (o interponente) e coloca alguém em seu lugar (o interposto). O interposto substitui o interponente. No exemplo, o filho (interposto) substitui o pai (interponente). Mas neste exemplo trata-se de interposição real, pois o filho desempenhou um importante papel mercadológico, de elo entre cliente e prestador de serviço.

O caso dos autos é diferente.

O problema é que os bancos, que também controlam a CBSS, são os controladores da Celta Processadora. Os diretores da

Celta Processadora eram diretores dos bancos e remunerados por eles. Ainda que se visse na própria assinatura dos contratos um trabalho realizado, os diretores estariam defendendo os interesses dos contratantes, e não da contratada.

Nestes contratos de serviços o contratante é o interponente, e o contratado é o interposto. Retirado o véu do número do CNPJ, não existindo qualquer atividade nem capacidade do interposto, resta que os contratantes contrataram a si mesmos. Nessa construção artificial, o ato praticado contraria o conceito de contratação de serviços, pois não há contratação de terceiros.

Entretanto, as partes sempre se comportaram como se o verdadeiro contratado fosse a Certegy Ltda, empresa operativa do Grupo Fidelity participante dos contratos e garantidora e obrigada ao cumprimento das obrigações contratadas, sucedida pela Fidelity Processadora. As relações entre os participantes são regradas por esses contratos, válidos entre as partes, de onde se conclui que o verdadeiro negócio são contratos dos bancos e CBSS com a Certegy Ltda, que os transferiu por cisão para a Fidelity Processadora.

O Grupo Fidelity recebeu R\$444, 21 (51% de R\$871,00) de patrimônio da Celta Processadora e deixou para a Celta Holdings patrimônio contabilizado de 211 milhões de reais. Não se pode dizer que existe uma continuidade das atividades da Celta Processadora pela Fidelity Processadora se aquela não tinha atividade alguma.

Por expressa disposição contratual (Contrato de Investimento, item 1.2.3 (i)), a contratação dos serviços é pré-condição para a associação. A lógica parece ser garantir que o Grupo Fidelity, ao entregar participação em sua empresa, esteja pagando por um negócio já consumado anteriormente.

Os contratos de prestação de serviços são desnecessários para as transferências patrimoniais, e sua simulação não prejudica a isenção dessas transferências. Entretanto, impede que o fundamento do ágio na aquisição de participação acionária seja a rentabilidade futura.

b.4) Motivo determinante ilícito

A inexistência de atividade empresarial da Celta Processadora, seu patrimônio inexpressivo e o artificialismo de sua contratação, com o claro objetivo de obter o benefício fiscal de amortização do ágio, implica nulidade dos contratos de prestação de serviços, com fundamento no artigo 166, inciso III do Código Civil, que dispõe: é nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

Segundo Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Validade, pág. 91, Ed Saraiva, 2004), "é possível estabelecer o conceito de motivo ilícito como todo aquele que não só contraria direito cogente, como também os preceitos da moral (= boa-fé, ordem pública e bons costumes). Não importa,

aqui, se o objeto do negócio jurídico é válido e se ele atende aos demais pressupostos de validade, mas, sim, se o escopo que conduziu os figurantes a realizá-lo é contrário à norma imperativa, à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes, ou exceda os limites impostos por sua finalidade econômica ou social".

A amortização do ágio com base em rentabilidade futura é um benefício fiscal. Sem a lei, não existiria o ativo diferido. Com a lei existe ativo diferido e sua amortização é dedutível. Trata-se de concessão do Estado. Deixar de receber é o mesmo que dar. A própria legislação do Imposto de Renda o reconhece quando trata de distribuição disfarçada de lucros. Quando o Estado permite deduzir da apuração do imposto uma despesa fictícia, deixa de receber o tributo que lhe é devido. O restante da sociedade é cobrado para suprir o Estado com os recursos de que ele abriu mão. Trata-se de transferência de recurso público para particulares.

No caso, o benefício é de cerca de 72 milhões de reais, considerando as promissórias.

A contratação dos serviços com a Certegy Ltda sem a interposição da Celta Processadora implicaria o não atendimento das condições para concessão do benefício. A interposição da Celta Processadora apenas formalmente atende a essas condições. Entretanto, é uma construção totalmente artificial, com empresa veículo de patrimônio de apenas R\$871,00 e nenhuma atividade produtiva. Visivelmente, essa interposição existe apenas para justificar que a Celta Holdings detinha alguma coisa de valor a justificar o ágio.

Sem a Celta Processadora, o Estado não perde 72 milhões. Com a Celta Processadora, o Estado perde 72 milhões.

Entendemos que é imoral e contrário à boa-fé retirar 72 milhões de reais do Estado e da sociedade com a mera assinatura, por empresa veículo, de alguns papéis em que não há nenhuma função ou significado econômico por parte dessa empresa.

Quem entende que não é imoral, basta se colocar no lugar do Estado para perceber que é. Se o prejuízo de 72 milhões fosse do contribuinte, não temos dúvida de que ele iria à justiça pleitear a nulidade dessa interposição.

O artigo 170 do Código Civil permite considerar que os contratos de prestação de serviços efetivamente realizados foram entre os clientes (Bradesco, CBSS e Amro) e a Certegy Ltda, que também é parte nos contratos. Como foram realizados antes da associação, o pagamento do ágio não tem fundamento em rentabilidade futura de participação adquirida.

b.5) Análise do negócio como um todo

O contribuinte registra dois ágios diferentes, um na aquisição de participação na Celta Holdings, e outro na aquisição de participação na Fidelity Processadora.

A associação com a Celta Holdings não trouxe nenhum benefício para o negócio que o Grupo Fidelity não detinha antes da associação. Não existe atividade produtiva da Celta Holdings ou Celta Processada, nem ativos que viessem beneficiar a Fidelity Processadora.

Entendemos as duas aquisições de participações acionárias como um único negócio, e que a motivação do ágio a justificar o benefício fiscal deveria estar já na primeira aquisição de participação acionária, na Celta Holdings, e não na segunda. Aparentemente, as próprias partes entenderam ser necessário justificar a aquisição da Celta Holdings, única explicação visível para a contratação da interposta Celta Processadora.

Entendemos que o fundamento do pagamento do ágio não é a rentabilidade futura da participação societária adquirida, posto que a rentabilidade aqui reside no próprio ágio, e decorre das atividades empresariais do grupo que paga o ágio e do contrato de prestação de serviços anterior à aquisição da participação acionária, contrato esse realizado entre a Certegy Ltda (depois sucedida por Fidelity Processadora) e os bancos, que são terceiros nessa relação. O fundamento do ágio é o pagamento de bônus e cessão de participação societária pela assinatura de Contratos de Serviços.

Por outro lado, entendemos que o fundamento do ágio não deve ser buscado na re-aquisição das ações da Fidelity Processadora porque o Grupo Fidelity já era dono de 100% das ações. O Grupo Fidelity investiu sozinho 79 milhões na empresa, transferiu aos bancos 50 milhões de reais em dinheiro, 118 milhões em notas promissórias (que consideramos simulação) e 49% das ações da Fidelity Processadora. Ao final, o Grupo Fidelity permaneceu com 51% das ações que já lhe pertenciam e com menos 168 milhões de reais.

Visto o negócio como um todo, o Grupo Fidelity não adquiriu participação em atividade produtiva; o Grupo Fidelity cedeu participação em atividade produtiva e recursos financeiros.

c) Não existe ágio a ser amortizado

O ágio contabilizado pelo contribuinte decorre de aquisição de ações da Fidelity Processadora pela Holdco One. Esta recebeu as ações da Fidelity Processadora em devolução de participação acionária extinta da Celta Holdings. A Holdco One detinha 51% das ações da Celta Holdings, que foram resgatadas, e recebeu 51% das ações da Fidelity Processadora pertencentes a Celta Holdings.

As ações da Fidelity Processadora foram baixadas pela Celta Holdings pelo valor contábil, igual ao valor patrimonial das ações. A Celta Holdings reduziu seu patrimônio líquido pelo valor contábil das ações da Fidelity Processadora que entregou a Holdco One.

A Holdco One registrou como investimento as ações recebidas pelo valor patrimonial (igual ao valor contábil registrado pela Celta Holdings) e registrou como ágio a diferença entre o valor do antigo investimento (investimento mais ágio) na Celta Holdings e o valor patrimonial das ações recebidas. Considerou como custo de aquisição das ações da Fidelity Processadora o valor do investimento que detinha na Celta Holdings (investimento mais ágio).

A Holdco One procedeu contabilmente como se tivesse feito uma permuta de 51% das ações da Celta Holdings entregues por 51% das ações da Fidelity Processadora recebidas.

O resgate das ações estava previsto desde sua emissão, pela Assembléia Geral Extraordinária de 12/04/2006 da Celta Holdings. A AGE previa o resgate "nos termos do Art. 44, parágrafo 6º da Lei nº 6.404/76, conforme alterada, mediante a entrega, nos termos do artigo 22 da lei nº 9.249/95, em dação em pagamento, de ações detidas pela Companhia em sua controlada CELTA PROCESSADORA E SERVIÇOS S.A....".

Dispõe o §1º do artigo 44 que:

(...)

As partes fazem constar da ata da AGE e do estatuto da companhia que o negócio jurídico se fará de acordo com a lei tributária (direito de sobreposição), reconhecem que será uma dação de ações em pagamento, e tratam o negócio como permuta.

O artigo 22 da lei nº 9.249/95, que incide independentemente de disposição contratual, não trata do negócio jurídico de devolução de capital. O artigo trata de um outro negócio jurídico que é a dação de bens em pagamento da devolução de capital. O artigo não derogou o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas nas partes que tratam da devolução de capital, e também não deu à entrega de bens em devolução de capital tratamento tributário semelhante ao de permuta.

Dispõe o artigo 22 da Lei nº 9.249/95:

(...)

A questão está na interpretação do §2º do artigo, no caso em que os bens entregues a título de devolução de participação são avaliados pelo valor contábil.

*Para nós, o dispositivo é claro: a expressão valor contábil da participação, "conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital" refere-se ao **valor** que a investida atribuiu, por determinação legal, à participação extinta, e que é o valor da redução do patrimônio líquido promovida em virtude da extinção da participação. O investidor recebe o bem pelo valor com que a investida reduziu o patrimônio líquido. É o tratamento compatível com a dação de bem em pagamento da devolução de capital. O próprio caput do artigo confirma: trata de bens entregues a título de devolução de participação no capital.*

Entretanto, o contribuinte procedeu contabilmente como se a expressão "conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital" se referisse ao procedimento adotado pela investida. Se a investida avaliou o bem ao valor contábil registrado na contabilidade dela (investida), o investidor receberá o bem também pelo valor contábil da participação, porém o valor registrado na contabilidade dele (investidor). Este tratamento é compatível com o negócio jurídico de permuta e só seria possível se a lei dispusesse: "serão registrados pelo valor contábil da participação escriturado pelo titular, sócio ou acionista".

Causa estranheza interpretar que numa extinção de empresa existe permuta entre os acionistas e a empresa, de ações e bens do ativo.

Também é estranho tratar a entrega de bens a valor de mercado como reavaliação de ativos, tributando a empresa que devolve capital e eventualmente atribuindo ao investidor um custo de aquisição inferior ao investimento antigo, e por outro lado isentar tanto a empresa e como o investidor quando o bem é entregue a valor contábil. Quem entregaria bens a valor de mercado?

Não existe um negócio jurídico chamado "devolução de capital em bens".

Juridicamente, a palavra "devolver" significa restituir direito. Quem devolve participação no capital é a empresa que extingue as ações, e não o investidor que entrega as ações para a empresa.

A devolução de participação no capital ocorre em diversas situações, como por exemplo a extinção/liquidação de empresa, a retirada de sócio/acionista, o resgate de ações, o reembolso de ações, a amortização de ações, o exercício de direito de retirada de acionista. Todas as situações de devolução de capital são disciplinadas pelo Código Civil (por exemplo artigos 1031, 1103, 1117, 1120) e/ou pela Lei das Sociedades Anônimas (por exemplo artigos 44, 45 c/c 137, 206 e seguintes). Em todas essas situações a lei civil ou societária determina que a empresa que devolve participação no capital proceda à avaliação das quotas ou ações extintas. Quotas e ações são títulos representativos do direito de participação do sócio ou acionista no Patrimônio Líquido da empresa. O valor atribuído pela empresa que devolve participação às quotas ou ações extintas é o valor pelo qual ela reduzirá o Patrimônio Líquido. Em se tratando de sociedades anônimas, o artigo 170 da Lei das SA estabelece critérios de avaliação possíveis. Em todos os casos, sociedade anônima ou não, as leis tratam de valor da participação e não de valor do negócio (preço). E, em princípio, a devolução deve ser realizada em dinheiro.

A lei tributária trata de formas diferentes o procedimento do investidor quando da liquidação de investimento, conforme o investidor seja pessoa física ou jurídica. Na pessoa física o

ganho de capital ocorre na alienação de investimento (artigo 117 do RIR/99). Como na liquidação de investimento não ocorre alienação, eventual ganho terá tratamento de acréscimo patrimonial (artigo 55, inciso XIII do RIR/99). Já na pessoa jurídica, o ganho de capital ocorre tanto na alienação quanto na liquidação ou extinção do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31; artigo 418 do RIR/99).

A devolução de participação societária não é negócio jurídico de compra e venda, nem existe alienação das ações do investidor para a empresa investida. É um negócio jurídico específico, de extinção de participação societária, que implica redução (ou liquidação total) do patrimônio líquido, com atribuição do patrimônio liquidado ao sócio. Na devolução, as partes não têm livre arbítrio para estabelecer preço. Por outro lado, claro que as partes podem concordar com o pagamento ao sócio que se retira de um valor qualquer, não relacionado com o valor contábil ou econômico da participação extinta. Mas nesse caso não se trata mais de devolução de participação, e sim de negócio jurídico de compra e venda de ações para manutenção em tesouraria (possibilidade de negociar as próprias ações admitida pela lei das SA) com fins de posterior extinção da participação societária.

Da mesma forma, embora na entrega de bens a título de devolução de participação exista a entrega de bens e a extinção de participação, não se trata de operação de permuta. A permuta é negócio jurídico onde existem duas alienações de bens, dados por cada parte e recebidos pela outra parte, e onde não existe preço. Na devolução de participação não existe alienação da participação, e a lei exige que se avalie a participação, que passa a ser o valor do negócio. A entrega de bens a título de devolução de participação em capital social visa honrar essa obrigação da empresa para com o sócio que se retira. Claro que as partes podem concordar em permutar bens da empresa pelas ações do sócio que se retira. Mas, nesse caso, trata-se de negócio jurídico de permuta para manutenção de ações em tesouraria com fins de posterior extinção da participação.

A lei tributária (o citado artigo 22) não trata da avaliação da participação devolvida, nem derogou os dispositivos legais que tratam do assunto. Na verdade, nem mesmo trata do negócio jurídico de devolução de participação no capital. Como se percebe lendo o caput do artigo, trata de "bens e direitos do ativo da pessoa jurídica entregues a titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social...". A lei tributária trata de um outro negócio jurídico, que é a dação de bens em pagamento da devolução de participação no capital.

Dispõe o Código Civil em seu artigo 356 que "O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida". Já o artigo 357 dispõe que "Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda".

Seja o exemplo de alguém que comprou um carro por \$100 e o vendeu por \$80 para ser pago em uma semana, incorrendo numa

perda de \$20 no negócio de venda. No dia do pagamento o comprador não tem dinheiro e oferece uma moto. Se atribuírem à moto o valor de \$50, a obrigação assumirá o valor de \$50, e o vendedor terá perdido mais \$30 no negócio jurídico de dação de bem em pagamento. Se não atribuírem valor à moto, é a moto que terá sido alienada por \$80.

Ainda que fosse possível entender como uma troca da moto com o carro, seria uma troca com preço de \$80, estipulado no negócio de venda anterior, nunca uma permuta entre a moto e o carro. O negócio jamais terá o valor de \$100. O fato de o preço de compra do carro ser pago com a moto dada em pagamento não anula o negócio jurídico de compra e venda do carro anteriormente realizado, nem o transforma em permuta.

Vê-se no artigo 356 que a dação de bem em pagamento pressupõe a existência de uma obrigação anterior. Portanto existem dois negócios jurídicos distintos: um negócio anterior que deu origem à obrigação, e um negócio de dação de bem em pagamento para liquidar aquela obrigação. No caso da devolução de participação no capital, a obrigação é o valor dessa participação conforme avaliado pela empresa que devolve a participação, em obediência à lei, e que em princípio é o valor do patrimônio líquido que as ações extintas representam. Não se trata de troca, porque é extinção de empresa, mas se visto como troca, seria uma troca com preço, nunca uma permuta, pois a lei civil (não a tributária) determina que seja avaliada a obrigação. A empresa não tem qualquer obrigação ou compromisso com o valor registrado pelo investidor na sua (dele) contabilidade, que é um custo de aquisição arcado pelo investidor.

Vê-se no artigo 357 que quando as partes atribuem preço ao bem entregue é como se esse bem estivesse sendo vendido e, portanto a obrigação assume o valor do bem. Daí se depreende que se as partes não atribuem valor ao bem entregue, é o bem entregue que assume o valor da obrigação a ser extinta, valor esse que, como vimos, a lei determina seja apurado pela empresa que devolve capital.

