Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19311.720165/2018-53

Processo nº	19311.720165/2018-53
Recurso	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**1301-004.305–1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	21 de janeiro de 2020
Recorrentes	BBC PROCESSADORA SA
	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015
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 em nulidade. É apenas consequência de ter concordado com seus fundamentos.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 489, §1º INCISO VI. NÃO APLICAÇÃO. DECISÃO TURMAS DISTINTAS. LANÇAMENTOS COM BASE EM FUNDAMENTOS DIVERSOS.

Na ausência de normas, as disposições constantes no Código de Processo Civil - CPC podem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo fiscal. Não cabe a aplicação do art. 489, § 1º, inciso VI do CPC no caso em que duas turmas diferentes do CARF apreciam exações fiscais relativas ao mesmo contribuinte e infração, mas de fatos gerados diversos, em que a fiscalização apresentou motivação distinta para justificar a aplicação da multa qualificada.

MEIOS DE PROVA.

Não há limitações referentes às provas que podem ser produzidas no processo administrativo fiscal, admitindo-se, como regra, qualquer classe de prova das que são aceitas na legislação civil vigente, desde que obtidas por meios lícitos.

SIMULAÇÃO. PROVA.

Dificilmente os simuladores produzem prova documental relacionada à ilicitude praticada. Assim, em geral, a prova da simulação é uma prova indireta, por presunção, a partir de indícios convergentes. Não existe vedação na legislação processual tributária ou civil em sentido inverso.

APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. JULGAMENTO POR MAIORIA DE VOTOS. IMPOSSIBILIDADE.

A divergência entre os membros de uma turma julgadora na identificação dos fatos que comprovam a existência de um ilícito tributário não se confunde com a dúvida na interpretação da correspondente lei que comina penalidades. A

análise das provas que compõem o processo é atividade diversa da interpretação da lei que se aplica ao caso.

OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. SIMULAÇÃO. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir causa negocial real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica, e decorrer de atos efetivamente existentes, e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil. Desse modo, há simulação quando os atos negociais são realizados com finalidade não correspondente à sua causa legítima. Confirmada a simulação dos atos negociais que possibilitaram o aparecimento do ágio amortizável, é cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes de sua amortização.

REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS ARTIFICIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO ÁGIO.

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.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. DESCUMPRIMENTO.

A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

NULIDADE. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO. NÃO OCORRÊNCIA.

A vedação contida no art. 146 do CTN abrange os casos em que a autoridade fiscal, ao proceder a um novo lançamento em relação ao mesmo sujeito passivo, adota interpretação divergente sobre determinado dispositivo da legislação tributária utilizado em lançamento anterior. Pode ocorrer também quando pretende modificar o critério adotado de apuração do tributo, nos casos

Documento nato-digital

em que a própria legislação tributária permite diversas alternativas. Não alcança, portanto, os casos em que, no novo lançamento, são apresentados novos fundamentos para justificar a aplicação do mesmo dispositivo legal, que resulta no mesmo quantum devido. No caso dos autos, a multa qualificada prevista no art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

O planejamento tributário realizado com a intenção de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer outra operação com repercussões tributárias diversas, configura fraude, justificando a aplicação da multa qualificada.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

Em caso de simulação, a inoponibilidade das operações efetuadas em sequência ao Fisco decorre de sua própria ilicitude, o que afasta a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito e justifica a qualificação da multa de ofício.

FORMAÇÃO DO VÍNCULO JURÍDICO. ART. 121 E ART. 135 CTN. MOTIVOS DIVERSOS.

A responsabilidade prevista no art. 121 do CTN decorre da prática do fato gerador, enquanto que a tratada no art. 135 do CTN surge em função da prática de ato ilícito (excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos). Embora o resultado final seja o mesmo - responsabilização pela dívida tributária - o vínculo jurídico se forma por motivos diversos.

INCLUSÃO DE NOVOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. LANÇAMENTO POSTERIOR. MESMO SUJEITO PASSIVO.

A inclusão de novos responsáveis tributários em lançamento posterior, relacionados a um mesmo ato praticado pelo sujeito passivo, não implica em transgressão ao art. 146 do CTN (mudança de critério jurídico). Não ocorre, no caso, mudança na identificação do sujeito passivo que praticou o fato gerador da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIRETOR DE PESSOA JURÍDICA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. SIMULAÇÃO. INFRAÇÃO À LEI.

Dois são os elementos relevantes para a responsabilização tributária de diretores da pessoa jurídica: (a) ser administrador e (b) ter cometido ato ilícito nessa posição, podendo tal ato ser culposo ou doloso. Identificado o ato ilícito praticado pelo diretor, que efetivamente administra a sociedade, tudo inserido em um contexto simulatório, sendo certa a infração à lei, mostra-se hígida a aplicação da norma veiculada no art. 135, inciso III, do CTN. Por outro lado, quando não se identifica qualquer ato imputado ao responsabilizado, seja comissivo ou omissivo, há que ser exonerada a responsabilização declarada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 CTN. NÃO IDENTIFICAÇÃO DO INCISO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Documento nato-digital

Deve ser rejeitada a arguição de nulidade do termo de atribuição de responsabilidade tributária, fundada na deficiência de enquadramento legal, quando do exame de todo conteúdo da peça recursal se evidencia a correta percepção dos motivos que justificaram o procedimento pelo Fisco. As três situações previstas nos incisos do art. 135 do CTN são bem distintas e excludentes, possibilitando a fácil identificação do motivo para imputação de responsabilidade, mormente quando a pessoa arrolada era o diretor presidente da empresa (inciso III).

ART. 135 CTN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PESSOA JURÍDICA. NÃO EXCLUSÃO.

A responsabilidade tratada no art. 135 do CTN tem caráter solidário. A tese da responsabilidade substitutiva (pessoal) é afastada pela inexistência de norma legal que desonere a pessoa jurídica em razão da prática de ato ilícito por parte do administrador.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 135 CTN. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA. NÃO APLICAÇÃO.