O artigo 22 permite avaliar o bem entregue a valor de mercado ou contábil. Quando o bem entregue é avaliado ao valor de mercado, fica claro que esse é o preço do bem, que não se trata de permuta e sim dação de bem em pagamento, e esse é o valor da devolução, conforme artigo 357 do Código Civil. Não há incidência do artigo 418 do RIR/99 porque o §4º do mesmo artigo 22 isentou eventual ganho de capital na liquidação do investimento. O raciocínio é que o bem foi reavaliado na investida, que pagou o imposto incidente, e o valor distribuído correspondente a essa reavaliação é isento.

Por outro lado, avaliar a valor contábil não é sinônimo de não avaliar; também é valor de alienação e, portanto é o preço do bem dado em pagamento.

Entretanto, nos parece que a lei assume que, quando a entrega se dá ao valor contábil, a empresa que devolve capital não

atribuiu valor ao bem. Portanto, a empresa entrega bens no valor atribuído à obrigação. Mas, o valor da obrigação é o valor da redução no patrimônio líquido promovida pela empresa que devolve capital. O que dá na mesma, pois acaba sendo o valor dos bens entregues. Porém aqui existe incidência do artigo 418 do RIR/99 porque o artigo 22 não isentou o ganho de capital do investidor na liquidação do investimento quando a investida efetua o pagamento com dação de bem avaliado a valor contábil, nem derogou o artigo 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77 na parte que se refere à liquidação de investimento. Eventual ganho ou perda de capital ocorre por parte do investidor na liquidação do investimento, e não na alienação do bem pela investida.

Ainda que fosse possível entender que existe uma troca entre os bens entregues a título de devolução de capital e o investimento do sócio que se retira, a avaliação da participação é obrigatória, por expressa determinação legal. Portanto, seria uma troca com preço, jamais uma permuta. O preço seria o valor contábil da participação atribuído pela empresa que devolve capital, que é o valor da redução do patrimônio líquido. De novo daria na mesma.

O direito tributário é direito de sobreposição e não altera a natureza dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte.

Claro que para fins tributários a lei pode dar à dação de bens em pagamento de devolução de capital o tratamento de permuta. Quem pode é a lei, não o intérprete da lei. E desde que o faça claramente. Como faz o artigo 65 da Lei 8.383/91, que trata da dação de títulos públicos em pagamento da aquisição de participação em empresa nos leilões do Programa Nacional de Desestatização. O artigo inicia com a expressão "Terá tratamento de permuta..." e finaliza descrevendo o procedimento, evidenciando que para fins tributários será considerado um negócio jurídico diferente do realizado.

Essa lei, que é de 30 de dezembro de 1991, foi precedida pela Instrução Normativa nº 92/91, do Diretor do Departamento da Receita Federal, de 22 de outubro de 1991, publicada à página 23303 do Diário Oficial da União de 23 de outubro de 1991, que contém texto idêntico ao da Lei. Parece claro que, se o Poder Executivo propôs uma lei tributária com o mesmo texto da sua própria interpretação administrativa, é porque o ato administrativo não tinha embasamento legal.

O §2º do artigo 22 não diz claramente que o tratamento é de permuta. O parágrafo não dispõe que os bens recebidos serão registrados pelo valor contábil da participação escriturado na contabilidade do titular, sócio ou acionista. Se existe ambigüidade no texto do §2º e se é de interpretação da lei que se trata, esta deve ser feita de acordo com o Código Civil e Lei das Sociedades Anônimas. Não é possível entender que essa lei deu tratamento de permuta à entrega de bens em devolução de capital porque esse tratamento é incompatível com o negócio jurídico realizado. Interpretar a norma em desacordo com o ordenamento jurídico implica dar ao negócio jurídico um tratamento tributário ilegal.

O caput do artigo 22 refere-se a bens entregues "a título de" devolução de capital. A expressão "a título de" tem basicamente dois significados: a) "na qualidade de", e nesse caso está se falando de verdadeira devolução de capital, e b) "com o pretexto de", e nesse caso está se falando de uma razão aparente, que não é o motivo verdadeiro. Entendemos que ao usar a expressão "a título de" o legislador determinou que essa norma seja aplicada a qualquer operação em que a empresa extingue participação de sócio e entrega ao investidor ativos equivalentes à redução do patrimônio líquido. Portanto, a lei não deu à dação de bens em pagamento o tratamento de permuta. É o contrário. A lei reconheceu que a entrega de bem a título de devolução de participação é uma dação de bens em pagamento, e deu esse tratamento também para a permuta e para a troca com preço em que ocorre a extinção de participação societária.

É importante salientar que no caso dos autos a devolução de participação não ocorreu em incorporação de empresa, e qualquer comparação é incabível, pois não se trata de sub-rogação de bens.

O tratamento de dação de bem em pagamento para o investidor pessoa jurídica previsto no §2º do artigo 22, é compatível com o tratamento previsto no §3º para o investidor pessoa física. O parágrafo 3º trata de negócio entre pessoa jurídica (que devolve o capital) e pessoa física (que é investidor). Das duas partes, a única que tem contabilidade é a pessoa jurídica. Portanto, quando a lei dispõe que os bens serão recebidos pelo valor contábil, conforme avaliado pela pessoa jurídica, está se referindo ao valor contábil pelo qual a pessoa jurídica escriturou o bem entregue, que é o valor da redução do seu patrimônio líquido.

Ainda que fosse possível enxergar no valor declarado à Receita Federal em Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física um valor contábil, não invalida a conclusão de que a lei trata de valor contábil da participação extinta determinado pela empresa que devolve participação, seja o investidor pessoa jurídica ou física. Portanto, o §3º tem o mesmo sentido que o §2º. A pessoa física deverá apurar rendimento por acréscimo patrimonial na liquidação de investimento, conforme artigo 55, inciso XIII do RIR/99 (não se trata de ganho de capital), tomando como valor da liquidação o valor contábil atribuído ao bem recebido, que é igual ao valor contábil da redução no patrimônio líquido promovida pela empresa que devolve capital.

Portanto, como determina o artigo 418 do RIR/99, na extinção/liquidação de ações o investidor pessoa jurídica deve apurar ganho de capital. A diferença entre o valor das ações liquidadas registrado pelo investidor (investimento mais ágio) e o valor contábil das ações recebidas conforme avaliado pela investida (valor da baixa no patrimônio líquido da empresa que devolveu participação no capital) é ganho ou perda de capital para o investidor. Somente é ágio na aquisição das novas ações

a diferença entre o valor da baixa no patrimônio líquido promovida pela investida e o valor patrimonial das ações recebidas (valor da avaliação pelo método da equivalência patrimonial - MEP).

No caso dos autos, em Assembléia Geral Extraordinária de 30/09/2008, às 11:00 horas, os acionistas da Celta Holdings aprovaram resgate das ações pertencentes à Holdco One que, nos termos do §6º do Artigo 5º do Estatuto Social da Companhia, se deu com a utilização de parte da reserva de capital social no valor de R\$56.445.483,08, mediante a entrega em dação em pagamento de 51% das ações da Fidelity Processadora, avaliadas a valor contábil, por sua vez avaliado pelo MEP.

Assim, o ágio contabilizado pela Holdco One não é ágio, mas perda de capital na liquidação de ações da Celta Holdings, que implicou um prejuízo para a Holdco One. A pessoa jurídica sucessora por incorporação não pode compensar prejuízos fiscais da sucedida, conforme artigo 514 do RIR/99. Assim, tendo a Holdco One sido incorporada pela Fidelity Processadora, não há ágio ou prejuízo que possa ser deduzido da apuração do imposto de renda pessoa jurídica nem da contribuição social sobre o lucro pela Fidelity Processadora.(destaques acrescidos)

A fiscalização traz, em seguida, os motivos ensejadores da qualificação da multa, dividindo-os entre a) lançamento relativo às Notas promissórias; b) Lançamento por Fundamento do Ágio e c) Lançamento por inexistência do Ágio.

No item "a" explica a autoridade que as construções de ativos de notas promissórias e sua novação são atos simulados com o objetivo de obter economias tributárias e benefício fiscal de amortização do ágio, conforme definição de simulação do artigo 167, §1º, incisos I e II do Código Civil. Aduz que as notas promissórias teriam natureza de cláusula contratual, e não títulos de crédito (ou ativos) como escriturado e, por conseguinte, não seriam aptas a albergar ágio a ser amortizado.

Segundo o laudo constante da 45a Alteração de Contrato Social da Certegy Ltda, em 05/04/2006 as Notas Promissórias estavam avaliadas em R\$ 118.176.150,00, sendo esse o valor cindido da Certegy para formação da Miaplacidus, que deu origem às transferências de ativos entre as empresas. Devido a isso, a autoridade fiscal efetuou a glosa do ágio contabilizado de R\$ 211.300.660,15, o que implicou glosa de amortização mensal no valor de R\$ 984.801,25.

E complementa:

Aplicamos a multa qualificada de 150%, conforme artigo 74, inc. I, §1º da Lei nº 9.430/96, c/c artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (sonegação e fraude e conluio), devido à simulação de ativos. A transferência de ativos inexistentes contabilizados pelo valor de face induziu a empresa a contabilizar um ágio inexistente, constituindo ação dolosa com o intuito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente quando da dedução da amortização do ágio nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL (art. 71). A amortização de um ágio inexistente constituiu ação dolosa que modificou as características essenciais do fato gerador da

obrigação tributária, criando despesas inexistentes que reduziram o montante do imposto devido (art. 72). A participação de diversas empresas em diversos contratos, com utilização de simulação e fraude contábil, em benefício da Fidelity Processadora e da Celta Holdings, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72, constituiu o ajuste doloso previsto no artigo 73 da Lei 4.502/64.

No concernente ao item "b", alega a fiscalização ter efetuado a glosa do valor do ágio mensalmente amortizado porque a inexistência de atividade empresarial da Celta Processadora e a simulação por interposição fictícia de pessoa da contratação de seus serviços retirou do pagamento do ágio o fundamento na rentabilidade futura da participação societária adquirida, uma vez que a rentabilidade da joint venture decorre de negócios contidos no próprio ágio pago. O ágio contabilizado pela Holdco One enquadra-se no inciso III (outras razões econômicas) do §2º do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, e não no inciso II (rentabilidade futura).

Reforça que a simulação dos contratos de prestação de serviços conferiu ao ágio pago características de dedutibilidade que lhe era própria. Entende que a empresa teria se utilizado de artifícios ilícitos para a obtenção de favor do Estado.

Por fim, argumenta que o ágio teria sido glosado, qualificando-se a multa porque o ágio contabilizado seria, na verdade, perda na liquidação de investimento da Holdco One na celta Holdings. Entretanto, a contribuinte teria se utilizado de simulação para alterar a natureza dos atos, com fins de obter o favor tributário.

A autoridade fiscal aponta a lavratura de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas devidas.

Em seguida, complementa suas alegações, destacando que a empresa Fidelity Processadora teria também procedido de forma equivocada ao incorporar a HOLDCO ONE, atribuindo à única ação emitida o preço de R\$211.303.577,86, alocando R\$1,00 à formação de capital e R\$211.303.576,86 à conta de Reserva de Ágio na Emissão (AGE de 31/12/2009).

Sendo o patrimônio da Holdco One à época composto por Despesas antecipadas no valor de R\$ 2.917,71, Investimentos no valor de R\$ 124.521.796,21 e Ágio sobre investimentos no valor de R\$ 211.300.660,15, entende que como demonstrado anteriormente, o Ágio sobre Investimentos não é ativo da investidora a ser transferido para a investida que a incorpora, porém benefício fiscal concedido pela legislação tributária. O ágio possível na emissão de ações, não amortizável, é de apenas R\$ 2.916,71. O contribuinte, se a apuração do ágio pretendida fosse possível, deveria ter registrado o valor de R\$ 211.300.660,15 como Reserva de Ágio na Incorporação.

Encerra apresentando planilhas de cálculo e a apuração dos valores lançados de forma detalhada, ressaltando a ocorrência de compensação indevida de prejuízo operacional e base de cálculo negativa de CSLL, tratando também da compensação indevida dos prejuízos não-operacionais.

Cientificada da autuação, em 19/05/2014, e não concordando com a lavratura dos autos, a contribuinte apresentou, em 17/06/2014, por meio de seus advogados e bastante procuradores, Impugnação, cujos termos são abaixo sintetizados.

Após breve resumo da ação fiscal levada a efeito, a contribuinte expõe histórico dos fatos que levaram à constituição do ágio questionado pela autoridade autuante.

Defende a impugnante que todos os atos jurídicos em análise nos presentes autos estão inseridos num contexto de reorganização societária legítima, válida e adequada em face dos objetivos negociais pretendidos à época.

*Entende que os atos praticados não podem ser entendidos de maneira estanque, devendo ser analisados no contexto em que inseridos. Ou seja, não se pode analisar a operação "quadro a quadro", **sendo necessário analisá-la como um todo**. Vale dizer: **não basta ver os fatos tais como descritos fotografia a fotografia, mas sim analisar o filme como um todo**, consoante entendimento do jurista Marco Aurélio Greco.*

Questiona aparente contradição entre as afirmações da fiscalização, que teria pugnado pela verificação das operações em conjunto, apesar de em sua conclusão afirmar pela necessidade da análise individual.

Relata que em 2004, o Banco Bradesco e o Banco ABN Amro Real iniciaram um projeto com o objetivo de atrair um parceiro/sócio estratégico especializado no processamento de cartões de crédito para instituições financeiras e apresentar propostas mais vantajosas em termos de portfolio de produtos e serviços.

*Nessa busca, determinaram como características essenciais: **recursos financeiros** para adquirir uma participação relevante do capital social da empresa a ser constituída pelas instituições financeiras e de determinados ativos; **presença** estabelecida e **experiência** comprovada no processamento de cartões; e **compromisso com o futuro** crescimento da participação da empresa a ser constituída pelos Bancos no mercado.*

Alega que no início das negociações, o objetivo era criar uma empresa de processamento de cartões e transações operativas que fosse controlada por todos os envolvidos e que prestaria serviços a eles e a terceiros. Tal empresa fora a Celta Processadora.

Além dela, seria também necessária uma empresa sociedade de propósito específico especialmente para unir/centralizar os interesses e participações dos Bancos, razão pela qual fora criada a Celta Holdings, sociedade até hoje ativa.

Em paralelo, eram realizadas negociações com a Certegy e, em seguida, com o Grupo Fidelity, ao qual a empresa passou a pertencer. Tais negociações resultaram na postergação do início das operações da Celta Processadora e a parceria com o Grupo foi firmada.

E complementa:

Todo esse processo se desenrolou durante um longo período, de Janeiro de 2004 até Abril de 2006, quando da assinatura dos contratos definitivos. Nesse ínterim, houve efetiva competição entre várias processadoras internacionais para figurar como sócio estratégico na joint venture, tais como a CERTEGY, a EDS, a FIRST DATA e a TOTAL SYSTEMS, houve a retirada do Banco do Brasil e a desistência da Visanet de contratar os serviços da joint venture, isso sem falar da fusão entre a Fidelity Information Services, Inc. e a Certegy, Inc..

Entretanto, por enfrentar tantos percalços e devido ao desenrolar de meses de reuniões e negociações com diferentes candidatos a sócio estratégico na joint venture, conforme anteriormente mencionado, os Bancos constituíram a Celta Processadora e com ela celebraram o "Contrato de Termos Comuns para o Processamento de Cartões e Outras Avenças" ("CTC"), em 24/03/2006.

Aduz que a complexidade do negócio; o longo prazo de negociação; a multiplicidade de competidores; a modificação nas características originais do negócio e nos participantes do mesmo; a concentração das negociações em um único competidor - a CERTEGY; a fusão entre a Fidelity Information Services, Inc. e a Certegy, Inc., seriam as razões que justificariam o fato de o Contrato de Termos Comuns para o Processamento de Cartões e Outras Avenças" ("CTC") fazer tantas referências à empresa Certegy Ltda, mesmo antes que o Grupo Fidelity figurasse como sócio estratégico na associação.

Dessa forma, em 2006 fora constituída joint venture entre os três grupos (Bradesco, Abn Amro e Fidelity), definida pela impugnante como um modelo estratégico de parceira empresarial, com o fim de executar e administrar o desenvolvimento do processamento de cartões de forma mais eficiente e também eficaz em termos de custo.

*Nestes termos, os Bancos se aproveitariam de toda a **capacidade técnica e operacional do Grupo Fidelity**, enquanto levariam para a sociedade (Joint venture) sua "capacidade de contratar", tendo em vista a ampla carteira de clientes envolvida e volume de produção. As economias e os ganhos inicialmente objetivados teriam sido alcançados através da constituição de uma empresa líder em processamento de cartões, atualmente ocupante da condição de maior processadora de cartões da América Latina.*

Passa, então, a analisar as operações realizadas de forma individual, buscando evidenciar o propósito negocial que as teria motivado, além da legalidade dos atos praticados.

(i) 27/03/2006 - Assinado Contrato de Investimento (Joint Venture) entre (a) Grupo Fidelity e (b) Bancos (Bradesco e ABN).- traz publicações dos jornais da época, noticiando a formação da joint venture;

Destaca que, apesar de vigente, válida e eficaz desde sua constituição, a joint venture possuía algumas condições previstas no Contrato de Investimentos firmado em 27/03/2006, dentre as quais cita:

a) migração de clientes;

*b) geração de volume de negócios **para o recebimento do Bônus** compactuado entre as partes.*

*(ii) 31/03/2006 - Emissão de **11 Notas Promissórias** para pagamento a prazo, sem qualquer previsão de condição (8 notas de desenvolvimento, 2 notas de migração e 1 nota de volume) pela FIDELITY NATIONAL INFORMATION SERVICES INC. ("FIS") em favor de CERTEGY CAPITAL, Inc. (esta etapa da operação não foi questionada pela Fiscalização, o que, por si só, corrobora com o fato de serem **títulos idôneos**).*

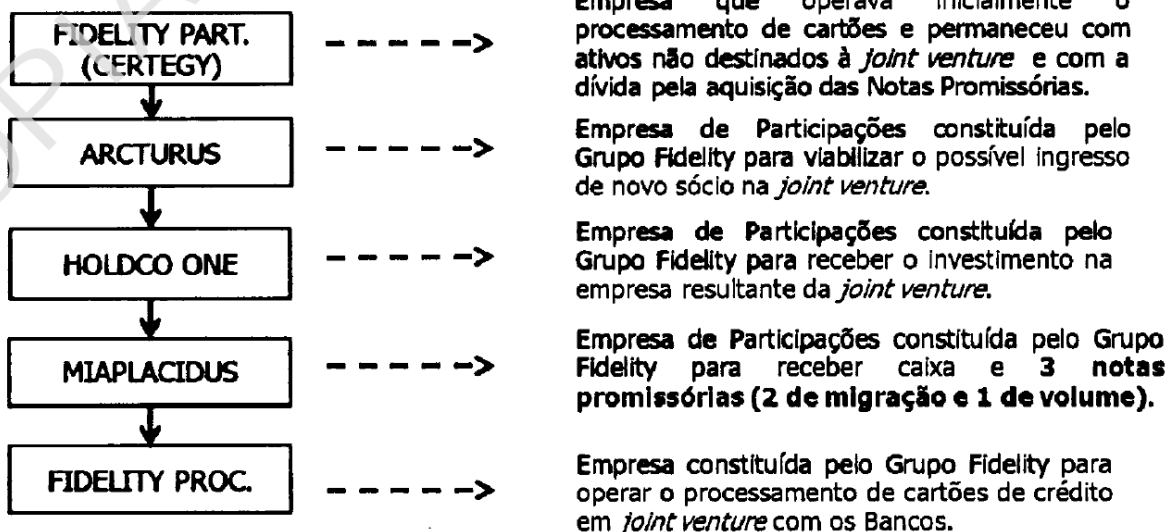
*(iii) 31/03/2006 - **Aquisição pela CERTEGY LTDA. (atual FIDELITY PARTICIPAÇÕES)**, empresa operativa de processamento de cartões no Brasil pertencente ao Grupo Fidelity, das 11 notas promissórias, para pagamento a prazo, conforme Contrato de Compra e Venda.*

Alega a contribuinte que o referido contrato de compra e venda das notas não possuía qualquer condição para geração de efeitos, sendo, portanto, válidas e eficazes as notas dele resultantes.

(iv) 2006 - Estrutura Societária Inicial: Grupo Fidelity após reorganização societária. Nos preparativos da operação, além da organização das empresas abaixo, a CERTEGY LTDA. (atual FIDELITY PARTICIPAÇÕES) foi parcialmente cindida com versão de parcela do seu patrimônio para as empresas MIAPLÁCIDUS e FIDEUTY PROCESSADORA.

Assim sendo, a estrutura do Grupo ficou representada da seguinte forma:

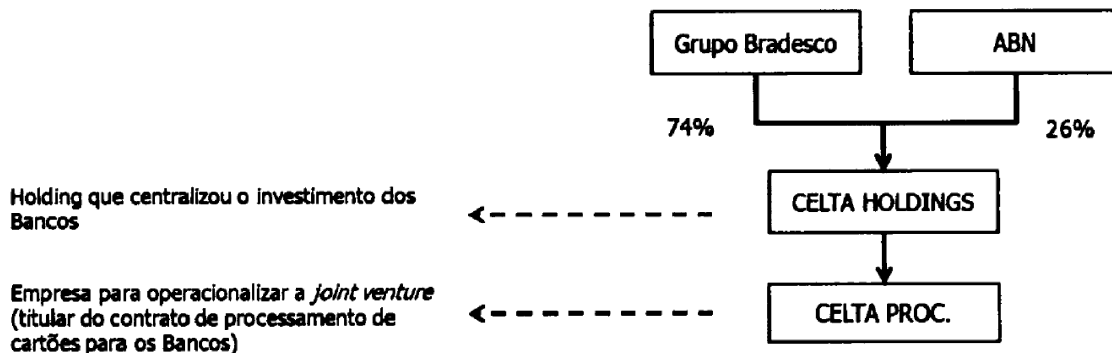
- ARCTURUS, criada para viabilizar o eventual ingresso de novo sócio na joint venture;
- HOLDCO ONE, constituída para receber o investimento na empresa resultante da joint venture, no caso, a CELTA HOLDINGS;
- MIAPLÁCIDUS, que recebeu caixa de R\$ 50.000.000,00 e as 2 Notas Promissórias de migração e a Nota Promissória de Volume no valor de R\$ 118.176.150,00 (sociedade que recebeu parte dos valores que seriam repassados aos Bancos em decorrência da joint venture));
- FIDELITY PROCESSADORA (ora Impugnante), empresa operativa de processamento de cartões, a qual recebeu os ativos operacionais, imobilizado e diferido, pessoal, softwares, clientes e contratos, bem como as 8 Notas Promissórias de Desenvolvimento (no valor de R\$ 79 milhões, referentes a recursos necessários para capitalizar a empresa operacional da joint venture e realizar investimentos iniciais necessários ao seu desenvolvimento);



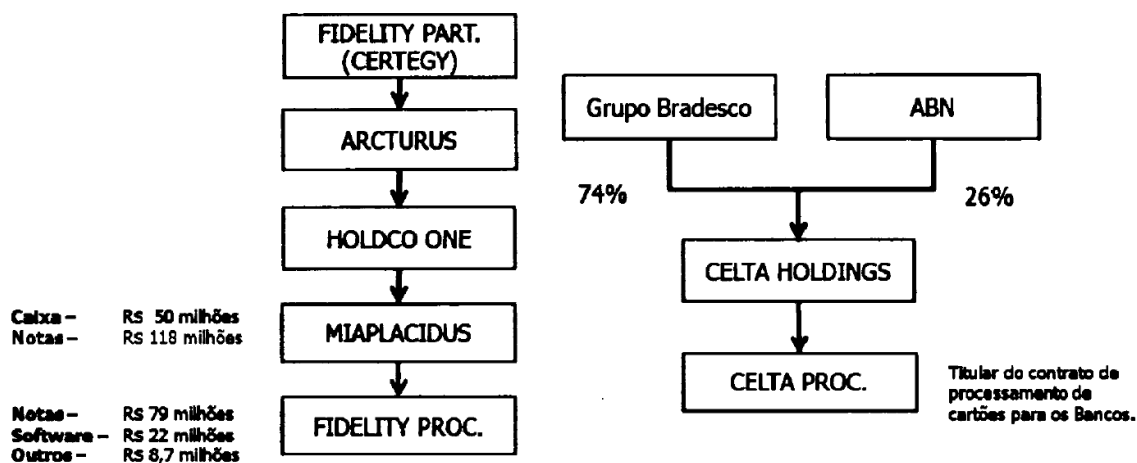
Defende a contribuinte que as empresas Miapladus e Holdco One, consideradas pela fiscalização como "empresas veículo", teriam propósito específico e seriam necessárias para a consecução dos objetivos dos Bancos e do Grupo Fidelity. Ressalta, inclusive, que a estrutura societária adotada e as reorganizações prévias não teriam sido objeto de questionamento pela fiscalização.

Na verdade, entende que a autoridade fiscal teria reconhecido o propósito da Fidelity Processadora como empresa de processamento de cartões.

(v) 2006 - Estrutura Societária Inicial: Bancos (Bradesco e ABN) e as sociedades necessárias à unificação das suas participações societárias.



vi) 2006 - Estrutura Societária Inicial (a) Grupo Fidelity x (b) Bancos:



Afirma que a estrutura operacional da joint venture no momento acima representado, estava dividida entre as empresas FIDELITY PROCESSADORA, como titular dos ativos operacionais, e CELTA PROCESSADORA, como titular dos contratos de prestação de serviços. Dessa forma, cada parte poderia agregar às operações sua contribuição, conforme os objetivos definidos nas tratativas originais.

Expõe que conforme delineado alhures, a menção à CERTEGY LTDA. em alguns dos Instrumentos jurídicos ocorreu em razão da evolução das negociações evidenciarem que o provável sócio estratégico a se associar à joint venture seria a CERTEGY LTDA., que possuía o sistema técnico para operacionalizar o processamento almejado pelos Bancos e o contribuiria para a sua controlada, a FIDELITY PROCESSADORA, a qual por sua vez combinaria suas atividades com a CELTA PROCESSADORA para consecução dos serviços.

Ressalta que o Grupo Fidelity fora justamente o sócio estratégico contratado para atuar como operador do sistema de processamento de cartões de crédito em parceria com a

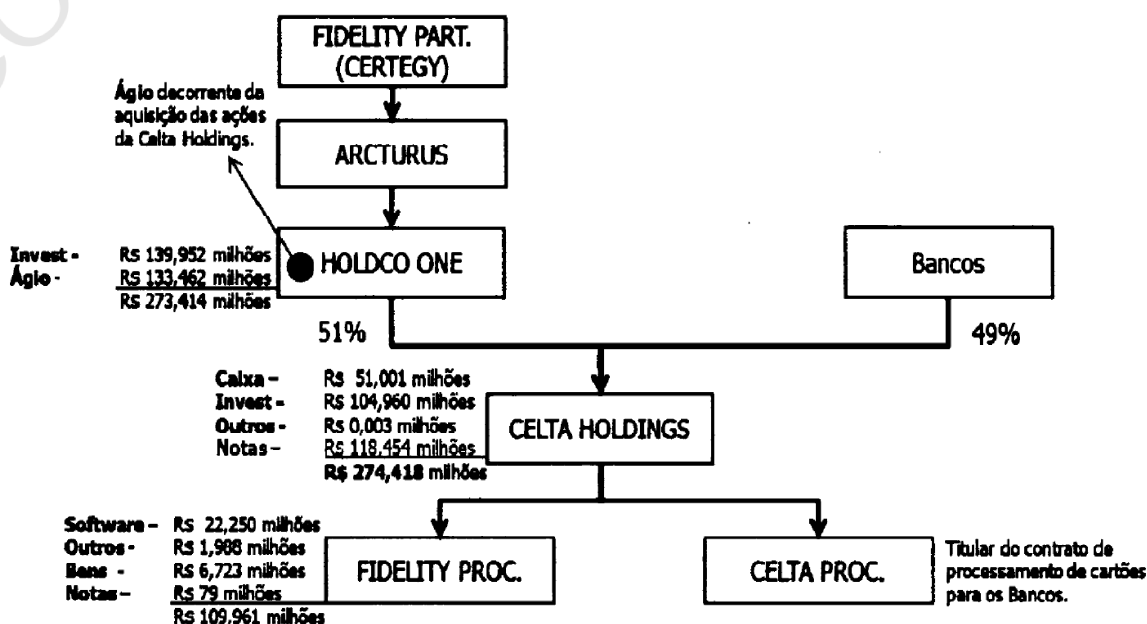
Celta, não restando correta a alegação da fiscalização de que os contratos de serviços seriam simulados por mencionarem tal empresa.

Segundo a contribuinte, a CELTA PROCESSADORA teve um propósito específico dentro da joint venture, que conforme delineado, foi o de segregar a contribuição dos bancos no negócio para a conjugação das atividades com o Grupo Fidelity. E deve-se considerar, ainda, que não fosse o Grupo Fidelity o vencedor no processo competitivo conduzido pelos Bancos, a CELTA PROCESSADORA seria a empresa a contratar os serviços de qualquer outro dos competidores ou a prestar, ela própria, os serviços de processamento para os Bancos.

Inclusive, defende que, mesmo que se considerasse a Celta Processadora como interposta pessoa, nenhum benefício fiscal teria sido gerado por sua participação.

(vii) 18/04/2006 - CELTA HOLDINGS incorpora a MIAPLACIDUS, passando a ser titular das 2 notas de migração e da nota de volume, além dos R\$ 50 milhões existentes no Caixa dessa empresa.

Neste momento, a HOLDCO ONE troca as ações que detinha na MIAPLACIDUS por 51% da CELTA HOLDINGS, que representava uma participação no patrimônio líquido dessa sociedade no valor de R\$ 139,952 milhões. O custo de aquisição foi de R\$ 273,414 milhões (valor do investimento das ações da MIAPLACIDUS que foram incorporadas), gerando ágio no valor de R\$ 133,462 milhões pela aquisição das ações da Celta Holdings.



Informa a contribuinte que a escrituração do referido ágio estava lastreada por Laudo de Avaliação, não tendo sido questionada pela autoridade autuante.

(viii) 19/04/2006 - FIDELITY PROCESSADORA (Impugnante) Incorpora a CELTA PROCESSADORA - etapa da joint venture em que foram unificados:

(a) os ativos operacionais para processamento de cartões de crédito; e

(b) os contratos de prestação de serviços com os Bancos Bradesco e ABN Amro.

Conforme entendimento exposto pela contribuinte, tais etapas foram essenciais para a concentração das operações buscadas na Fidelity, de forma a atingir o objetivo de haver uma única empresa, controlada pelas partes do acordo, que prestasse os serviços.

A contribuinte destaca que dois anos após a criação da joint venture esta se mostrava funcional, com parte do CTC já implementado. A saber: (i) migração do portfolio completo de cartões do Banco ABN AMRO Real; (ii) migração para a joint venture dos serviços de Call Center, Back Office, Prevenção a Fraudes e Cobrança para os cartões de crédito do Banco ABN AMRO Real; (iii) implantação originariamente na joint venture, dos novos produtos Private Label do Banco Bradesco (cartões Casas Bahia, Leader, Colombo, Luigi Bertoli, Comper, Coop), compreendendo não apenas o processamento desses cartões, mas também os serviços de Call Center, Back Office, Prevenção a Fraudes e Cobrança; (iv) migração antecipada para a joint venture, dos serviços de Call Center, Back Office, Prevenção a Fraudes e Cobrança, para os cartões de crédito do Banco Bradesco; (v) atividades de preparação da migração dos portfolios de cartões de crédito do Banco Bradesco (outros cartões que não os Private Label, os quais foram originariamente implantados na joint venture); (vi) atividades de preparação da migração dos portfolios de cartões de benefícios da CBSS para a joint venture.

*(ix) 30/09/2008 - **HOLDCO ONE se retira do capital da CELTA HOLDINGS e recebe em troca ações da FIDELITY PROCESSADORA (Impugnante) avaliadas a valor de custo.***

Nesse momento, teria sido constituído o ágio em litígio, no valor de R\$ 211 milhões, correspondente à diferença entre o custo de aquisição de R\$ 267,746 milhões e o valor de 51% do patrimônio líquido de R\$ 56,446 milhões.

Entende a impugnante que o resgate das ações da Celta Holdings teria se dado através de *dação em pagamento, pela CELTA HOLDINGS, de 51% das ações da FIDELITY PROCESSADORA, avaliadas a valor contábil*, pugnando ser distinto o entendimento da fiscalização, que teria desqualificado a aplicação do art. 22 da Lei nº 9.249 de 1995.

Defende infundadas as alegações da fiscalização, tendo em vista que o ágio corresponderia à parcela do custo de aquisição decorrente da aplicação do MEP. Além disso, apesar de desprezado pela autuante o enfoque econômico, haveria benefícios à Holdco One nessa transação.

*(x) 31/12/2009 - **FIDELITY PROCESSADORA incorpora HOLDCO ONE.***

A partir dessa incorporação, a Fidelity passou a amortizar o ágio em questão, o que só teria ocorrido quatro anos após o início das operações, descaracterizando a intenção de obter benefícios fiscais, apresentada pela autoridade fiscal.

*(xi) 2010 - **Renegociação dos Contratos - Saída do ABN Amro (Santander) da joint venture- Grupo Bradesco passa a ser único acionista da CELTA HOLDINGS.***

*(xii) 05/08/2010 - **SANTANDER (adquirente do ABN Amro) vende suas ações da CELTA HOLDINGS para própria CELTA***

HOLDINGS. Como consequência, houve a redução proporcional de 25,96% do valor do crédito decorrente das notas promissórias detidas por essa sociedade (de migração e de volume).

(xiii) 03/11/2010 - **Celebrado "Contrato de Associação". Como consequência da renegociação da joint venture, houve a novação dos créditos objeto das Notas Promissórias detidas pela CELTA HOLDINGS.**

Informa que as notas promissórias contabilizadas por R\$ 94,4 milhões foram devolvidas à emissora e canceladas. Para essa operação não foram emitidas novas Notas Promissórias. Entretanto, a dívida por elas representada foi reconhecida e está sendo paga em parcelas anuais, como o próprio Sr. Agente Fiscal constatou, sem contudo lhe atribuir o devido significado.

(xiv) **Por fim, a CELTA HOLDINGS recebe parte do pagamento correspondente ao crédito após a novação da obrigação relativa às notas promissórias, nos valores de R\$ 8,9 milhões em dezembro de 2010 e de R\$ 10,2 milhões em abril de 2012.**

Encerrado o histórico apresentado, argui a contribuinte, em sede de preliminar, a preclusão do direito do fisco de questionar as operações que deram origem aos Registros contábeis referentes às Notas Promissórias em 2006 e ao Ágio em 2008.

Alega que as notas promissórias foram adquiridas pela Certegy Ltda em 31/03/2006, momento a partir do qual a fiscalização teria direito a questioná-las. Da mesma forma, os ditos títulos teriam sido recepcionados pela MIAPLACIDUS, em 05/04/2006, e pela Celta Holdings em 18/04/2006.