A atribuição de responsabilidade de terceiros prevista no art. 135 é de caráter solidário, e não por sucessão. Assim, não guarda vinculação com o princípio constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV - *nenhuma pena passara da pessoa do condenado*).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CISÃO PARCIAL.

Nas hipóteses de cisão de pessoa jurídica, há previsão legal expressa acerca da responsabilidade tributária da empresa que absorve parcela do patrimônio de empresa cindida, disposição essa que não pode ser afastada no âmbito do contencioso administrativo (Decreto-Lei nº. 1.598/77). Embora não conste expressamente do rol do art. 132 do CTN, a cisão da sociedade é modalidade de mutação empresarial sujeita, para efeito de responsabilidade tributária, ao mesmo tratamento jurídico conferido às demais espécies de sucessão. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

O fato da exigência ter sido realizada após o final do ano-calendário e exigida a multa de ofício tornou-se indevida a multa isolada sobre estimativas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em negar provimento ao recurso de ofício, rejeitar a preliminar de nulidade, e dar provimento parcial ao recurso voluntário do contribuinte

Documento nato-digital

para cancelar a exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, nos seguintes termos: (i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, rejeitar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte em relação à dedução de despesas com amortização de ágio; (ii) por maioria de votos: (a) negar provimento aos recursos dos coobrigados FIDELITY SERVIÇOS e CONTACT CENTER S.A., FIDELITY NATIONAL E SERVIÇOS E CONTACT CENTER LTDA., e FIDELITY NATIONAL PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA, vencido o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza que votou por excluir do polo passivo da obrigação tributária as pessoas jurídicas FIDELITY NATIONAL E SERVIÇOS E CONTACT CENTER LTDA. e FIDELITY NATIONAL PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA em razão da ausência de fundamentação para a responsabilidade que lhes foi atribuída; (b) cancelar a exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, vencidos os Conselheiros Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Giovana Pereira de Paiva Leite e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por manter essa exigência; e (iii) por voto de qualidade, negar provimento em relação à qualificação da penalidade, mantendo-se a multa de 150%, e ao recurso do coobrigado Reginaldo de Souza Zero, vencidos os Conselheiros Rogério Garcia Peres (relator), Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza e Bianca Felícia Rothschild que votaram por reduzir a penalidade para o percentual de 75% e excluir esse coobrigado do polo passivo da obrigação tributária. Designado o Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa para redigir o voto vencedor.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rogério Garcia Peres - Relator

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa- Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Mauritânia Elvira Sousa Mendonça (suplente convocada), Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração (AI), conforme fls. 2739 a 2775, nos quais constam a exigência de IRPJ e CSLL: R$ 53.700.477,65 e R$ 19.332.172,04, respectivamente.

Documento nato-digital

A identificação das infrações foram assim formalizadas, para o IRPJ:

AMORTIZAÇÃO
INFRAÇÃO: VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS
Amortização indedutível de ágio na incorporação de investidora. O fundamento do ágio contabilizado não é a rentabilidade futura da aquisição com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei 9.532/97, conforme Termo de Verificação Fiscal Parcial que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R$)	Multa (%)
31/12/2013	21.130.065,96	150,00
31/12/2014	21.130.065,96	150,00
31/12/2015	21.130.065,96	150,00

Enquadramento Legal
Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2015:
Art. 3º da Lei nº 9.249/95.
Arts. 385, 386 do RIR/99.
Arts. 249, inciso I, 251, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325 do RIR/99

Em relação à CSLL:

CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS
INFRAÇÃO: CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS
Amortização indedutível de ágio na incorporação de investidora. O fundamento do ágio contabilizado não é a rentabilidade futura da aquisição com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei 9.532/97, conforme Termo de Verificação Fiscal Parcial que acompanha e é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R$)	Multa (%)
31/12/2013	21.130.065,96	150,00
31/12/2014	21.130.065,96	150,00
31/12/2015	21.130.065,96	150,00

Enquadramento Legal
Fatos geradores ocorridos entre Entre 01/01/2013 e 31/12/2015:
Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90
Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95
Art. 2º da Lei nº 9.249/95.
Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96
Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08
Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Foram lançadas também Multas Isoladas pela falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre as bases estimadas e Multas de Ofício no percentual de 150%.

Documento nato-digital

Consta a imputação de responsabilidade tributária solidária, nos seguintes termos:

DEMONSTRATIVO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

Demais Responsáveis Tributários

CNPJ
23.532.312/0001-41
Nome Empresarial
FIDELITY SERVICOS E CONTACT CENTER S.A.
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade por Cisão Parcial
Motivação
A empresa Fidelity Serviços e Contact Center S.A. recepcionou ativos e atividade produtiva de serviços decorrentes de cisão parcial da empresa Fidelity Processadora e Serviços S.A., NIRE 35300187687, conforme registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, número do documento 133.089/16-2, sessão de 28/03/2016, tornando-se responsável solidária nos tributos de 2013 a 2015.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 132 da Lei n° 5.172/66 c/c art. 5º do Decreto-Lei nº 1.598/77.

CPF
045.050.268-68
Nome
REGINALDO DE SOUZA ZERO
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto
Motivação
O sujeito passivo solidário foi diretor-presidente da empresa na época dos contratos e no período fiscalizado até 02/03/2015. Assinou o Contrato de Investimento em nome de Arcturus, Holdco One, Miaplacidus, Certegy Processadora e Serviços e Certegy Ltda – atuais Fidelity Processadora e Fidelity Participações; assinou o Contrato de Associação em nome de Fidelity Participações e Fidelity Processadora. Foi responsável pela contabilidade e apuração de tributos.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 135 da Lei n° 5.172/66.

CPF
048.791.068-01
Nome
LUIZ COMPAGNO JUNIOR
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto
Motivação
O sujeito passivo solidário foi diretor-financeiro e diretor-geral da empresa no período fiscalizado, tendo como atribuições a área de contabilidade e de apuração de tributos.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 135 da Lei n° 5.172/66.

Documento nato-digital

O contribuinte foi cientificado em 14/09/2018, conforme termo de fls. 2794. Os sujeitos passivos solidários foram cientificados em 19/09/2018 (Fidelity Serviços), em 20/09/2018 (Reginaldo e Luiz), conforme AR de fls. 2796, 2797 e 2798, respectivamente.

Foi apresentada, em 10/10/2018, a impugnação do contribuinte Fidelity Processadora S.A (fls. 2803 a 2931), acompanhada dos documentos de fls. 2932 a 3164.

Na mesma data, em 10/10/2018, foram apresentadas as impugnações, acompanhadas de documentos, dos responsáveis solidários Reginaldo de Souza Zero (fls. 3167 a 3364) e Luiz Compagno Junior (fls. 3367 a 3561) e, no dia seguinte, 11/10/2018, da responsável Fidelity Serviços e Contact Center S.A. (fls. 3567 a 3812).

No referido TVF, a autoridade fiscal fez consignar o que adiante sintetizado.

Relata a autuante que o procedimento fiscal foi iniciado em 19/02/2018, sob Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n° 0812400-201800022-7, inicialmente com o objetivo de verificar o cumprimento das obrigações relativas às contribuições Pis e Cofins do ano de 2015. Posteriormente, foi ampliada para verificação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ dos anos calendários 2013, 2014 e 2015 relativa a obrigações decorrentes da amortização de ágio.

Destaca que este Termo de Verificação Fiscal Parcial trata apenas do Imposto de Renda - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL reflexa dos anos-calendário 2013 a 2015, de modo que as verificações realizadas são apenas as relativas à amortização do ágio na incorporação.

Pontua que "*os negócios que geraram o ágio ocorreram no ano de 2006 e a empresa começou a amortizá-lo em 2010. Houve lançamento anterior para os anos-calendário de 2010 a 2012, objeto do processo 19311.720193/2014-47, já julgado no CARF. O Acórdão 1401-002.340 por unanimidade de votos negou provimento ao recurso em relação à glosa das despesas com amortização do ágio na apuração do IRPJ e CSLL, e deu provimento ao recurso para afastar a multa qualificada*".

Assim optou por fazer um relato com uma "*transcrição de quase a totalidade do Termo de Verificação Fiscal do processo 19311.720193/2014-47. Optamos por manter a descrição dos procedimentos da fiscalização anterior pois foi nela que foram levantados os elementos de prova. Na qualificação dos fatos foram efetuadas algumas correções de ortografia e pequenas alterações em alguns parágrafos para melhor clareza do texto. Procedemos a alterações na parte relativa à qualificação da multa, onde incluímos justificativas. Obviamente foram alterados também os dados relativos aos lançamentos*".

Portanto, destaca, na introdução do documento, 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 autuada aos bancos.

Documento nato-digital

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 (autuada) 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 recepcionou 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 obrigações no valor de cerca de 97 milhões de reais. A diferença (118 – 97) foi baixada pela Celta Holdings como despesa.

Documento nato-digital

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.

Passa a fiscalização a relatar cada uma das intimações cientificadas 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

Documento nato-digital

- 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.

Posteriormente, o Grupo Santander adquiriu o ABN Amro. Rescindiu 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
- Terceiro Aditivo e Consolidação do Acordo de Acionistas, de 03/11/2010
- Contrato Individual para Processamento, de 03/11/2010

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.

Documento nato-digital

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 cinqüenta mil dólares norte americanos), chamada "Promissória da Primeira Migração";
(iv)(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 cinqüenta 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 cinqüenta mil dólares norteamericanos) pela Promissória da Primeira Migração;*
> *(iv) US$14.750.000,00 (quatorze milhões e setecentos e cinqüenta mil dólares norteamericanos) pela Promissória de Volume.*
>
> *4. <u>Pagamento do Preço de Compra</u>. 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 meses a contar da data deste instrumento. 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 ou transferência e/ou endosso de qualquer das Promissórias à CEY Capital dentro do prazo de pagamento prevista acima.*

Documento nato-digital

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...."

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.

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*.

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.

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

Documento nato-digital

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

Documento nato-digital

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

Documento nato-digital

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

Documento nato-digital

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).

4. Qualificação dos Fatos

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).

Documento nato-digital

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 CSSL 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 articipação), 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

Documento nato-digital

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 veificar 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

Documento nato-digital

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 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 incide te, 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

Documento nato-digital

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 a 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

Documento nato-digital

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 as 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

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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

Documento nato-digital

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 o 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.

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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 quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite 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

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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) Na incorporação reversa a dedução do ágio é benefício fiscal

Esta parte do texto se aplica à incorporação reversa.

Desde cedo a Comissão de Valores Mobiliários identificou que o tratamento do ágio concedido pelo artigo 8° da Lei n° 9.532/97 é um benefício fiscal. Nesse sentido, emitiu a Instrução Normativa CVM n° 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 n° 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 8°, 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 §1° 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, §1°, da Lei das S.A., a incorporadora aumentará seu capital mediante versão do patrimônio liquido 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.

Documento nato-digital

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 conseqüência 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 n° 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, §1°).

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.

Documento nato-digital

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 conseqüência 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 conseqüência 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 que 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.

Documento nato-digital

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 8° da Lei n° 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.

Documento nato-digital

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 vezesa o seu valor.

O Grupo Fidelitv 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.

Documento nato-digital

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 artes 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

Documento nato-digital

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*

Documento nato-digital

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 43° 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 a 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.

Documento nato-digital

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 n° 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 Restaded 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 n° 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.

Documento nato-digital

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 "Certegy 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 considerandos 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 Certegy 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).

Documento nato-digital

A toda evidência, os bancos desejam contratar a Certegy 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 realemente 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.

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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 despesas 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.

Documento nato-digital

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.