Não questionada a referida simulação dentro do prazo de cinco anos, teria a fiscalização precluído o direito de verificar a legalidade e eficácia tributária dos atos societários de aquisição das participações societárias da Impugnante que culminaram com o surgimento do ágio em 30/09/2008.

Traz conclusão do professor Humberto Ávila e acórdãos do antigo Conselho de Contribuinte e atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, entende, ratificariam sua defesa.

Por fim, afirma que de acordo com a legislação societária de regência, a ação que tenha por finalidade anular as deliberações tomadas em assembleia-geral, que supostamente violam dispositivo legal ou estatutário, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 02 anos contado da deliberação.

No mérito, inicia a contribuinte argumentando serem válidas as notas promissórias. Destaca, entretanto, que jamais fizeram parte do ativo da Impugnante, razão pela qual entende não ser possível exigir dela a comprovação da validade/legitimidade dos registros contábeis.

*Explica que no presente caso, o ágio aproveitado fiscalmente pela Impugnante foi contabilizado pela Holdco One quando do resgate de ações da Celta Holdings. Nesta operação, a Holdco One registrou como investimento as ações da Impugnante recebidas pelo valor patrimonial (51% de participação - R\$ 56,446 milhões) e registrou como **ágio** a diferença (R\$ 211 milhões) entre o valor do antigo investimento na Celta Holdings (valor R\$ 267,746 milhões) e o valor patrimonial das ações recebidas. Considerando que o antigo investimento na Celta Holdings contemplava o valor das notas promissórias, pode-se dizer que este ágio foi parcialmente afetado pelo registro contábil das notas promissórias.*

Aduz que eventual simulação no registro das notas não acarretaria vício na formação do ágio, uma vez que ele se basearia em laudo de avaliação econômico-financeira que atestara a validade do ativo. Em observância ao princípio da boa-fé que respalda os contratos entre particulares, não seria possível a desconsideração do ágio baseada em simulação efetuada por outrem.

De forma suplementar, defende a impugnante que as notas promissórias consistiriam em títulos de crédito legítimos e idôneos, por observarem todos os requisitos previstos na legislação.

Alega que a fiscalização teria se confundido no momento de segregar as relações contratuais decorrentes dos diversos contratos firmados, motivo pelo qual deveria ser determinado o cancelamento dos autos ora atacados.

Tece, então, algumas considerações acerca da liquidez e certeza das Notas Promissórias, como se segue:

Como é cediço, a Nota Promissória é promessa escrita de pagamento de certa soma em dinheiro. Aquele que emite uma nota promissória afirma quem é devedor de outrem e promete pagar-lhe a quantia inserta no título, em determinado tempo. Nasce, pois, a nota promissória com a assinatura do devedor.

Com efeito, o objetivo da joint venture com a emissão das Notas Promissórias era facilitar a circulação dos direitos creditórios, sempre líquidos e certos, nelas estampados entre os associados. (...)

Inicialmente, ressalte-se que todos os requisitos essenciais formais das Notas Promissórias emitidas pela Fidelity National Information Services ("FIS") foram devidamente observados (assinatura do devedor, valor, prazo, etc.) e não foram objeto de questionamento fiscal, o que, por si só, corrobora a idoneidade dos títulos.

Diferentemente do que foi alegado pelo Sr. Agente Fiscal, as Notas Promissórias, por serem títulos de crédito simples e objetivos, os quais revelam tão somente os requisitos previstos na legislação para a demonstração e pagamento do crédito, não possuem qualquer condição e representam créditos líquidos e certos ao seu detentor.

Isto significa que, após a emissão das Notas Promissórias de desenvolvimento migração e volume, a Fidelity National Information Services INC (sacador) comprometeu-se a pagar, inicialmente à Certegy Capital (beneficiário original), os valores nelas estampados, consagrando-se efetivo direito creditório em favor desta.

Reproduz parte das notas promissórias em análise, arguindo que não ha qualquer menção nas referidas de qualquer condição para o pagamento. Defende, ainda, que as datas de vencimento constantes das notas estariam em conformidade com o artigo 33 de Lei Uniforme de Genebra, por possuírem vencimento "a um certo termo de data", apresentando um certo lapso temporal para que a nota seja devida.

Aduz que, caso existam as mencionadas condições, elas estão relacionadas exclusivamente ao Contrato de Investimento, não afetando a liquidez e certeza das notas promissórias, que representariam verdadeiros direitos, devido a sua autonomia e abstração.

Explica que as notas independem de qualquer negócio jurídico dos quais foram originadas, não estando vinculadas a outra obrigação qualquer. Inclusive, caso as condições do contrato de investimento não fosse observada, as notas seriam devolvidas à Certegy Ltda para que fosse recebido o respectivo valor ou utilizadas para quitação da dívida com a Certegy Capital Inc.

Argumenta que a fiscalização teria reconhecido a obrigatoriedade de pagamento das notas promissórias através do seguinte excerto:

"A alternativa é utilizar títulos de crédito, e as partes optaram por notas promissórias. Mas o título de crédito tem autonomia e executoriedade. Ele sempre terá que ser pago. E isso também é problema para o negócio.

Claro que as partes podem estipular nos contratos que as notas promissórias sejam devolvidas, caso não ocorram as condições suspensivas. E de fato fizeram isso, como demonstrado anteriormente.

As notas seriam devolvidas a empresa do Grupo Fidelity, sem qualquer custo, e nenhum pagamento seria devido em relação ou como resultado dessas notas promissórias.

Se fosse apenas isso, seria possível dizer que as condições de pagamento do bônus estão no contrato e não afetam a validade das notas.

Entretanto, as notas valiam cerca de 118 milhões de reais e sua entrada sem custo numa empresa seria receita tributada. Se entregues a empresa brasileira, a tributação de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incidente, considerando as alíquotas de 25%, 9%, 1,65% e 7,6% respectivamente, seria cerca de 51 milhões de reais."

Afirma que, consoante entendimento da fiscalização de que os títulos de crédito sempre devem ser pagos, as referidas notas também o foram.

Segundo a contribuinte, haveria ainda aparente contradição entre as afirmações da fiscalização ao expor que as notas seriam nulas por consignarem cláusula que possibilitava a ausência de pagamento ou considerá-las válidas, mas sem o reconhecimento das respectivas receitas quando do registro do ativo.

Defende que havendo norma autorizadora que permita certa operação, não se pode negar à contribuinte observá-la, sob pena de afrontar a liberdade contratual, a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes.

Em análise ao contrato firmado entre a Certegy Capital e a Certegy Ltda, a contribuinte busca demonstrar a inexistência das condições arguidas pela fiscalização, mencionando que do referido contrato constaria cláusula de pagamento das notas promissórias em dinheiro ou com a devolução dos "títulos".

Apesar de a autuante entender que negócio jurídico ocorrido seria, na verdade, comodato, defende a contribuinte que o contrato de compra e venda teria se aperfeiçoado desde a assinatura, com a devida transferência de propriedade dos títulos, surtindo seus

efeitos sem a previsão de quaisquer condições, restando corretamente escriturados como ativo - notas promissórias e passivo - obrigação de pagar as referidas notas.

De forma adicional, alega a contribuinte que as condições apontadas pela fiscalização referir-se-iam ao pagamento do bônus, e não das notas promissórias, sendo que a previsão nos contratos de que as notas deveriam ser devolvidas caso não observadas as exigências previstas somente reforça a natureza de título.

Elabora quadro com vistas a demonstrar as cláusulas constantes de cada um dos instrumentos mencionados:

Instrumento	Partes	Condição	Extinção da Obrigação
Notas Promissórias	Fidelity National Information Services (emitente) e Certegy Capital Inc. (beneficiário)	Não há	Quitação obrigatória do crédito (líquido e certo) pela Fidelity National Information Services Inc.
Compra e Venda das Notas Promissórias	Certegy Capital Inc. (vendedor) e CERTEGY LTDA. (comprador)	Não há	Pagamento em dinheiro ou mediante cessão das Notas Promissórias para a Certegy Capital
Contrato de Investimento ("joint venture")	Banco Bradesco, Banco ABN, CBSS; CELTA PROCESSADORA; CERTEGY LTDA. e FBS	<i>Exclusivamente com relação ao recebimento de Bônus, em função da migração e do volume</i>	Rescisão do Contrato de Investimento

Quanto à venda das notas, reafirma a inexistência de condições para a transferência de sua propriedade, contrariando o entendimento da fiscalização de que a cláusula constante do contrato que prevê a possibilidade de devolução da nota como pagamento desconfiguraria sua natureza.

Alega que a cláusula de pagamento do contrato pode prever diversas formas de extinção da obrigação em que inexistente desembolso financeiro.

Quanto ao comodato, expõe que este teria como característica principal a gratuidade, não podendo haver qualquer tipo de contraprestação pela parte que recebe o bem. Entretanto, no presente caso haveria a contraprestação efetuada por meio das próprias notas promissórias.

No concernente à novação das obrigações relativas às notas promissórias, esclarece a Impugnante que tal teria ocorrido devido à saída do ABN Amro da joint venture. Para este fim, o grupo ABN vendeu as ações que detinha da empresa Celta Holdings pelo valor total de R\$ 1,00, passando o Bradesco a ser titular da integralidade das ações da empresa.

Afirma que com a saída do Grupo ABN do negócio, o aditamento feito ao Contrato de Investimento, cláusula 3.1., em 05/08/2010, onde determinada a diminuição das Notas de Migração e de volume em 25,96%, revogaria as condições de migração que previam a necessidade de "migração de cada um e de todos os clientes".

Cita, ainda, que por meio do contrato de Associação, firmado em 03/11/2010, as notas foram devolvidas à Fidelity national, canceladas e inutilizadas, mediante acordo de novo crédito repactuado, passando a ser US\$ 21.841.800,00 somado ao valor de R\$

60.075.153,14, de cujo montante de R\$ 30.163.204,87, já fora quitado. Dessa forma, a dívida que gerou o ágio já está sendo paga.

Opondo-se aos argumentos apresentados pela fiscalização para descaracterizar a novação, afirma a contribuinte que tais alegações não teriam qualquer fundamento, tendo sido observada a legislação vigente, restando corretos seus procedimentos.

No que se refere à nota de volume, alega que restringiu-se a autoridade autuante a analisar os termos constantes no contrato de investimento, ignorando as cláusulas trazidas pelo contrato de serviços, onde teria sido demonstrado que o prazo de 36 meses mencionado no contrato de investimento seria apenas um referencial da garantia que a FIS possuía com relação à devolução das Notas promissórias no caso de inocorrência da Migração e do volume estabelecido.

Reforça que, também em relação às notas de migração, as condições contidas nos contratos fazem parte apenas do negócio da joint venture, não guardando relação com a extinção das notas promissórias.

Argumenta que a fiscalização teria desconsiderado o Aditamento ao contrato de Investimento, firmado em 05/08/2010, onde revogadas as condições previstas para as Notas de Migração, não havendo que se falar em impossibilidade de atendimento às condições, vez que não mais existiam. Por outro lado, as notas subsistiram como títulos de crédito, sendo devolvidas à FIS posteriormente (03/11/2010).

De todo o exposto, extrai que teria ocorrido a extinção de uma obrigação mediante a constituição de uma nova obrigação, o que caracteriza a figura da novação, consoante previsão do art. 360, inciso I do Código Civil. Assim, não haveria redefinição do negócio, mas somente a previsão de alterações necessárias para a adaptação do Contrato de Investimento à saída do ABN.

Elabora, então, uma síntese dos Instrumentos Jurídicos que suportaram a Operação, consoante abaixo reproduzido:

(i) Notas Promissórias (títulos de créditos líquidos e certos);

- As Notas Promissórias não continham qualquer tipo de condição para o seu pagamento e preenchiam todos os requisitos formais, o que evidencia sua idoneidade.
- As Notas Promissórias foram emitidas para facilitar a circulação dos direitos creditórios líquidos e certos nelas estampados entre os associados.
- As condições previstas (migração e volume) no Contrato de Investimento não afetam a validade e a legitimidade do título de crédito, o qual é líquido e certo desde a sua emissão, em razão dos princípios da autonomia e abstração.
- Uma vez emitidas as Notas Promissórias, a Fidelity National é obrigada a quitá-las, independentemente da obrigação que lhes deu causa (autonomia e abstração).
- Em razão da liquidez e certeza destes títulos, devem eles ser registrados como ativos pelo seu titular.

(ii) Contrato de Investimento (que tem por objeto a joint venture);

- Não se pode aceitar que as condições previstas neste contrato para o recebimento do Bônus pelos Bancos interfiram na natureza de ativo que possuem as Notas Promissórias.

- Previsão de devolução das Notas Promissórias à CEY - caso os Bancos não atingissem as condições de migração e volume - corrobora com o fato de que os títulos de crédito eram válidos e continuariam a existir mesmo sem o cumprimento das condições.

(iii) Contrato de Compra e Venda das Notas Promissórias;

- Contrato perfeito desde sua assinatura (transferência da propriedade / tradição da coisa). Não é possível identificar a previsão de qualquer condição neste contrato.

- Em razão da celebração deste contrato, a Certegy Ltda. (atual Fidelity Participações) é obrigada a pagar a dívida à Certegy Capital (i) em dinheiro ou (ii) em devolução dos títulos (dação em pagamento).

- Previsão da extinção da obrigação mediante o pagamento do Preço de Compra (i) em dinheiro; ou (ii) mediante cessão, transferência ou endosso das Notas Promissórias.

- A hipótese de pagamento do preço mediante cessão de nota promissória é uma forma de dação em pagamento (art. 358, do CC).

- Não há que se falar em gratuidade neste contrato, pois há contraprestação, de modo que jamais poderia ser equiparado a "comodato".

(iv) Aditamento ao Contrato de Investimento (redução do valor das Notas Promissórias);

- É instrumento jurídico vinculante e altera de forma definitiva as disposições do Contrato de Investimento (possui eficácia a partir da assinatura).

- A redução do "valor das Notas da Migração e da Nota de Volume", combinado com as indicações de saída do Santander da joint venture, revoga as condições de migração que previam a necessidade de "migração de cada um e todos os clientes".

- Embora revogadas as condições de migração, as Notas Promissórias subsistiram como ativos representativos de créditos líquidos e certos.

(v) Contrato de Associação (trata da novação da joint venture)

- Regulamentação dos novos termos e condições da joint venture.

- Disposições específicas relativas às Notas Promissórias na "Cláusula 4 - Repactuação do Crédito Celta Holdings" e a respectiva forma de pagamento do novo crédito.

- *Como decorrência da novação do direito creditório, as Notas Promissórias detidas pela Celta Holdings foram devolvidas para à FIS e canceladas.*
- *Novo crédito repactuação com a novação corresponde ao somatório dos valores de US\$ 21.841.800,00 (correspondente a R\$ 37.004.377,56) e R\$ 60.075.153,14, que estão sendo pagos.*
- *Houve a extinção de uma obrigação (Contrato de Investimento, que continha disposições acerca do recebimento do Bônus por meio das Notas Promissórias) mediante a constituição de uma nova obrigação (Contrato de Associação, que previa a substituição das Notas Promissórias por novos créditos), o que caracteriza novação.*

Nestes termos, requer o reconhecimento da validade das notas promissórias em questão.

Questiona, em seguida, a inexistência de comprovação quanto à ocorrência de atos simulados, estando a emissão e transmissão das notas inseridas em um contexto de reorganização societária legítima, válida e adequada em face dos objetivos negociais pretendidos à época para a realização da joint venture.

Segundo a contribuinte haverá simulação sempre que um ato apresenta vontade diferente da aparentemente manifestada, o que não se verifica no presente caso. Aduz que todos os atos praticados tinham como fim único concretizar a joint venture no segmento de processamento de cartões de crédito bancários, não se vislumbrando quaisquer dos requisitos previstos no art. 167 do Código Civil para se caracterizar uma simulação.

Alega, ainda, que a análise da real intenção contida nos negócios dos particulares é extremamente subjetiva e esbarra na opção legal dos contribuintes de organizar seus negócios da melhor forma que lhe aprouver, além de não ser hipótese configuradora de simulação nos termos do que determina o artigo 167 do Código Civil.

Afirma que a simulação deve ser comprovada, não podendo se basear em indícios. Entretanto, entende que tal não ocorreu no presente caso. Teria falhado a fiscalização ao não trazer provas do real negócio jurídico que se procurou simular, baseando-se em meras suposições.

Contraria o argumento da fiscalização de que restaria claro que o Grupo Fidelity não iria esperar a migração dos dados do Bradesco para depois renegociar na saída do ABN. Se isso acontecesse, as notas promissórias de migração, que naquele momento Incluiriam a parte do ABN e valeriam cerca de 70 milhões de reais, teriam que ser pagas. (...) Mas a saída do ABN ocorreu em 05 de agosto de 2010, tornando impossível a realização da condição suspensiva (...) entendendo que as suposições fiscais não possuiriam fundamento.