Documento nato-digital

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 6° da Lei n° 6.404/76, conforme alterada, mediante a entrega, nos termos do artigo 22 da lei n° 9.249/95, em dação em pagamento, de ações detidas pela Companhia em sua controlada CELTA PROCESSADORA E SERVIÇOS S.A....".

Dispõe o §1° 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 n° 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 derrogou 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 n° 9.249/95:
(...)

A questão está na interpretação do §2° 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***

Documento nato-digital

adotado pela investida. Se a nvestida 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 n° 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

Documento nato-digital

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 derrogou 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

Documento nato-digital

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 §4° 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 derrogou o artigo 31 do Decreto-Lei n° 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

Documento nato-digital

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 n° 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 §2° 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 §2° 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 §2° do artigo 22, é compatível com o tratamento previsto no §3° para o investidor pessoa física. O parágrafo 3° 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.

Documento nato-digital

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 §3° tem o mesmo sentido que o §2°. 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 §6° do Artigo 5° 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.

A fiscalização traz, em seguida, os motivos ensejadores da qualificação da multa, destacando entendimentos acerca de simulação, planejamento tributário, negócio jurídico indireto, fraude.

Destaca que "*o conluio entre o Grupo Fidelity e os bancos conduziu a Celta Holdings a contabilizar ativos inexistentes de notas promissórias de 118 milhões de reais e uma receita de 94 milhões de reais como substituição desses ativos. Conduziu a uma omissão de receitas de 94 milhões e a uma perda dedutível de 24 milhões, conforme Acórdão 1302-002.322. Com os ganhos da Fidelity, tem-se que um negócio jurídico de 104 milhões de reais conduziu as partes a se apropriarem de ganhos tributários de 120 milhões de reais. Esse é o motivo simulatório*".

E continua:

Documento nato-digital

5.3 Este negócio jurídico contém defeitos: a) o ativo de notas promissórias simplesmente não existe, é simulado e sua contabilização e transferência entre empresas como parte de acervo é fraude contábil, e b) os contratos de termos comuns e de serviços individuais são comprovadamente simulados por interposição fictícia de pessoa; a conduta dolosa é confirmada por c) uma novação de obrigações inexistentes.

São três os elementos necessários para que esse planejamento desse certo, mas que são ao mesmo tempo empecilhos incontornáveis: a) transformar as cláusulas contratuais com condições suspensivas em ativos que antecipassem a eficácia das obrigações mesmo sem serem pagas; b) que esses ativos efetuassem um percurso de ida do Grupo Fidelity para os bancos pelo valor de face e eventualmente voltassem ao Grupo Fidelity valendo zero; c) transformar a capacidade dos bancos de contratar serviços em ativo que justificasse o pagamento do ágio como rentabilidade futura.

Os objetivos deste planejamento tributário são inalcançáveis. Não existe instrumento jurídico ou combinação de negócios que permita transformar obrigações com cláusulas suspensivas em ativos e ao mesmo tempo impedir as consequências lógicas desses ativos (a obrigação de pagar).

Da mesma forma, não tem como atribuir o papel de contratada para prestação de serviço a uma empresa que não tem capacidade produtiva nem mesmo para participar da elaboração do contrato. Simplesmente não tem como fazer.

5.4 Se o objetivo do planejamento fosse simplesmente a transformação da obrigação contratual em ativo, poderiam constituir notas promissórias. Mas elas teriam que ser pagas. Se devolvidas, o Grupo Fidelity teria que justificar o recebimento de 118 milhões de reais. Teria que tributar.

Para o Grupo Fidelity era fundamental estampar nas notas que seu valor seria zero, para justificar a não tributação no recebimento em retorno. A tributação a evitar é cerca de 51 milhões.

As características do contrato de compra, permitindo o pagamento com a devolução do bem comprado e a valor zero, retiraram dele as características essenciais de um contrato de compra e venda: a obrigação de pagar e o preço, que só foram definidos quando da entrega das notas à empresa americana anos depois.

Houve também fraude à lei na integralização de capital da Miaplacidus, que absorveu ativos da Certegy por cisão. Os títulos passam pela Miaplacidus em contrapartida a aumento de capital, e chegam à Celta Holdings em contrapartida a ágio. A Lei das S. A. em seu artigo 10° responsabiliza o acionista que contribui com bens para a formação do capital, assemelhando-o ao vendedor e exigindo o adimplemento do crédito dado na integralização. Neste caso ninguém foi responsabilizado pelo não pagamento dos créditos de 118 milhões de reais.

Entendemos que as partes deram às notas tratamento contábil e uso nos negócios jurídicos incompatíveis com as reais características dos títulos.

Documento nato-digital

Entendemos como fraude contábil com o objetivo de obter ganhos tributários de R$49 milhões para a Celta Holdings e de R$40 milhões para a Fidelity Processadora.

5.5 Já em relação aos contratos de termos comuns e de prestação de serviços individuais, o texto dos contratos trata a Celta Processadora como a empresa contratada, quando todos os elementos do contrato se referem à Certegy.

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. Entretanto, quem detém a licença não é a Celta Processadora, mas a CEY Brasil. O software em questão consta da lista de ativos da Certegy Ltda transferidos para a Fidelity Processadora (folha 67 da pasta Documentos Societários - Certegy Fidelity Participações), na linha que descreve: contratante: Certegy; contratado: Certegy First Bankcard System; descrição: Amended and Restated Software and License Agreement; status: ativo; início: 27/03/2006.

O que justifica contratar a Celta Processadora é a licença de um software, quando a licenciada na verdade é a Certegy. Trata-se de declaração não verdadeira, prevista como caso de simulação no Código Civil, artigo 167, §1°, inciso II. Por esse motivo e por falta de atividade empresarial consideramos os contratos como simulação por interposição fictícia de pessoas.
Não existe nenhuma explicação possível para os bancos contratarem a Celta Processadora que não seja demonstrar a existência de ativos (os contratos) a serem explorados gerando lucros que justificam o pagamento do ágio.

A própria impugnação do contribuinte descrita no acórdão 1401-002.340 informa que no momento imediatamente anterior à união dos grupos a estrutura operacional da joint venture estava dividida entre as empresas Fidelity Processadora, como titular dos ativos operacionais, e a Celta Processadora, como titular dos contratos de prestação de serviços.

Entendemos que o objetivo dessa interposição fictícia era superar a falta de atividade empresarial da Celta Processadora apresentando ativos cuja exploração empresarial permitisse a obtenção de lucros futuros, para fins de qualificar o fundamento do ágio.

Entendemos que o uso que se dá à Celta Processadora como protagonista desses contratos é uma fraude.

O Grupo Fidelity poderia ter pago o bônus à medida em que as etapas do negócio fossem se completando: a cessão de ações, o pagamento em dinheiro, o bônus de migração e o bônus de volume. Haveria tributação nos bancos e custo amortizável na empresa que efetuasse o pagamento. Se tivessem simplesmente transferido ativos quando estes existissem, não haveria tributação nos bancos nem dedução na Fidelity. Mas quiseram todas as vantagens: a não tributação nos bancos e a dedução na Fidelity.

Tudo isso ainda que as notas não fossem pagas.

5.7 Entendemos que a criteriosa escolha da nota promissória como ativo e a decisão de transferir como ágio o bônus por assinatura de contrato de prestação de serviços entre os bancos e a Fidelity Processadora levou as partes a praticarem atos como:

Documento nato-digital

- a formalização de notas promissórias que não precisam ser pagas, com características que a lei (LUG) proíbe justamente para que não ocorram negócios que geram prejuízos para terceiros e enriquecimento das partes com fundamento em títulos que não serão pagos como acontece neste caso,
- a criação de ativos que vão de um grupo a outro valendo R$118 milhões e que retornam valendo zero sem desfazer os prejuízos causados ao Estado,
- a formalização de uma aquisição de ativos financeiros como se fosse compra que não precisa ser paga, sem que existam os elementos de uma compra e venda,
- a integralização de capital lastreada em ativos inexistentes,
- a contratação de prestação de serviços com interposta pessoa,
- a formalização de uma novação de obrigações inexistente em conluio para a Fidelity provar que o ágio foi ou seria pago e para a Celta Holdings obter ganhos tributários de Pis e Cofins ao não reconhecer novas receitas.

Tais atos, realizados em conjunto para obter do Estado ganhos de 120 milhões de reais, não afastam a qualificação da multa, não são demonstração de boa fé. Pelo contrário, a formalização dos atos e o seu uso incompatível com os atos praticados constituem prova do dolo que guiou a realização de todos os negócios e da prática reiterada de atos ilícitos.

Em cada um desses atos existe um ilícito ou pelo menos uma cláusula modificativa do ato jurídico, que sempre são tratados como se as modificações não existissem. Esses pequenos "erros" de tratamento conduzem aos ganhos tributários perseguidos. Existe uma prática reiterada de tratar os negócios jurídicos de forma diferente do ato verdadeiramente realizado. Entendemos essa prática reiterada como dolosa.

O planejamento tributário exige conhecimentos especializados (...)

Todos os atos e negócios jurídicos (as fotografias) conduziriam a consequências negativas para as partes caso fossem realizados sem as cláusulas modificativas incluídas. Não podiam ceder crédito; não podiam utilizar notas promissórias de verdade, sem data de vencimento ou com data de vencimento factível; não podiam comprar com obrigação certa de pagar; não podiam receber as notas em devolução pelo valor de face; não podiam integralizar capital com títulos de crédito sem honrar o pagamento.

As partes tiveram perícia para antever todas as consequências negativas que os atos e negócios (as fotografias) trariam e, sem sucesso, criaram cláusulas modificativas na tentativa de contorná-las. Não tem sentido imaginar que não tiveram perícia para constatar nos negócios realizados a ilicitude dos ativos financeiros e dos contratos de termos comuns e individuais, e sobretudo a ilicitude do tratamento e contabilização que deram a esses atos e negócios jurídicos. O uso errado desses negócios não se deve à incompreensão dos atos e negócios jurídicos efetivamente praticados, mas à decisão de utilizá-los ainda que incorretamente com o objetivo de retirar 120 milhões de reais do Estado.

A seguir, divide seus fundamentos entre a) Lançamento relativo às Notas promissórias; b) Lançamento por Fundamento do Ágio e c) Lançamento por inexistência do Ágio.

Documento nato-digital

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, §1°, 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, §1° da Lei n° 9.430/96, c/c artigos 71, 72 e 73 da Lei n° 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 §2° do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, e não no inciso II (rentabilidade futura).*

Reforça que "*utilizar negócios nulos constituiu ação dolosa com o intuito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das circunstâncias materiais da obrigação tributária, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente quando da amortização do ágio (art. 71). A amortização de um ágio sem as características de dedutibilidade exigidas por lei constituiu ação dolosa que modificou as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, transformando despesas inexistentes e indedutíveis em despesas dedutíveis, que reduziram o montante do imposto devido (art. 72). A participação de diversas empresas em diversos*

Documento nato-digital

contratos, em benefício da Fidelity Processadora e da Celta Holdings, com utilização de simulação, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72, constituiu o ajuste doloso previsto no artigo 73 da Lei 4.502/64".

Por fim, no item "c" argumenta que houve a glosa 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.

Traz, na seqüência, os fundamentos do lançamento da multa isolada sobre as estimativas que deixaram de ser pagas.

Informa a formalização de representação fiscal para fins penais, em virtude da qualificação das multas, onde foram citados todos os que assinaram os contratos de investimento de 2006, de compra e venda de notas promissórias, bem como os contadores que avaliaram as empresas que detinham as notas promissórias.