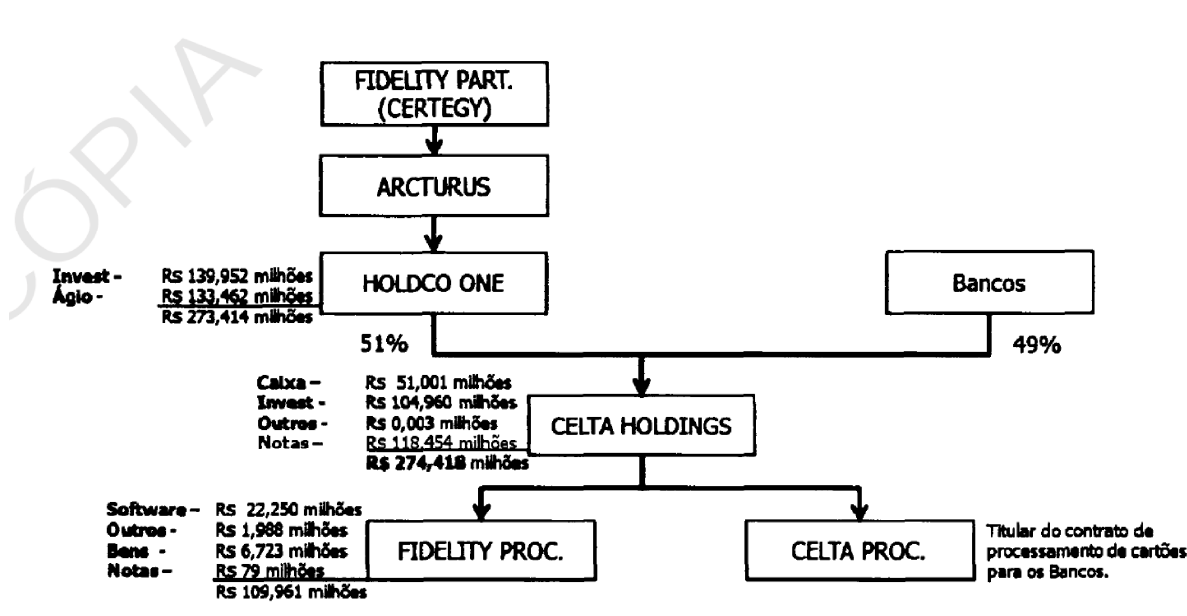
Alega que:

Conforme se depreende do Memorando de Entendimento de fevereiro/2010 e do Aditamento ao Contrato de Investimento, a saída do ABN da joint venture decorreu de decisão que competiu exclusivamente aos seus dirigentes após a incorporação pelo Banco Santander, o qual passou a processar internamente todos os cartões. É impossível se cogitar que o Grupo Fidelity ou o Banco Bradesco poderiam prever que o Santander cessaria o processamento de cartões e deixaria de integrar a associação.

Além disso, resta claro que o Grupo Fidelity jamais buscou evitar o pagamento das notas promissórias, tanto que, após a repactuação da dívida anteriormente tratada (novação da obrigação), os valores estão sendo regularmente pagos pelo Grupo Fidelity conforme a cláusula contratual contida no Contrato de Associação e documentos comprobatórios que estão às fls. 1024 e seguintes e fls. 2186 e seguintes dos autos, motivo pelo qual as presunções do Sr. Agente Fiscal devem ser totalmente desconsideradas por esta C. Turma Julgadora.

No concernente à parcela do ágio que não fora formada por meio das notas promissórias, questiona a contribuinte o entendimento esposado pela fiscalização quanto ao correto registro do ágio, defendendo inexistir perda ou prejuízo.

Com esse fim, a impugnante reproduz gráfico representando a estrutura societária existente antes da formação do ágio. Como se segue:



Explica que a empresa Celta Holdings encontrava-se registrada em seu ativo pelo valor contábil de R\$ 273,414 milhões, dos quais R\$ 133 milhões referir-se-iam ao ágio contabilizado.

Em 30/09/2008 teria ocorrido a retirada do capital da Celta Holdings, recebendo em troca, a título de devolução de capital, ações da Fidelity Processadora avaliadas a valor de custo, razão pela qual teria registrado ágio no valor de R\$ 211 milhões, valor resultante da subtração do patrimônio líquido da Celta do custo contábil da participação na data da devolução (R\$ 267,746 milhões - R\$ 56,446 milhões), conforme previsão contida no art. 22, §2º da Lei nº 9249 de 1995 e do art. 44, § 1º da Lei nº 6404 de 1976.

Entende a contribuinte que a devolução das ações importa pagamento correspondente do Valor das ações. Estando elas registradas em sua contabilidade a um custo de R\$ 267,746 milhões, a devolução seria nos exatos valores registrados, respeitando a disposição do art. 22 da Lei nº 9249 de 1995, que determina que os bens e direitos do ativo devolvidos podem ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

Cita Solução de Consulta nº 46/2013 e Pergunta 471, extraídas do sítio da Receita Federal do Brasil sobre o assunto, entendendo que ambos dariam guarida ao seu procedimento.

Ressalta que, apesar da fiscalização afirmar que "não existe um negócio jurídico chamado devolução de capital em bens". resta evidente, seja pelo quadro exposto, seja pela legislação de regência, que há tal possibilidade de devolução do capital em bens para fins fiscais.

Explica:

De fato, inicialmente, é importante ressaltar que a devolução de capital em bens está prevista na própria Lei das S/A, uma vez que é decorrência lógica da possibilidade de "integralização de capital em bens", prevista no artigo 7º, da Lei nº 6.404/96, verbis.

"Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro." (g.n.)

Ora, se a legislação societária prevê a possibilidade de um sócio ingressar na sociedade ou aumentar o capital social por meio de integralização de capital em bens, qual seria o motivo para se vetar a devolução de capital em bens? Não há qualquer coerência no entendimento exposto pelo Sr. Agente Fiscal.

Inclusive, a possibilidade de resgate de ações mediante entrega de bens foi reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"). (...)

Segue argumentando que o art. 22 da Lei nº 9.249 de 1995 estabelece que a devolução do capital se dará pelo valor contábil da própria participação, caso opte a pessoa jurídica que está devolvendo o capital por tal critério.

Consigna que tal valor somente pode ser interpretado pelo valor da participação registrado na contabilidade da sociedade investidora detentora da participação, que, no caso em questão, seria a Holdco, não estando correta a interpretação dada pela autoridade fiscal.

Defende que, apesar de ser efetuada a avaliação ao valor contábil, gerando redução do patrimônio líquido na Celta no valor de R\$ 56 milhões, não se pode negar que o valor econômico do bem entregue era muito superior, avaliado em aproximadamente R\$ 500,82 milhões, o que corrobora o descabimento do entendimento manifestado pela fiscalização.

Passa a conceituar "ativo" e "valor recuperável", arguindo que assim será possível concluir que, uma vez atribuído o valor contábil da participação como custo de aquisição desse bem, também não haveria que se falar em baixa como "perda" ou "prejuízo", pois este ativo possuía evidente expectativa de lucratividade futura.

Sustenta que a contabilização de perda de capital do valor escriturado como ágio não restaria correta frente às normas contábeis e societárias vigentes. Traz o item 57 do Pronunciamento Técnico CPC, onde previstas as hipóteses em que um ativo pode ser baixado como perda.

Entende a contribuinte que, em observância ao referido preceito, (I) o "valor recuperável" do investimento registrado pela Holdco One referente à participação na Impugnante corresponde aos lucros futuros estimados, ou seja, R\$ 500,82 milhões (conforme laudo de avaliação econômico-financeira); enquanto (ii) o "valor contábil" é aquele correspondente

ao custo de aquisição das ações da Impugnante pela Holdco One, que totaliza o montante aproximado de R\$ 267,746 milhões.

Sendo assim, não haveria que se falar em perda, uma vez que o valor recuperável seria superior ao valor contábil do ativo.

De forma complementar, afirma que a Holdco não teve qualquer desvantagem com a operação, tendo em vista que as ações da Fidelity Processadora renderiam dividendos em valor superior ao pagos pela Celta Processadora, devido à expectativa de rentabilidade futura. E ilustra:

Investida A ("Celta Holding")	Investida B ("Fidelity Processadora")
Participação de 51% no Capital (direito a 42% dos dividendos)	Participação de 51% no Capital (direito a 51% dos dividendos)
Troca de ações SEM a análise da rentabilidade futura	
<i>Presente</i>	<i>Presente</i>
Patrimônio Líquido = 100	Patrimônio Líquido = 50
Investimento: $100 \times 51\% = 51$	Investimento: $50 \times 51\% = 25,5$
Troca de ações COM a análise da rentabilidade futura	
<i>Futuro</i>	<i>Futuro</i>
Patrimônio Líquido = 100	Patrimônio Líquido = 50
Lucros Futuros = 900	Lucros Futuros = 900
Política de Dividendos = 42% (Ações Classe A com direito a dividendos 43% superiores)	Política de Dividendos = 51%
Investimento: 429	Investimento: 484,5
$100 \times 51\% = 51$	$50 \times 51\% = 25,5$
$900 \times 42\% = \mathbf{378}$	$900 \times 51\% = \mathbf{459}$

Sob o título "DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO", busca a contribuinte contraditar as afirmações da fiscalização de que a investida incorpora a investidora não há que se falar em amortização do ágio, pois "no caso da investida que incorpora a investidora, o ágio só seria escriturado pela incorporadora se esta recepcionasse as ações que ele representa. (...) Mas isso não ocorre, porque a incorporadora é a investida e as ações são de sua própria emissão. (...) A investida que incorpora a investidora não 'recebe' o ágio da investidora',

Alega a impugnante que tal afirmação denota desconhecimento por parte da fiscalização.

Passa a discorrer acerca da legislação contábil e societária que trata do ágio, transcrevendo previsão contida no art. 264, §4º da Lei nº 6.404 de 1976, onde

expressamente prevista a hipótese da dita "incorporação às avessas", além de disposição do artigo 8º da Lei nº 9.532 de 1997, prevendo o mesmo tratamento em relação ao registro e amortização de ágio para estes casos.

No concernente à justificativa do ágio, apontada pela contribuinte como "por expectativa de rentabilidade futura, aduz ela ser empresa atuante até os dias de hoje, com lucratividade, dando ensejo à rentabilidade prevista, o que, alega, fora comprovado através do laudo de avaliação apresentado, em momento algum questionado pela fiscalização.

Opõe-se ainda a impugnante à afirmação da fiscalização de que "(...) visto o negócio como um todo, fica evidente que o Grupo Fidelity teria cedido participação e recursos, e não adquirido atividade empresarial que justificasse o pagamento do ágio. Não seria possível dizer que o pagamento do ágio foi motivado pela lucratividade da participação adquirida". Entende descabidas as alegações, uma vez que após as operações praticadas pela joint venture, teria se tornado uma das líderes em processamento de cartões no mercado, justificando o aumento do valor de suas ações e a escrituração do ágio.

Quanto à alegada interposição fictícia da empresa Celta processadora na relação obrigacional, defende que a fiscalização teria ignorado que o custo de aquisição da Celta Holdings pela Holdco One fora justificado pela incorporação da Miaplacidus, que detinha, além de dinheiro e das notas promissórias, ações da Impugnante.

Ressalta que o propósito da Celta Processadora seria unir a contribuição de cada grupo (Bradesco e ABN) na associação, mediante sua incorporação pela Fidelity. Essa sociedade teria sido necessária para conjugar a capacidade de contratar oferecida pelos Bancos e por sua controlada, a CBSS, com a atividade operacional agregada pela Fidelity Processadora.

Diante do exposto, a contribuinte requer seja reconhecida a validade do ágio amortizado.

Em relação à caracterização feita pela fiscalização de que seriam empresas veículo a Miaplacidus, a Holdco e a Celta Processadora, defende a contribuinte que tal entendimento não poderia prevalecer, posto que todos os atos praticados pela joint venture seriam válidos e dotados de propósito negocial.

No que se refere à Miaplacidus, alega ter sido ela criada em 26/09/2001, tendo como objeto a participação em outras companhias, sendo, por isso, controladora da Fidelity e recebendo, além das notas promissórias de migração e volume, cerca de R\$ 50 milhões para o caixa.

Já a Holdco teria sido criada em 29/03/2001 e recebeu posteriormente o investimento na Celta Holdings.

Esclarece, então, que tais empresas foram utilizadas por ser inviável a participação da Certegy Ltda nas operações de forma direta, vez que a empresa possuía prejuízos que não se desejava que fosse transferidos para a joint venture.

Em suas palavras:

Conforme mencionado alhures, quando das negociações para atrair um sócio estratégico para processamento de cartões à joint venture, os Bancos se interessaram pelo Grupo Fidelity.

Isto porque, o Grupo Fidelity preenchia o requisito de presença estabelecida no Brasil e possuía uma empresa operacional (a Certegy Ltda, atual Fidelity Participações e Serviços), com diversos contratos em vigor. Contudo, ao efetuar a due diligence

na Certegy Ltda., os Bancos identificaram prejuízos fiscais acumulados e determinados ativos de natureza contábil que entenderam que não deveriam ser transferidos para a joint venture.

Por essa razão, foi necessária a utilização de empresas "limpas" e já existentes há anos (incluindo-se nessa situação a Miaplacidus e Holdco One) que, mediante a cisão da Certegy Ltda., receberam os ativos de forma segregada a serem incorporados à joint venture (ativos operacionais, caixa e notas-promissórias). Ou seja, estas empresas possuíram o propósito específico de segregar os ativos da Certegy Ltda., agregar à joint venture apenas aqueles pertinentes ao negócio pactuado.

De forma adicional, alega que as empresas forma constituída tendo por objeto social a participação em outras, razão pela qual entende que teriam atendido plenamente seus objetos sociais, defendendo também que a fiscalização não teria justificado os motivos que a levaram a atribuir o título de "empresas veículo" à Miaplacidus e à Holdco.]

Quanto à celta Processadora, reitera sua importância na operacionalização da joint venture, destacando ser ela uma sociedade de propósito específico, pelo que inexistiria anormalidades em sua participação, além de questionar o direito do fisco de imiscuir-se à liberdade individual dos contribuintes, maculando sua liberdade de auto-organização.

Subsidiariamente, no caso de entender-se referidas empresas como "veículo", apresenta a impugnante decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que entende que a utilização de empresas veículo não é motivo para tornar inválida a amortização fiscal do ágio.

Passa a questionar a aplicação da multa "agravada", afirmando que a autoridade fiscal teria enquadrado as operações da contribuinte como sonegação, fraude e conluio, desconsiderando seus atos de propósito negocial através de meras presunções e suposições, tendo em vista fins meramente arrecadatórios.

Afirma que o lapso temporal transcorrido entre o registro do ágio (30/09/2008) e o início de sua amortização (janeiro de 2010) demonstra que não havia a intenção das partes de reduzir as bases de cálculo dos tributos.

Traz considerações acerca das figuras da sonegação, fraude e conluio, buscando demonstrar que as operações realizadas não se enquadram em qualquer delas.

Requer, de forma subsidiária, que se enquadre o ocorrido como interpretação diversa da lei, o que não poderia ser confundido com ato ilícito.

Contesta em seguida a aplicabilidade da multa isolada, alegando que esta somente pode ser exigida antes do término do exercício fiscal. Cita súmula do CARF que, em seu entender, corroboraria seu posicionamento.

Defende, então, ser incabível a exigência de multa isolada cumulada com a Multa de Ofício, por consistir em duplicidade de Cobrança.

No caso de restar procedente parte das Impugnação apresentada, requer a contribuinte que seja recomposto o ágio passível de amortização, sendo efetuada sua amortização de ofício na proporção de 1/60 avos permitida por lei.

Argumenta inexistir previsão legal para adição à base de cálculo da CSLL da amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização, apresentando acórdãos do Conselho de Contribuintes (atual CARF) no mesmo sentido.

Ataca também a glosa de Prejuízo Fiscais e da base de Cálculo Negativa da CSLL, alegando serem elas meros reflexos das demais autuações, devendo, por conseguinte, ser canceladas, na medida em que improcedentes as anteriores.

Quanto à glosa de prejuízos não operacionais, alega a contribuinte ter incorrido em erro quando de sua declaração em DIPJ, ao informar os valores de receitas e prejuízos não operacionais nas linhas 43 e 44 da Ficha 06A da declaração, quando o correto seria informá-las nas linhas 66 e 72 da mesma ficha.

Por fim, destaca a impossibilidade de cobrança dos juros sobre a multa.

DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A Delegacia de Julgamento manteve integralmente a exigência (fls. 2.808-2934), nos termos que se seguem.

Decadência

Refuta a alegação de decadência por considerar que cada uma das amortizações perfazem um fato gerador distinto e que a autoridade pode verificar os fatos passados que ensejaram tais fatos geradores tributários. Abaixo, transcrevo trecho representativo da posição adotada pela DRJ:

O lançamento se funda na apropriação indevida de amortizações de ágio. Tais fatos ocorrem ao longo do período lançado, em fatos geradores distintos, pelo que cada um deles submete-se aos prazos decadenciais para a constituição de ofício dos créditos tributários, sendo dado à autoridade fiscal a possibilidade de rever os atos que de alguma forma influenciaram a formação e amortização do referido ágio. No que se inclui a transferência das notas promissórias.

Art. 286 da Lei 6.404 de 1976

Rejeita também a alegação atinente ao art. 286 da Lei 6.404 de 1976, uma vez que a autoridade lançadora não visa anular deliberações societárias, mas apenas as desconsiderar para fins fiscais.

Mérito

Entendeu que as reorganizações societárias foram empreendidas por atos artificiais com o único propósito de gerar ágio para futura utilização pela empresa.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário oferecido em muito se assemelha à impugnação, pois repete de forma literal parte significativa do seu teor com reiteração dos mesmos argumentos consignados na peça inaugural de defesa.

Acrescenta apenas uma única razão a mais: a aplicação do art. 112 do CTN relativo à interpretação mais favorável para o contribuinte e só diretamente refere-se à decisão recorrida com argumentos específicos nas seguintes partes:

Validade das notas promissórias

Ao tratar da validade das notas fiscais, aduz que a DRJ deixou de tratar da maior parte dos argumentos aduzidos pela impugnante.