E declara responsáveis solidários: Fidelity Serviços e Contact Center S.A., CNPJ n° 23.532.312/0001-41, empresa originada da cisão do sujeito passivo; Reginaldo de Souza Zero, CPF n° 045.050.268-68, diretor presidente no período fiscalizado e participante dos negócios que originaram o ágio; e Luiz Compagno Junior, CPF n° 048.791.068-01, diretor financeiro e diretor geral no período fiscalizado.

IMPUGNAÇÃO FIDELITY PROCESSADORA S.A (CONTRIBUINTE)

Não concordando com a lavratura dos autos, a contribuinte apresentou Impugnação, cujos termos são abaixo sintetizados.

Inicia com um breve resumo da ação fiscal levada a efeito.

Aborda, em preliminar, uma nulidade do lançamento, em razão de ausência de fundamentação e motivação apropriada, sob o argumento de que "*ao simplesmente se valer de suposto entendimento exarado nos autos de outro processo administrativo, a Autoridade Fiscal deixa de fundamentar propriamente o presente lançamento fiscal, uma vez que não analisa especificamente a alegada infração verificada no período fiscalizado, bem como sequer menciona qualquer fato concreto que tenha levado à ocorrência da suposta infração*". E complementa que "*não foi realizado qualquer juízo próprio de valor quanto às informações colhidas para a lavratura dos autos de infração, sendo que, claramente, a Autoridade Fiscal se limitou a mencionar a existência do procedimento fiscal anterior, transcrevendo quase a totalidade do relatório fiscal formalizado naqueles autos em busca de fundamentar o presente lançamento - o que, da mesma forma, não seria suficiente a justificar a lavratura dos autos de infração em foco*", razão pela qual o lançamento não preencheria os requisitos legais para sua validade, conforme dispostos no artigo 142 do CTN.

Na defesa do seu direito, a contribuinte expõe histórico dos fatos que levaram à constituição do ágio questionado pela autoridade autuante.

Documento nato-digital

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 (i) efetiva competição entre várias processadoras internacionais para figurar como sócio estratégico na operação que se estruturava, tais como a Certegy, a EDS, a First Data e a Total Systems, (ii) a retirada do Banco do Brasil e (iii) a desistência da Visanet de contratar os serviços da nova empresa, isso sem falar da fusão entre a FIS e a Certegy, Inc..

Entretanto, por *enfrentar tantos percalços, o desenrolar de meses de reuniões e negociações com diferentes candidatos a sócio estratégico no empreendimento e um cenário*

Documento nato-digital

onde, apesar de avançadas negociações com um dos candidatos (Certegy/Grupo Fidelity), não se tinha certeza se seria possível levar o negócio adiante, conforme anteriormente mencionado, os Bancos celebraram com a Celta Processadora 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 *"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 sua "capacidade de contratar"****, 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 um interessante expectativa de retorno financeiro por seus resultados futuros para os seus sócios (ou seja, não se tratava apenas de ganhos de escala para os Bancos)*".

A combinação dos ganhos de escala (agregada pelos Bancos e por sua controlada, a Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (a "CBSS")) com a tecnologia de ponta (trazida pelo Grupo Fidelity) permitiu à Impugnante assumir a condição de maior processadora de cartões da América Latina e atrair outros clientes, como o Banco PAN, Cencosud, Leadercard, Banco Mercantil do Brasil, Banco Itaú, Banco IBI, American Express, CREDZ, Cartão BRB, Cybersource, entre outros.

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 e o benefício fiscal como mera conseqüência.

(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: i) migração de clientes; ii) 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*

Documento nato-digital

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).***

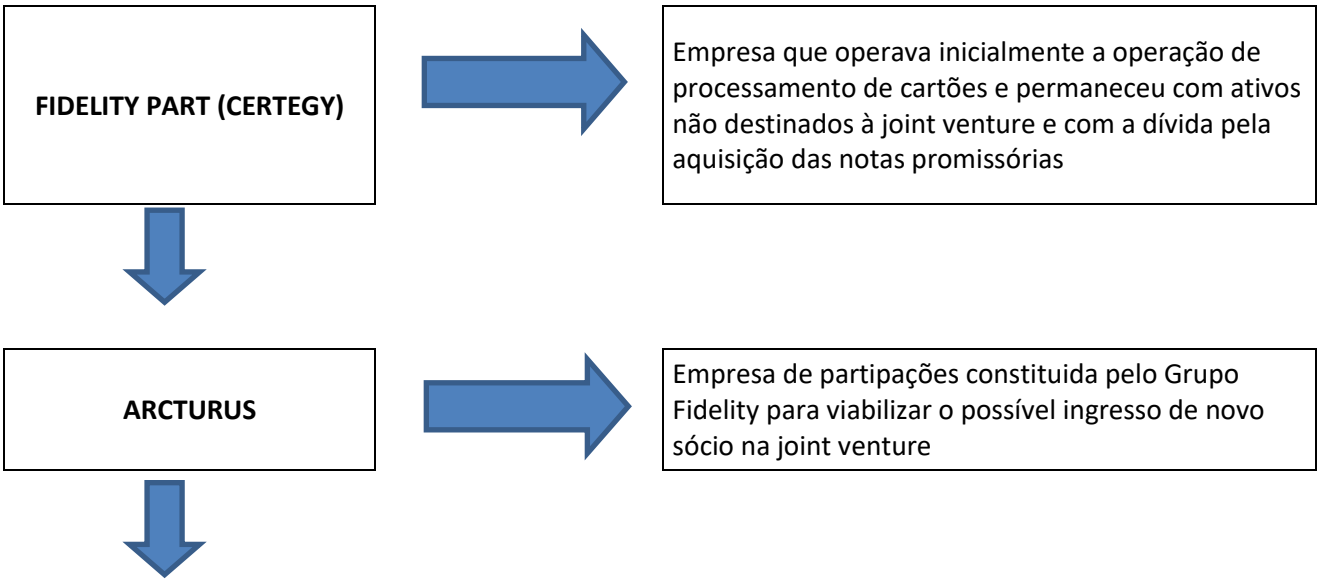
(iii) 31/03/2006 ***- Aquisição pela CERTEGY LTDA. (atual FIDELITY PARTICIPAÇÕES), empresa operativa de processamento de cartões no Brasil pertencente ao Grupo Fidelity, das 11 notas promissórias, para pagamento a prazo, conforme*** *Contrato de Compra e Venda.*

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.

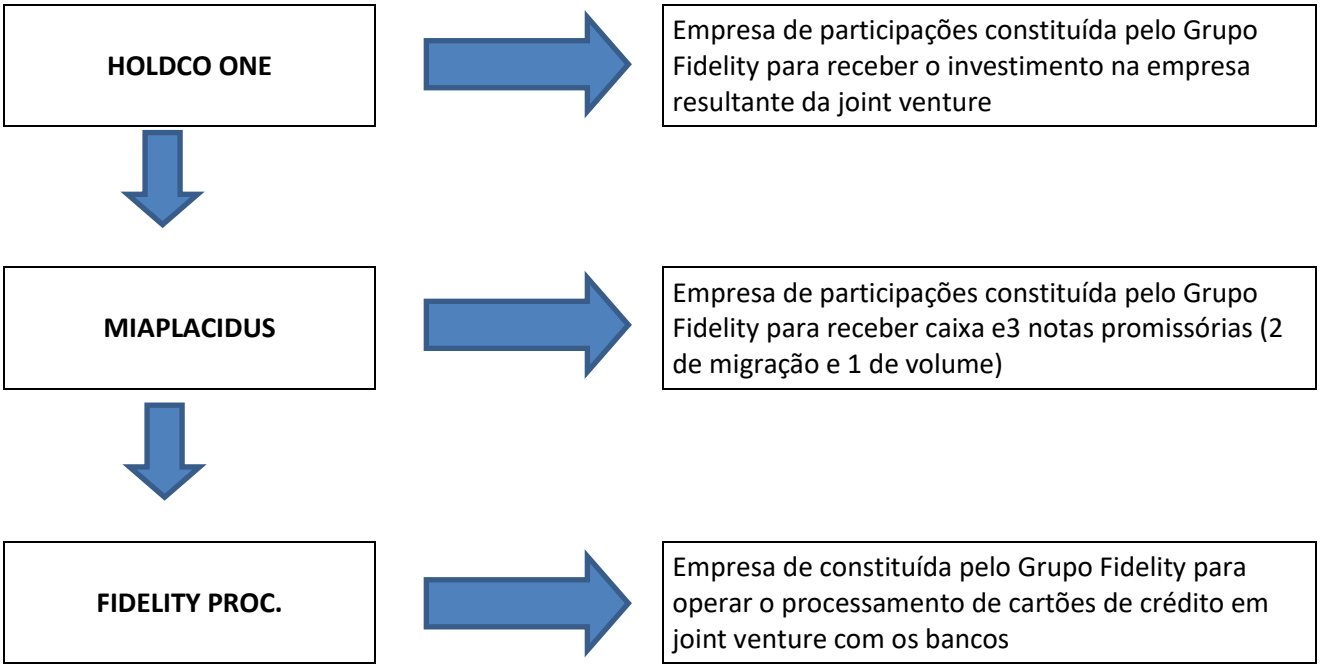
(iv) 2006 - Estrutura Societária Inicial: *Grupo Fidelity após reorganização societária. Nos preparativos da operação, além da organização das empresas abaixo, a Fidelity Participações foi parcialmente cindida com versão de parcela do seu patrimônio para as empresas Miaplacidus e Impugnante..*

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 bem como 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);



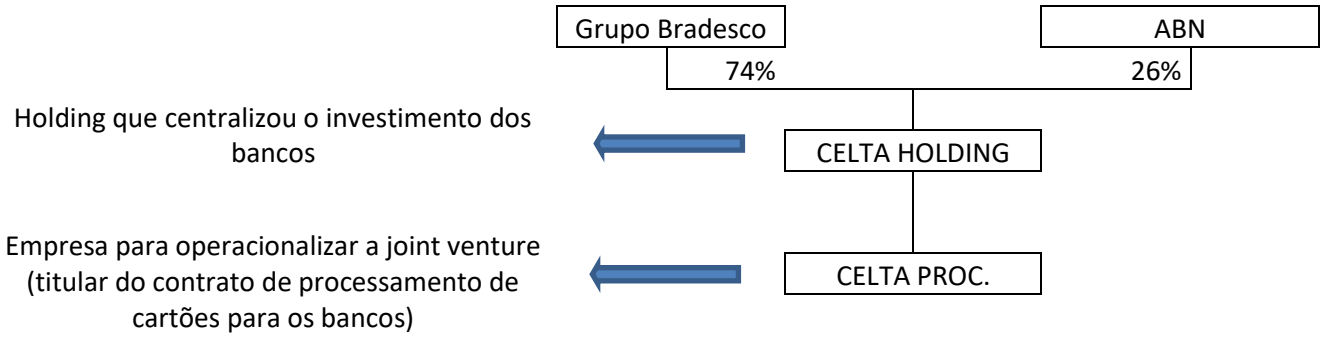
Documento nato-digital



Defende a contribuinte que as empresas Miaplacidus 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.