No tocante ao item de defesa intitulado "Da validade das notas promissórias", numerado pela defesa como II.3 e disposto nas fls. 2.984-3.006, a defesa aduz que a DRJ deixou de tratar da maior parte dos argumentos aduzidos pela impugnante, como no trecho a seguir destacado (fl. 2.998):

Saliente-se que, apesar dos robustos argumentos acima terem sido trazidos na peça impugnatória da Recorrente, a Turma Julgadora, mais uma vez, não dedicou sequer uma linha do seu voto a respondê-la, utilizando como base para o seu posicionamento reproduções literais de longos trechos do próprio TVF.

A Recorrente tem conhecimento que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações trazidas em sede de defesa. Porém, admitir que o julgador pode ignorar os principais argumentos de uma das partes do litígio e se restringir a reiterar o alegado pela outra parte afeta a imparcialidade dele esperada e fere princípios constitucionais basilares como o da Ampla Defesa.

Assim, caso este E. CARF não acolha as alegações acima, o que se alega a título argumentativo, requer-se que ao menos determine o cancelamento da decisão recorrida para que esta se posicione acerca dos argumentos que sequer foram analisados.

Também na fl. 3000, ao aduzir que a autoridade fiscal caiu em contradição ao afirmar que as receitas com o ágio deveriam ter sido tributadas, o que importa o reconhecimento do custo, a defesa alega que a decisão recorrida não enfrentou esse argumento:

Frise-se que com relação a esta contradição, devidamente detalhada no decorrer da peça impugnatória, mais uma vez a Delegacia de Julgamento silenciou, fato que reforça o entendimento da Recorrente de que os seus argumentos mais contundentes são simplesmente ignorados pelo acórdão ora combatido, o que deve levar este E. CARF a determinar o seu cancelamento ante à flagrante omissão.

Encerra esse item de defesa, na fl. 3006, mais uma vez com a alegação de que a DRJ não enfrentou suas razões:

Saliente-se, por fim, que os esclarecimentos acima também foram apresentados na Impugnação da Recorrente. Porém, a Delegacia de Julgamento, assim como em tantos outros argumentos suscitados na referida defesa inicial, optou, de forma inexplicável, por ignorá-los.

Venda das notas promissórias e inexistência de comodato

No item de defesa "Efetiva venda das notas fiscais", a recorrente, além de reiterar os argumentos da impugnação, aduz que a DRJ teria a praticamente se restringir a reproduzir os argumentos da acuação, inclusive de forma literal. Vejamos os trechos da fl. 307:

Já a Delegacia de Julgamento, mais uma vez se restringiu a reiterar, praticamente na íntegra, as ilações equivocadas suscitadas pelo Sr. Auditor Fiscal, inclusive com a reprodução literal do excerto do TVF acima reproduzido (vide fl. 90 do acórdão recorrido).

E da fl. 3009:

Pontue-se que a Turma Julgadora transcreve alguns dos parágrafos acima para então apresentar as seguintes conclusões:

"Ora, insta esclarecer à contribuinte que o problema apontado pela fiscalização não se insere na possibilidade de serem utilizados outros meios, que não o desembolso de papel-moeda, para quitação de contrato. Na verdade, o que se questiona é a utilização do próprio bem objeto do contrato de compra e venda como pagamento. (...)

Infere-se do exposto que a situação descrita nos contratos de compra e venda poderia se adequar à previsão relativa ao comodato, que somente seria registrado em conta própria do ativo imobilizado ou, ainda, em conta de compensação ativa, mas apenas para fins de controle da empresa, não caracterizando bem a compor o patrimônio, como efetuado no presente caso

(...) a simples roupagem de contrato de compra e venda não é suficiente para que o contrato gere os efeitos esperados pelas partes". (fls. 89 e 90 do acórdão da DRJ)

E a seguir afirma que essa interpretação da DRJ não é coerente.

Da Novação da Obrigação

No tocante ao item de defesa "Da novação da obrigação", a defesa também reiterou literalmente os termos da impugnação e intercalou em seu texto apenas uma pequena passagem, às fls. 3.014, em que aduz qual teria sido o argumento utilizado pela DRJ para refutar os argumentos da defesa. Abaixo, reproduzimos o referido trecho:

Ao examinar a mesma questão, após a apresentação da peça impugnatória da Recorrente, a DRJ também negou a ocorrência da novação, mas fundamentou a sua interpretação em **um único motivo**⁴⁵ o suposto vencimento da nota promissória de volume, veja-se:

"(...) a novação aventada jamais ocorreu, uma vez que a nota de volume, à época do aditamento dos contratos (05/08/2010) não mais gerava qualquer efeito, ainda que se viesse a considera-la como título de crédito, posto que passado o prazo previsto em contrato para a sua devolução, conforme cláusula acima transcrita (36 meses). Fora inobservado, portanto, o art. 367 do Código Civil, que exige que a obrigação novada não seja nula ou esteja extinta". (fl. 85 e 86 da decisão da DRJ)

Do correto registro do ágio

Ao discorrer sobre o item de defesa "Do correto registro do ágio pela impugnante na devolução de capital - inexistência de 'Perda' ou 'Prejuízo'", a defesa, também reitera os termos da impugnação, acrescentando especificamente contra a decisão recorrida o seguinte trecho (fl. 3.043):

Ressalte-se ainda que a afirmação da DRJ de que se a Celta Holdings optasse por devolver o capital da Holdco One em dinheiro não seria possível reconhecer um valor diverso na contabilidade⁵⁹ distorce a questão efetivamente analisada.

Isso porque, como exaustivamente explicado na Impugnação da Recorrente e no presente Recurso, a Holdco One recebeu as ações da Recorrente que estavam registradas na contabilidade da Celta Holdings a R\$ 56 milhões, mas cujo valor econômico era muito superior.

Além disso, asseverou também a Turma Julgadora que a avaliação a valor contábil de 51% das ações da Recorrente a serem entregues a título de devolução de capital à Holdco One "*fora aprovada pela própria (...), na posição de acionista da empresa, demonstrando sua anuência à valoração efetuada*" (fl. 113 da decisão da DRJ).

Com efeito, a Holdco One aprovou a avaliação que apontou o **valor contábil** de 51% das ações da Recorrente seria de R\$ 56.445.483,08, o qual, como amplamente evidenciado na peça impugnatória da Recorrente e reiterado nos parágrafos acima, **é completamente distinto do valor econômico** de tal participação (baseado, como visto, no competente laudo de avaliação que, não se sabe o porquê, foi desprezado pela DRJ) e que gerou reflexos na contabilidade da Holdco One em estrita observância ao MEP.

Pontue-se ainda que os robustos argumentos trazidos neste tópico também não foram observados pela Delegacia de Julgamento no acórdão recorrido, a qual, outra vez, limitou-se a reiterar as ilações insertas no TVF.

Do cumprimento dos requisitos para a amortização do ágio

No que toca ao item do recurso voluntário "Do cumprimento dos requisitos para a amortização do ágio", só acresce efetivamente em relação ao aduzido na impugnação, que a DRJ não teria tratado da impossibilidade de transferência do ágio.

Da multa qualificada

Em relação à contestação atinente à qualificação da multa no patamar de 150%, a defesa, além de reiterar literalmente os argumentos aduzidos na impugnação, apresentou a seguinte passagem em que contradita a decisão recorrida:

Mais absurdos ainda são os argumentos da Delegacia de Julgamento na tentativa de justificar a sua interpretação de que houve sonegação no presente caso, alegando que "*houve sonegação quando **o registro formalmente correto das operações societárias e da despesa com o ágio** pretendeu impedir ou retardar, por parte da autoridade fazendária, o conhecimento da natureza e circunstâncias materiais do fato gerador*".

Ou seja, a Recorrente está sendo punida com uma multa de ofício com o percentual duplicado (150%) porque **registrou corretamente** as operações societárias e o ágio debatido nestes autos.

Ora, estaria a DRJ incentivando os contribuintes a registrarem de forma incorreta ou até mesmo a não registrarem suas operações societárias e contábeis para que não sejam punidos com a aplicação da multa de ofício qualificada por sonegação?

Dado o absurdo da situação em questão, a Recorrente prefere acreditar que tal afirmação foi elaborada no afã de se justificar a manutenção de uma punição que, obviamente, é injustificável, fato que só evidencia a fragilidade das presunções e suposições aduzidas pelo Sr. Agente Fiscal no TVF e, infelizmente, reiteradas no acórdão recorrido.

Da impossibilidade de aplicação da multa em caso de dúvida

Esse item do recurso voluntário foi acrescido em relação à peça impugnatória. Nele, a defesa, basicamente, suscita a aplicação do art. 112 do CTN, que determina a interpretação mais favorável ao contribuinte no caso de dúvida atinente à legislação relativamente à infrações e sanções.

Da inexistência de previsão legal para a adição da amortização do ágio na base de cálculo da CSLL

Após apresentar os fundamentos da decisão recorrida, aduz que estão errados e, para tal, lança mão dos mesmos argumentos aduzidos na peça impugnatória.

CONTRARRAZÕES DA PFN

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrrazões às fls. 3.245-3.327. Na peça, reforça os argumentos da decisão recorrida, especificamente quanto aos seguintes pontos:

a) Inexistência de preclusão/decadência do direito do Fisco de questionar as operações societárias que deram origem às deduções glosadas;

b) Indedutibilidade fiscal do ágio amortizado, em razão da sua inexistência do ágio. Ausência de aquisição de participação societária com base em sua rentabilidade futura;

c) Qualificação da multa de ofício, em razão da artificialidade na emissão das notas promissórias e outras falsidades, como a contabilização de novação inexistente e aquisição societária inexistente;

d) Manutenção da multa isolada;

e) Não possibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio da base de cálculo da CSLL;

f) Manutenção dos juros sobre a multa;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

Preliminar de nulidade da decisão recorrida

O recorrente pede a nulidade da decisão recorrida por não ter enfrentado, conforme relatamos acima, muitos dos seus argumentos.

O que me salta aos olhos do recurso é o inconformismo com o resultado do julgamento e não com uma preterição ao direito de defesa.

A decisão foi bastante exaustiva e, mais importante, seus fundamentos foram congruentes e suficientes para o resultado alcançado. Abaixo, na parte relativa ao mérito, transcrevo trecho da decisão atinente à terceira razão para a glosa da despesa de amortização de ágio, que é suficiente para a manutenção do auto de infração e, portanto, para a denegação da impugnação quanto ao aproveitamento do ágio. O fato de, em algumas passagens, reproduzir as palavras da autoridade fiscal é consequência de ter justamente concordado com seus fundamentos.

Denego, pois, a preliminar de nulidade.

MÉRITO

Decadência

A alegação de decadência do direito de a autoridade fiscal questionar operações ocorridas há mais de cinco anos da data do lançamento não merece prosperar. Em primeiro lugar, não há qualquer previsão legal nesse sentido.

Os prazos de decadência no direito tributário são matéria reservada à lei complementar por força do art. 146, III, "b" da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

*b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência tributários**; (nosso destaque)*

Tais prazos estão estabelecidos no Código Tributário Nacional nos art. 150, § 4º, e art. 173, o qual possui o status de lei complementar, e se referem ao direito de o Fisco constituir o crédito relativamente ao fato gerador. É esse direito demarcado pelo fato gerador, seja nos lançamentos por homologação, seja nas demais modalidades, que pode perecer. Não há um outro prazo extintivo. Não há um exercício "parcial" do direito de lançar, nem uma decadência parcial dessa atividade administrativa, ou seja, inexistem hipóteses em que a autoridade fiscal poderia lançar, mas não questionar os fatos e valores a que se referem esse lançamento.

E isso é evidente.

Os prazos de caducidade visam consolidar situações jurídicas em benefício de uma pessoa em face da inércia de outra. Ora, se inexistente conduta a ser exigida da Fazenda Pública para que conteste operações societárias, enquanto não repercutirem em fatos geradores tributários, não há que perecer o direito de verificação dessas ocorrências.

A decadência pune a inércia. Se não há inércia do Fisco, não há razão para o estabelecimento de prazos extintivos dos seus direitos. É por isso que nada consta no Código Tributário Nacional nesse sentido.

Ademais, para espantar qualquer dúvida, o Decreto 3000/99, regulamento do imposto de renda, assim estabelece:

Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

(...)

§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37).

Não há, pois, que se acolher a preliminar de decadência suscitada.

Dedução da amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ

É costumeiro, nos planejamentos tributários, falar, tanto a defesa, quanto a acusação, de se observar o filme e não as fotografias individuais de cada operação. Eu também adoto essa posição e sob essa perspectiva irei tratar a autuação.

Nesse passo, chamam, no mínimo, a atenção no presente feito as colocações iniciais da autoridade fiscal de que uma transferência patrimonial da ordem de R\$ 104 milhões tenha redundado exonerações tributárias de R\$ 120 milhões, sendo R\$ 72 milhões em proveito do recorrente por meio da amortização de ágio.

Conforme sua descrição, em 2006, os grupos Bradesco, ABN Amro e Fidelity constituíram uma *Joint Venture* (correspondente ao próprio contribuinte, Fidelity Processadora), com o fito de prestar serviços de processamento de cartões de crédito para os próprios bancos e para terceiros.

Foram realizados contratos de prestação de serviços e de associação.

Do lado do Grupo Fidelity, foi criada a Fidelity Processadora com a parte operativa da sua empresa Certegy Ltda, investiu-se R\$ 79 milhões e pagou-se aos bancos um bônus de R\$ 168 milhões mais 49% de participação na Fidelity Processadora. Quanto ao bônus, R\$ 50 milhões foram pagos em dinheiro e o restante (R\$ 118 milhões) foram pagos por meio de notas promissórias condicionadas a eventos futuros e incertos.

Para os bancos não sofrerem tributação dos valores recebidos e ainda possibilitar a amortização de ágio, a cessão das ações e o pagamento do bônus foram realizados por meio de transferência patrimonial para empresa dos bancos.

A autoridade fiscal passa a relatar os eventos societários e contratuais que resultaram na geração do ágio. Basicamente:

a) O grupo Fidelity criou uma empresa "Holdco One", que participava de Miaplacidus, esta detentora dos ativos financeiros e das ações de Fidelity Processadora;

b) De outro lado, os bancos criaram duas empresas: Celta Holdings e Celta Processadora. A primeira era proprietária da segunda, a qual foi contratada a prestar serviços aos bancos, apesar de possuir ativos de apenas R\$ 871,00.

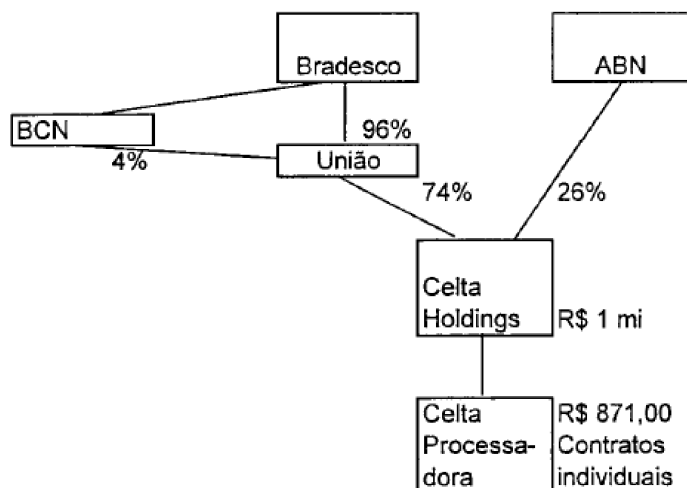
c) A Celta Holdings (criada pelos bancos) incorporou Miaplacidus (do grupo Fidelity). Como resultado, Celta Holdings recebeu os ativos financeiros e 49% de participação na Fidelity Processadora. A Holdco One recebeu 51% das ações da Fidelity Processadora e escriturou ágio.

d) A Fidelity Processadora incorporou a Holdco One, contabilizou o ativo diferido de ágio no valor de R\$ 211 milhões e iniciou o seu aproveitamento fiscal por meio de amortização a parti de 2010.

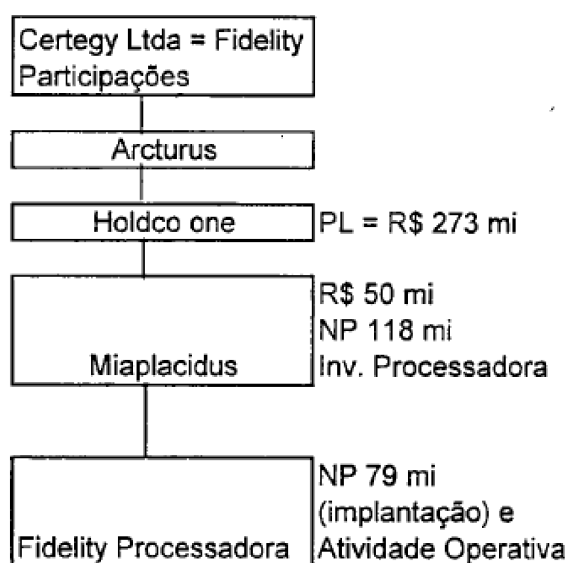
e) As notas promissórias, as quais ficaram no ativo de Celta Holdings, não foram pagas, mas sim substituídas por outras no valor de R\$ 97 milhões.

Esse fatos descritos pela autoridade fiscal são incontroversos. Abaixo, reproduzo esquemas gráficos confeccionados pela referida autoridade.