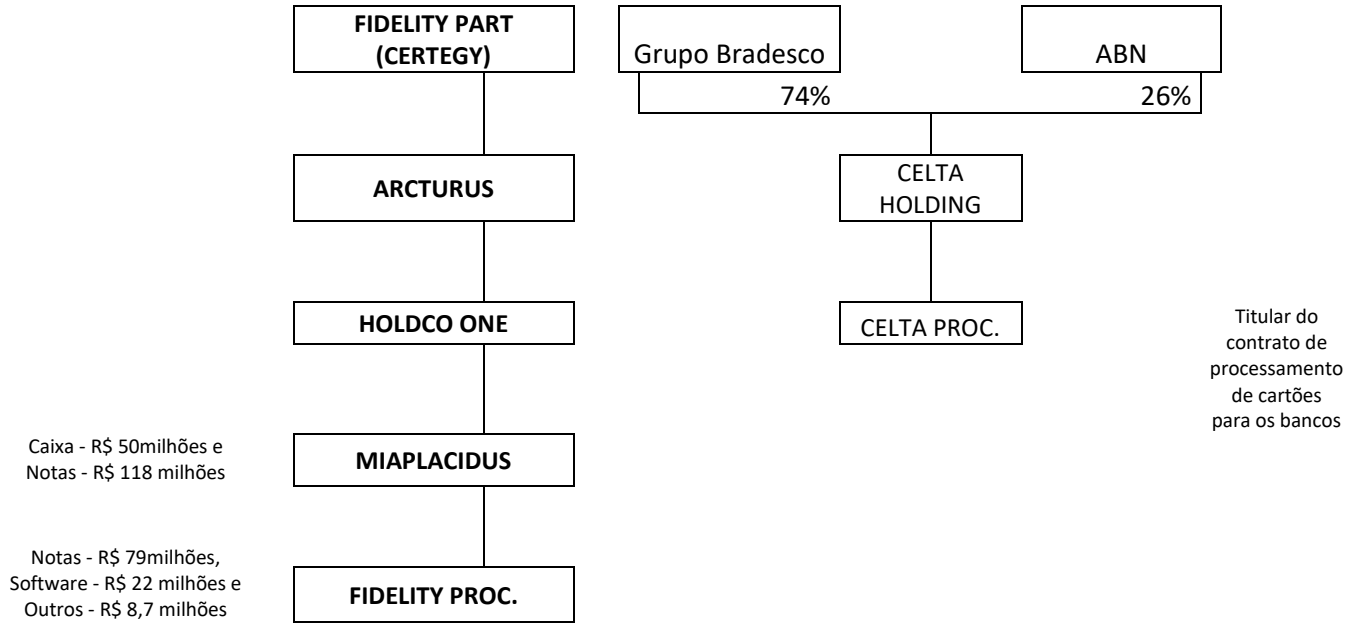
Na verdade, entende que a autoridade fiscal teria reconhecido o propósito da Fidelity Processadora como empresa de processamento de cartões.

(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:*

Documento nato-digital



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 Fidelity Participações 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 esta empresa, que possuía o sistema técnico para operacionalizar o processamento almejado pelos Bancos e o repassaria para a sua controlada, a Impugnante, 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.

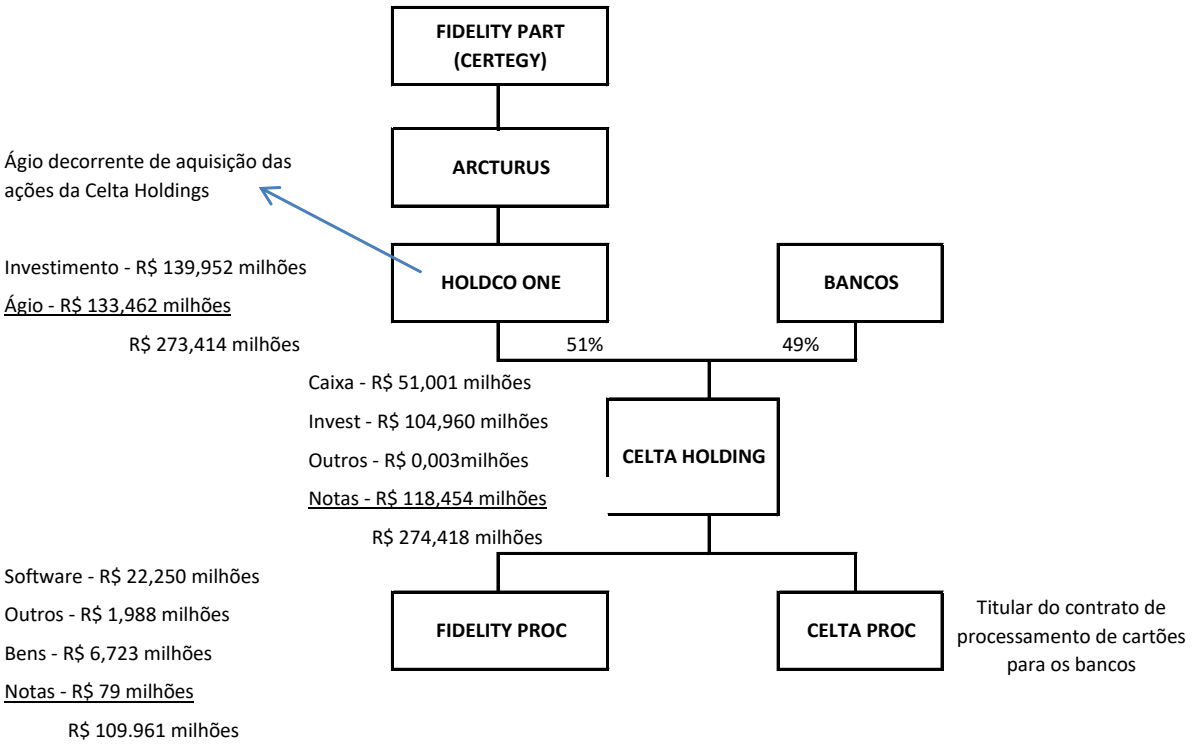
Segundo a contribuinte, *a Celta Processadora teve um propósito inicial de ser a empresa que exerceria a atividade de processamento de cartões e, posteriormente, com a estruturação da joint venture dos Bancos com o Grupo Fidelity, um propósito específico, que conforme delineado, foi o de segregar a contribuição 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.

Documento nato-digital

(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* ***(valor este que não foi objeto de aproveitamento fiscal)****.*