A situação inicial pelo lado dos bancos era:

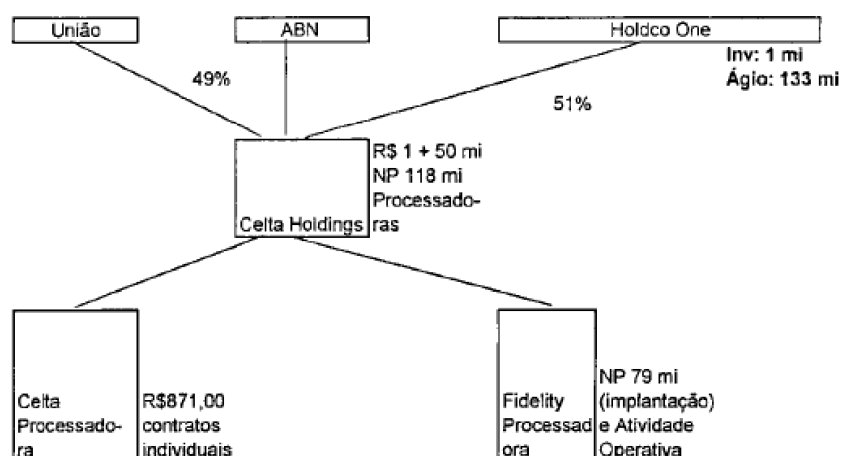
ORGANIZAÇÃO DOS BANCOS:

Pelo lado do grupo Fidelity era:

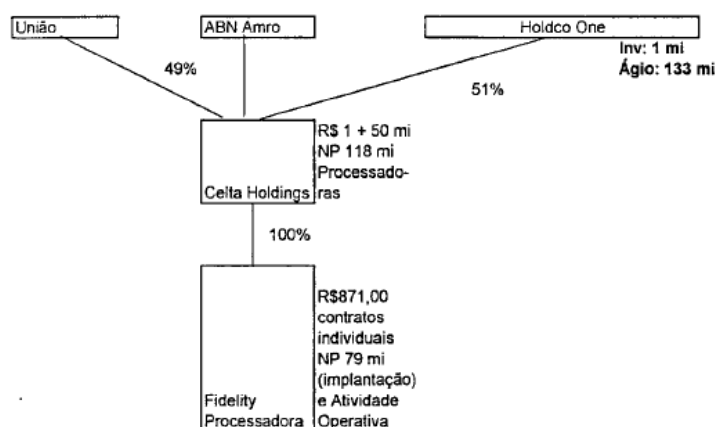
ORGANIZAÇÃO DA PRESTADORA:

A seguir, a representação gráfica das sucessivas operações:

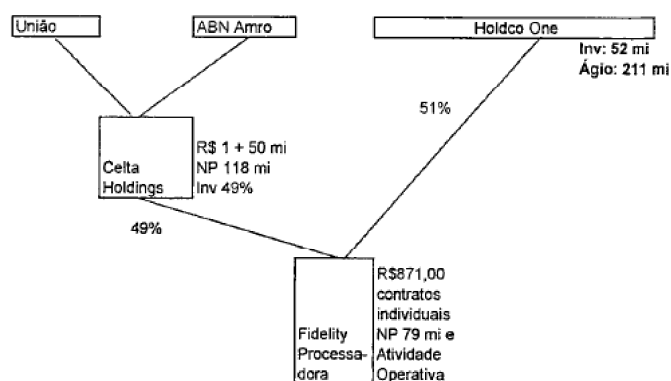
1- Celta Holdings INCORPORA Miaplacidus



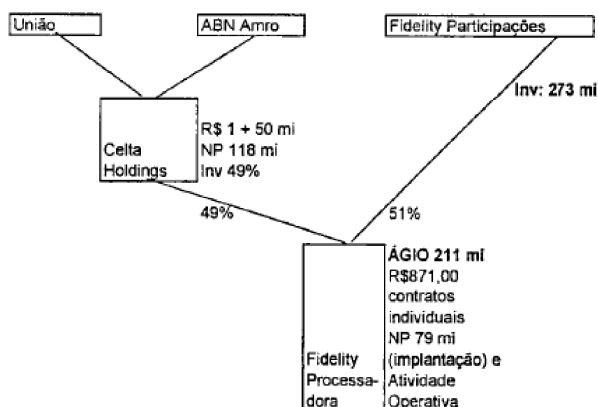
2- Fidelity Processadora INCORPORA Celta Processadora



3- Celta Holdings DEVOLVE PARTICIPAÇÃO da Holdco One



4- Fidelity Processadora INCORPORA Holdco One



A autoridade fiscal aduz então as três razões, cada uma suficientes, para glosar a amortização do ágio:

Primeira:

Parte do ágio contabilizado, no valor de cerca de 118 milhões de reais, refere-se à simulação de transferência patrimonial de ativos. Trata-se de "notas promissórias" que têm datas de vencimento, que remetem a Contrato de Investimento onde são definidas como as datas de ocorrência de determinados eventos, por sua vez definidos em Contratos de Prestação de Serviços. Os eventos podem não ocorrer e as datas de vencimento não existir. Tais notas não são títulos de crédito. Mas foram compradas em operação que previa a possibilidade de quitação com devolução da compra. Trata-se de condição suspensiva, caracterizando comodato até que se decida se seriam compradas ou devolvidas ao vendedor. As obrigações contidas nas notas são cláusulas contratuais e não são ativos transferíveis. As notas circularam em comodato em operações de cisão, integralização e incorporação de empresas, sem fazer parte do acervo dessas empresas. Se as notas tivessem sido pagas, seriam receita da Celta Holdings. A recepção dessas notas por várias empresas como ativos avaliados pelo valor de face constituiu fraude contábil, com o intuito de obter economias tributárias através da transformação de receitas futuras em resgate de ativos financeiros e obter o benefício fiscal do ágio;

Segunda:

O fundamento do pagamento do ágio não é a rentabilidade futura de investimento adquirido. A origem da rentabilidade está toda ela nas atividades da empresa cujas ações fazem parte do ágio pago (Fidelity Processadora). Não existe aquisição de atividade produtiva. O entrar e sair da Celta Holdings serviu apenas para ceder participação acionária e transferir ativos financeiros a sócios. Os contratos de prestação de serviços assinados antes das aquisições de participação acionária são simulados por interposição fictícia de pessoa. A contratação da Celta Processadora é artificial e desnecessária para a isenção de IRPJ e CSLL, e tem como motivo determinante a obtenção do benefício fiscal do ágio. O benefício é concessão do Estado. O artificialismo da contratação também implica nulidade dos contratos de serviços por motivo determinante ilícito. A verdadeira contratada é a Certegy Ltda. As participações acionárias adquiridas pela Holdco One não lhe trouxeram nada que ela já não tivesse antes das aquisições. No início dos negócios, a Holdco One (do Grupo Fidelity) detinha 100% das ações da Fidelity Processadora e ativos de 50 milhões de reais em dinheiro (mais 118 milhões de notas promissórias); ao final dos negócios readquiriu 51% das ações da Fidelity Processadora. Visto o negócio como um todo, o Grupo Fidelity cedeu 49% de participação acionária na Fidelity Processadora e ativos financeiros de cerca de 50 milhões de reais em pagamento de contratos comerciais, assinados antes da associação, realizado na forma de ágio para ser isento para quem recebe e dedutível para quem paga.

Terceira:

O ágio refere-se à aquisição de investimento avaliado a valor contábil entregue em devolução de capital, à qual o adquirente, invocando o art. 22 da Lei nº 9.249/95, deu tratamento contábil e tributário semelhante ao de permuta: recebeu o novo investimento pelo valor de seu antigo investimento extinto. A entrega de bens a título de devolução de capital é negócio jurídico de dação de bens em pagamento, ao qual a lei não deu tratamento tributário de ato jurídico diverso. Quando o bem dado em pagamento da devolução de capital é avaliado pelo seu valor contábil, o investidor

recebe o bem pelo valor contábil da participação extinta. Por expressa determinação legal, a participação a ser extinta é avaliada pela empresa que devolve capital. O valor contábil é o valor da redução do patrimônio líquido da empresa que devolve capital. A diferença entre o valor do investimento (investimento mais ágio) registrado no balanço do investidor que se retira da sociedade e o valor do patrimônio líquido baixado pela empresa que devolve capital é ganho ou perda de capital na liquidação de investimento. No caso, gerou prejuízos para a Holdco One, incorporada pelo contribuinte. O ágio possível é a diferença entre o valor do patrimônio líquido baixado pela empresa que devolve capital e o valor das ações entregues em devolução de capital avaliadas pelo Método da Equivalência Patrimonial. O prejuízo da Holdco One não é dedutível para o contribuinte.

Descritos os fatos e a acusação fiscal, passamos a analisar a legislação de regência acerca do ágio na aquisição de investimentos em participações societárias.

O registro deve atender ao disposto no art. 385 do RIR/99, cuja redação se segue:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Nota-se que a legislação obriga o desdobramento do ágio em função do seu fundamento econômico e que tal desdobramento esteja baseado num demonstrativo (laudo, pois), a ser arquivado pelo contribuinte.

Isso é necessário em razão do tratamento tributário diverso em função da natureza do ágio, conforme podemos aferir pelo art. 386:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços

correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido,

alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Note-se que, nas reorganizações societárias, só o ágio decorrente de rentabilidade futura é passível de amortização.

Pois bem, passamos a analisar cada um dos fundamentos aduzidos pela autoridade fiscal.

Em relação ao primeiro, de fato, é estranho aos títulos de crédito o seu condicionamento a evento futuro e incerto, sobretudo ao vincular partes específicas, pois perdem a possibilidade de circulação independente do negócio que lhes deu origem.

Ademais, os valores consignados nas intituladas "notas promissórias" não podem ser considerados efetivos ativos, muito menos pelo seu valor de face, pois consignam obrigações condicionadas de natureza suspensiva. Nesse caso, esses valores não produzem efeitos econômicos passíveis de serem registrados contabilmente, enquanto a condição não se aperfeiçoar. Não é possível um lançamento de registro de ativo em contrapartida de uma receita ou de outra conta de natureza credora.

É por essa razão que o CTN no seu art. 177 dispõe:

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

Assim, independentemente das demais razões consignadas no termo de verificação (de ter havido comodato, por exemplo), as "notas promissórias" não representam um ativo passível de ser registrado como tal e, desse modo, repercutir na geração de ágio e, por conseguinte, na sua amortização.

Essa razão, por si só, é suficiente para a manutenção da autuação, mas iremos discorrer sobre as outras duas.

Com relação à segunda (o fundamento do ágio não ser a rentabilidade futura), também assiste razão à autoridade fiscal até em decorrência da primeira, mas vale consignar que a ausência de aquisição de atividade produtiva capaz de justificar o ágio. Não podemos perder de vista que os três grupos societários se reuniram numa Joint Venture para reunir esforços operacionais e tecnológicos por parte do Grupo Fidelity e, do lado do bancos, a sua carteira de clientes.

Isso está consignado na própria peça de defesa:

Ou seja, no caso concreto se tratou de uma **parceria**, onde os Bancos se aproveitariam de toda a **capacidade técnica e operacional do Grupo Fidelity, enquanto levariam para a sociedade sua "capacidade de contratar"**⁷, tendo em vista a ampla carteira de clientes envolvida/volume de produção, e desenvolveriam uma empresa/um negócio que não se restringiria a prestar serviços aos seus sócios, mas também a terceiros, constituindo um verdadeiro investimento com uma interessante expectativa de retorno financeiro por seus resultados futuro para os seus sócios (ou seja, não se tratava apenas de ganhos de escala para os Bancos)⁸.

Ora, como justificar que, nessa reunião, surgiu um ágio justamente na Joint Venture (a Fidelity Processamento). Não houve atividade operacional adquirida de um grupo pelo outro grupo a justificar, em favor do adquirente, o registro do ativo com ágio amortizável, sobretudo por acabar no patrimônio, mediante as passagens artificiais de reorganizações societárias; consequentemente, não houve confusão do adquirente com o adquirido para justificar a amortização.

O "filme" não revela tais acontecimentos.

No tocante à terceira, vale consignar as razões da decisão recorrida:

No caso em tela, verifica-se que, ao determinar o resgate de sua participação societária em posse da empresa Holdco One, a empresa Celta Holdings propôs-se a pagar, por meio de ações da empresa Fidelity, o valor contábil das mesmas, ou seja R\$ 54 milhões.

Em contrapartida, a empresa Holdco One, que possuía em sua escrituração "ativo investimentos" referente às ações da Celta no valor de R\$ R\$ 267 milhões, recebeu a participação na empresa Fidelity pelo valor contábil das ações da Celta, registrando ágio de R\$ 211 milhões relativo à diferença entre o valor em sua contabilidade das ações devolvidas (267 milhões) e o valor contábil da Fidelity na escrituração da Celta (R\$ 54 milhões).

O resgate das ações da Celta encontrava-se previsto desde sua emissão, em 12/04/2006, quando a empresa fez constar de seu estatuto que a devolução se daria através de dação em pagamento, nos termos do parágrafo 6º do artigos 44 da Lei nº 6404 de 1976 e art. 22 da Lei nº 9.249 de 1995.

Consoante dispõe o art. 44 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 44. O estatuto ou a assembléia-geral extraordinária pode autorizar a aplicação de lucros ou reservas no resgate ou na amortização de ações, determinando as condições e o modo de proceder-se à operação.

§ 1º O resgate consiste no pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, com redução ou não do capital social, mantido o mesmo capital, será atribuído, quando for o caso, novo valor nominal às ações remanescentes.

§ 2º A amortização consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação da companhia.

§ 3º A amortização pode ser integral ou parcial e abranger todas as classes de ações ou só uma delas.

§ 4º O resgate e a amortização que não abrangerem a totalidade das ações de uma mesma classe serão feitos mediante sorteio; sorteadas ações custodiadas nos termos do artigo 41, a instituição financeira especificará, mediante rateio, as resgatadas ou amortizadas, se outra forma não estiver prevista no contrato de custódia.

§ 5º As ações integralmente amortizadas poderão ser substituídas por ações de fruição, com as restrições fixadas pelo estatuto ou pela assembléia-geral que deliberar a amortização; em qualquer caso, ocorrendo liquidação da companhia, as ações amortizadas só concorrerão ao acervo líquido depois de assegurado às ações não a amortizadas valor igual ao da amortização, corrigido monetariamente.

§ 6º Salvo disposição em contrário do estatuto social, o resgate de ações de uma ou mais classes só será efetuado se, em assembléia especial convocada para deliberar essa matéria específica, for aprovado por acionistas que representem, no mínimo, a metade das ações da(s) classe(s) atingida(s).(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Extrai-se do referido artigo, da ata da Assembléia Geral Extraordinária e do Estatuto da Empresa Celta Holdings que a operação prevista consistia, portanto, em pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação (parágrafo 1º), ou seja, extinção da participação.

Para que fosse efetivada a transação, necessário era estabelecer o valor das ações e dos bens dados em contrapartida. Nesse contexto, dispõe a legislação:

Lei nº 9.249 de 1995

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica [Celta Holdings], que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista [Holdco One], a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica [Holdco One], os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital [Celta Holdings].

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à

declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Observe-se que o caput do artigo traz a previsão de que cabe à empresa investida (Celta Holdings), àquela que está devolvendo capital em troca de suas ações, determinar o valor dos bens a serem concedidos à investidora (Holdco One), avaliando-os pelo valor contábil ou de mercado.

No caso em apreço, constata-se que cabia à empresa Celta Holdings determinar se o valor do bem entregue seria o contábil ou o de mercado, efetuando ainda sua avaliação.

Outra não poderia ser a interpretação, vez que, segundo dispõe o parágrafo 4º do mesmo artigo, cabe à empresa responsável pela entrega do bem (Celta Holdings) a tributação de eventual ganho de capital resultante por sua avaliação a preço de mercado.

Ao avaliar o bem ou direito, a empresa investida (Celta Holdings) está determinando o valor pelo qual suas ações serão devolvidas, bem como o custo de aquisição do bem ou direito entregue.

O custo de aquisição das ações da Fidelity (bem dado em contrapartida à devolução das participações societárias), portanto, deve ser determinado pela empresa que está devolvendo o capital (Celta Holdings), o valor por ela atribuído ou registrado a sua participação extinta. Não há liberdade para a variação do preço como ocorreria em caso de retirada de sócio, onde estipulado o pagamento pelo livre arbítrio das partes. A lei determina que seja a empresa investida a avaliar e estipular o preço a ser pago por suas ações.

Ora, no presente caso, se a Celta Holdings, em troca de suas ações, optasse por pagar em espécie/dinheiro, teria pago R\$ 54 milhões, conforme se propôs e restava definido em sua AGE e nos laudos de avaliação apresentados. Não seria possível à investidora Holdco One reconhecer, em tal caso, valor diverso em sua contabilidade, como procedeu com as ações da Fidelity. O tratamento dado não é de permuta, como escriturou a investidora, mas de dação em pagamento, como deixa claro a empresa Celta Holdings em sua Ata de AGE e, inclusive, reconhece a Impugnante.

Reprise-se que a legislação determina a avaliação pela empresa que está tendo seu capital reduzido (no caso, a Celta Holdings) e seus bens entregues aos sócios, seja a valor de mercado, seja a valor contábil. Assim, é ela a responsável pela avaliação da participação societária entregue aos sócios na devolução de capital.

A devolução de capital, nestes termos, poderia gerar eventual ganho de capital, não tributável na investidora, ou mesmo perda. Mas não há como aceitar o registro de ágio, mormente quando o bem dado em devolução de capital foi avaliado na investida (Celta Holdings) por valor contábil inferior ao das ações registradas na contabilidade da investidora (Holdco One).

Observe-se que a devolução de capital gera extinção das ações, que, conforme previsão contida no art. 426 do RIR, resulta em perda do ágio escriturado em relação às participações societárias constantes da contabilidade da investidora. O recebimento das ações da Fidelity se deu em momento posterior, consubstanciado em valor apurado em dação de pagamento pela extinção do investimento.

Para melhor esclarecimento, reproduz-se o disposto no artigo 426 do Regulamento do imposto de Renda (Decreto nº 3000 de 1999):

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Segundo previsão do referido artigo, quando da extinção ou alienação de investimento avaliado pelo MEP, o ágio deve ser considerado para a determinação do valor contábil, devendo ser baixado em contrapartida a ganho ou perda de capital.

Considerando-se a ocorrência de dação em pagamento, ao efetuar a devolução da participação societária, cabe ao acionista (no caso, a Holdco One) baixar em seu ativo os valores escriturados do investimento, reconhecendo a eventual perda incorrida, vez que o valor do bem dado em contrapartida fora avaliado pela empresa que estava efetuando a devolução de capital (Celta Holdings) em montante inferior.

No presente caso, o custo de aquisição das ações da Celta Holdings fora estipulado em R\$ 54 milhões, consoante avaliação efetuada por quem de direito: a empresa que estava devolvendo capital, e votada pelos acionistas, conforme consignado em ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de setembro de 2008. Pois veja:

2) Aprovado, a pedido dos acionistas detentores da totalidade das ações ordinárias classe B a saber, Holdco One S.A. e os membros do Conselho de Administração por ela indicados, na forma do Estatuto Social da Companhia, a conversão das 602.040 (seiscentas e duas mil e quarenta) ações ordinárias classe B em igual número de ações preferenciais classe B, passando o capital social da Companhia, no valor de R\$2.040.816,00 (dois milhões, quarenta mil oitocentos e dezesseis reais), a ser dividido em 2.040.816 (dois milhões, quarenta mil oitocentas e dezesseis) ações, todas nominativas e sem valor nominal, das quais 1.000 (mil) são ações ordinárias classe A, 999.000 (novecentos e noventa e nove mil) são ações preferenciais classe A e 1.040.816 (um milhão, quarenta mil, oitocentas e dezesseis) são ações preferenciais classe B.

3) Ratificada a nomeação da empresa avaliadora Irko Organização Contábil Ltda., com sede na Rua Dom José de Barros, 177, 2.º andar, na Cidade e Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o n.º 60.662.996/0001-22 ("Irko"), para avaliar o valor patrimonial das ações de emissão da Companhia e da Fidelity Processadora e Serviços S.A., sociedade anônima com sede na Cidade de Jundiaí, Estado de São Paulo, na Av. Antônio Frederico Ozanan, 1.440, Blocos XI, XII, XIV e XVI, Bairro Vila Santana II, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.792.521/0001-80 ("Fidelity"), com data base em 31 de agosto de 2008.

4) Aprovados os laudos de avaliação com base nos valores patrimoniais das ações de emissão da Companhia e da Fidelity, que a Irko, antecipadamente convidada, apresentou e que passam a fazer parte integrante da presente Ata, na forma dos seus Anexos I e II, estando o representante da avaliadora presente, a fim de prestar as informações que lhe fossem solicitadas.

5) Consignada em Ata a solicitação da acionista Holdco One S.A., detentora da totalidade das ações preferenciais classe B, incluídas neste cálculo as 7 (sete) ações detidas pelos membros do Conselho de Administração por ela indicados, na forma do Estatuto

Social da Companhia, do resgate de 1.040.816 (um milhão, quarenta mil oitocentas e dezesseis) ações preferenciais classe B, correspondentes ao total das ações dessa classe. Os acionistas aprovaram o referido resgate, que, nos termos do § 6.º do Artigo 5.º do Estatuto Social da Companhia, se dará com a utilização de parte da reserva de capital da Companhia, no montante de R\$ 56.445.483,08 (cinquenta e seis milhões, quatrocentos e quarenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e três reais e oito centavos) mediante dação em pagamento de 65.491.952 (sessenta e cinco milhões, quatrocentos e noventa e uma mil novecentas e cinquenta e duas) ações ordinárias nominativas classe A, sem valor nominal, representativas de 51% (cinquenta e um por cento) do capital social votante e total da Fidelity, detidas pela Companhia. O valor patrimonial por ação da Fidelity, conforme indicado no laudo de avaliação das ações de emissão da Fidelity ora aprovado, é de aproximadamente R\$ 0,861869 (zero vírgula oito, seis, um, oito, seis, nove). Em decorrência do resgate, a sociedade Holdco One S.A. deixa de ser acionista da Companhia e as 1.040.816 (um milhão, quarenta mil oitocentas e dezesseis) ações preferenciais classe B resgatadas são canceladas neste ato, ficando registrado que o resgate é deliberado também com fundamento no art. 22 da Lei 9.249/95. Os acionistas consignaram que, após o pagamento do resgate acima deliberado, permaneceu um saldo na conta de reserva de capital da Companhia no montante total de R\$ 213.951.769,51 (duzentos e treze milhões, novecentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta e nove reais e cinquenta e um centavos) e autorizaram a Diretoria da Companhia a praticar os atos que se fizerem necessários para registrar em nome da Holdco One S.A. as ações da Fidelity por ela recebidas.

Inclusive, tal avaliação fora aprovada pela própria Holdco One, na posição de acionista da empresa, demonstrando sua anuência à valoração efetuada na mesma ata de assembléia acima reproduzida, consoante previsão legal:

ENCERRAMENTO: Esgotada a ordem do dia, os trabalhos foram suspensos, para a lavratura desta Ata, a qual, reaberta a sessão, foi lida, achada conforme e aprovada pelos acionistas que em seguida a assinam. São Paulo, 30 de setembro de 2008. (a.a.) Reginaldo de Souza Zero – Presidente. André Luiz Campanholo – Secretário. Acionistas: União Participações Ltda., Banco ABN AMRO Real S.A., Holdco One S.A, Arnaldo Alves Vieira, Jair Delgado Scalco, Luís Felix Cardamone Neto, Marcos Matioli de Souza Vieira, Paulo Eduardo D'Avila Isola e Marcelo de Araújo Noronha.

Confere com a original

São Paulo, 30 de abril de 2008.

Ora, diante do exposto, não caberia sequer supor a geração de ágio no registro das ações da Fidelity. Tanto mais de ágio dedutível.

As ações da Fidelity foram entregues pelo valor de R\$ 54 milhões, devendo ser contabilizadas pelo mesmo montante, consoante prevê a lei: conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital. O registro deve se dar pelo valor da operação, nada mais.

Eventual investimento registrado a maior na contabilidade da investidora/sócia deveria ser reconhecido como perda no momento da extinção do investimento por meio da devolução de capital. Até porque, recebendo ela (Holdco) bens no valor de R\$ 54 milhões para a devolução de sua participação, o ágio registrado de R\$ 133 milhões relativamente ao investimento na empresa Celta Holdings, motivado pelas notas já questionadas e pelas ações da própria Fidelity, somente fez exposta a situação questionável em que contabilizado.

Como as perdas auferidas pela empresa Holdco, ainda que gerassem prejuízos no período em que incorridas, não poderiam ser amortizadas por sua incorporadora (Fidelity Processadora, em 2009), não há que se falar de ágio amortizável no presente processo.

Concordo na plenitude com as razões acima, as quais adoto também como razão de decidir.

Dessa forma, mantém-se a autuação.

Dedução da amortização do ágio na base de cálculo do CSLL

A Câmara Superior de Recursos Fiscais já se posicionou desfavoravelmente à pretensão do contribuinte no tocante à possibilidade de dedução do ágio no recente AC 9101-003.397, de 5 de fevereiro de 2018, cuja ementa abaixo transcrevo:

REGRAS GERAIS DE DEDUTIBILIDADE. ÁGIO. DESPESA.

Ágio é despesa, submetida a amortização, submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, e com repercussão tanto na apuração do IRPJ quando da CSLL, conforme art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

O voto condutor assentou as seguintes razões quanto a esse tema:

II - Repercussão da Glosa de Despesa de Amortização de Ágio na Base de Cálculo da CSLL. RE da Contribuinte.

Protesta a Contribuinte sobre a repercussão de glosa de despesa de amortização de ágio na Base de Cálculo da CSLL.

Há que se buscar a interpretação sistêmica da legislação tributária, sob pena de incorrer em contradições.

Toda a construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP).

Foram tratados três momentos cruciais para o investidor, nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, respectivamente delineados: (1) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, e (2) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3) e desfazimento do investimento.

Em relação ao segundo momento (desenvolvimento do investimento), a interpretação integrada dos dois diplomas normativos consolidou a construção de sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. Isso porque, em se considerando estritamente os lançamentos contábeis, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. Por isso, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida.

É o que prescreve o art. 22 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, quando determina o procedimento a ser adotado pelo investidor ao final de cada exercício: *o valor do investimento na data do balanço (...), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento*. Caso tenha apurado resultado positivo, lançamento a débito na conta de investimento e a crédito em conta de resultado (receitas de equivalência patrimonial), com repercussão na base tributável.

Tal repercussão é neutralizada logo no artigo seguinte (art. 23), ao pregar que *a contrapartida do ajuste por aumento do valor de patrimônio líquido do investimento não será computada no lucro real (...)*. Assim, o crédito em conta de resultado seria excluído na apuração do lucro real.

Com a criação da CSLL, a Lei nº 7.689, de 1988, discorreu sobre ajuste na base de cálculo para fins fiscais, e determinou pela *exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido* (art. 2º, § 1º, alínea "c", item 1).

Restou, nesse momento, nítida, clara e transparente, a **convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL**, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos.

A preocupação do legislador em compatibilizar a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante a operacionalização de ajustes no lucro líquido, é evidente.

Portanto, não há nenhum sentido entender que, para as operações societárias relativas ao primeiro momento (aquisição do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), poder-se-ia aplicar um entendimento diferente daquele relativo ao segundo momento (desenvolvimento do investimento).

Em relação ao terceiro momento (desfazimento do investimento), predica a norma que na alienação do investimento, o valor do ágio deverá ser considerado, na apuração da base de cálculo tributável (art. 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977).

E, **em conexão indissociável** com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em (I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, **não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL. Repito: o que se tutela é a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

Os motivos apresentados até o momento são suficientes para demonstrar que a glosa de despesa de amortização do ágio tem repercussão tanto para a apuração da base de cálculo do IRPJ quanto da CSLL.

Contudo, caso ainda haja alguma contestação sobre tal entendimento, cabem considerações complementares.

Não se pode esquecer que o **ágio** é despesa, submetida a amortização.

Logo, encontra-se a despesa do ágio submetida ao **regramento geral das despesas** disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, base legal para o art. 299 do RIR/99:

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

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

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

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem. Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe:

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, **independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964**: (Grifei)*

A interpretação dada ao dispositivo pelo Conselheiro Marcos Pereira Valadão, no Acórdão nº 9101-002.396, é didática e esclarecedora:

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base de cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto. Com efeito, se o texto diz que para uma determinada situação deve se aplicar "A" independentemente de "B", é porque "B" também é aplicável àquela mesma situação.

Nessa perspectiva, as regras de dedutibilidade de despesas previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL.

A redação do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe claramente sobre hipóteses de despesas indedutíveis **tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, incluindo expressamente as situações** previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964.

Sendo a despesa de amortização de ágio submetida ao regramento geral das despesas operacionais, não há que se falar em ausência de previsão normativa para a sua adição à Base de Cálculo da CSLL.

No mesmo contexto, encontra-se a redação do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, mencionada pela autoridade fiscal:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Pela expressão **normas de apuração** entende-se o cômputo do *quantum* tributável, o procedimento consistente em determinar a base de cálculo do tributo, mediante operações de soma e diminuição de valores. Ou seja, precisamente a discussão dos presentes autos. Pelo dispositivo, resta mais evidente que repercussão dos ajustes efetuados para apuração da base de cálculo do IRPJ para a CSLL.

Nesse contexto, entendo não haver reparos ao procedimento adotado pela autoridade fiscal ao promover a glosa de despesa de amortização de ágio tanto para o IRPJ quanto para a CSLL.

Portanto, deve ser **negado provimento** ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria.

Adoto a referida decisão pelos seus próprios fundamentos.

Necessidade de recomposição do ágio

A defesa pede a recomposição do ágio, no caso de a decisão deixar de reconhecer a validade das notas promissórias e, assim, possibilitar a amortização permitida por lei.

Todavia, como vimos precedentemente, as razões para a manutenção da autuação não se resumem à validade de notas fiscais, mas sim, principalmente, na própria inexistência do ágio.

Prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL

A defesa pede a recomposição dos prejuízos e das bases de cálculo negativas e a repercussão da sua compensação no caso de provimento da questão principal (a glosa da amortização de prejuízos). Não demos, porém, provimento a tal ponto; logo, devem ser mantidas as glosas de prejuízo e de base negativa e suas compensações.

Prejuízos fiscais não operacionais

O recorrente alega que a glosa da compensação de prejuízos não operacionais com resultados operacionais decorreu de erro de preenchimento da sua declaração.

Por seu turno, a DRJ manteve a autuação por considerar que a defesa não apresentou prova do alegado.

No recurso, a defesa consigna os fundamentos da decisão recorrida (ausência de prova da alegação), mas persiste em asseverar as mesmas razões postas na peça impugnatória de erro no preenchimento da declaração, sem trazer nenhum elemento probatório (o livro razão, por exemplo) capaz de confirmar o alegado.

Deve ser mantida a autuação também nesse ponto.

Multa qualificada

No recurso, a parte trouxe argumentos novos quanto à qualificadora da multa. Trata-se da interpretação benigna em caso de dúvida.

Devemos consignar que o dolo capaz de ensejar a aplicação da multa qualificada deve ser específico. Não basta o querer praticar a conduta. Deve haver também a consciência da sua ilicitude.

O tema principal aqui tratado diz respeito a planejamento tributário abusivo, o qual, como sabemos ao longo de tantos processos que julgamos, tem sido resolvido de forma casuística por este Colegiado Administrativo e, mesmo nesta casuística, casos bastante similares obtêm soluções díspares.

Até a utilização de ágio interno já foi cancelado numa rara, mas existente, oportunidade.

Dessa forma, em face da jurisprudência ainda titubeante, sobretudo na época dos fatos, não é possível afirmar que o contribuinte possuía plena convicção da ilicitude das suas condutas, as quais foram todas formalizadas de forma bastante transparente para uma fácil apreciação das autoridade fazendárias.

Isso posto, considero que deve ser afastada a multa qualificada, reduzindo-se o patamar da multa de ofício ao seu percentual destinado à responsabilidade objetiva, qual seja, de 75%.

Multa isolada

Por derradeiro, nos cabe analisar o argumento da dupla punição por meio de multa isolada e de ofício.

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, “pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático”. Para Delmanto, “a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste”. Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o

crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Assim, consideramos imperioso verificar se houve, em relação aos fatos que ensejaram a autuação de multas isoladas, também a imposição de multa proporcional e em que medida.

Conforme termo de verificação fiscal (fl. 2.480-2.481), podemos verificar que o lucro real e a base de cálculo da CSLL ajustados em cada um dos anos foram significativamente menores que os valores não recolhidos a título de estimativas apuradas por balanços de suspensão, o que nos garante a absorção integral das multas isoladas pelas de ofício. As multas isoladas devem, pois, ser afastadas integralmente.

Juros sobre multa

Por fim, no tocante aos juros sobre multa de ofício, entendo que se trata de tema de âmbito da fase não contenciosa, uma vez que não é objeto do lançamento, mas sim da atividade de cobrança, a qual não está submetida ao crivo deste colegiado. Por isso, dele não tomaria conhecimento.

Essa, porém, não tem sido a posição adotada por este colegiado que previamente tem decidido conhecer a questão. Assim, passo a enfrentá-la.

De início, vale reproduzir acórdão em que também se conheceu do assunto, no qual foram considerados devidos os juros:

Número do Recurso: [155344](#)

Câmara: **PRIMEIRA CÂMARA**

Número do Processo: **10845.000196/95-34**

Tipo do Recurso: **VOLUNTÁRIO**

Matéria: **IRPJ E OUTRO**

Recorrente: **PRÓPRIA S.A. ADMINISTRAÇÃO E IMÓVEIS (SUCEDIDA POR BRASCOR S.A. IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES)**

Recorrida/Interessado: **2ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA**

Data da Sessão: **25/05/2007 00:00:00**

Relator: **Sandra Maria Faroni**

Decisão: **Acórdão 101-96177**

Resultado: **DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE**

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Inteiro Teor do Acórdão

Ementa: JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO- No lançamento de ofício, o valor originário do crédito tributário compreende o valor do tributo e da multa por lançamento de ofício. Sobre a multa por lançamento de ofício não paga no vencimento incidem juros de

mora. Em se tratando de tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31/12/1994, sobre a multa por lançamento de ofício incidem, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora calculados segundo a Selic.

Assim tem se inclinado a jurisprudência deste Conselho e com ela me alinho.

Dois artigos da Lei nº 9.430/96 conduzem-me a essa posição e abaixo os transcrevo:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

(...)

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

É importante notar que no *caput* do art. 61, o texto é “débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições” e não meramente “débitos de tributos e contribuições”. O termo “decorrentes” evidencia que o legislador não quis se referir, para todas as situações, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos. Tal dispositivo, combinado com o art. 43 (onde se prevê a multa isolada ou acompanhada de tributo) e seu parágrafo único, leva-nos à conclusão de que os juros de mora devem incidir sobre a multa de ofício, após o seu vencimento.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar suscitada para, no mérito, dar provimento parcial com a finalidade de afastar as multas isoladas e desqualificar a multa de ofício, reduzindo seu valor ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes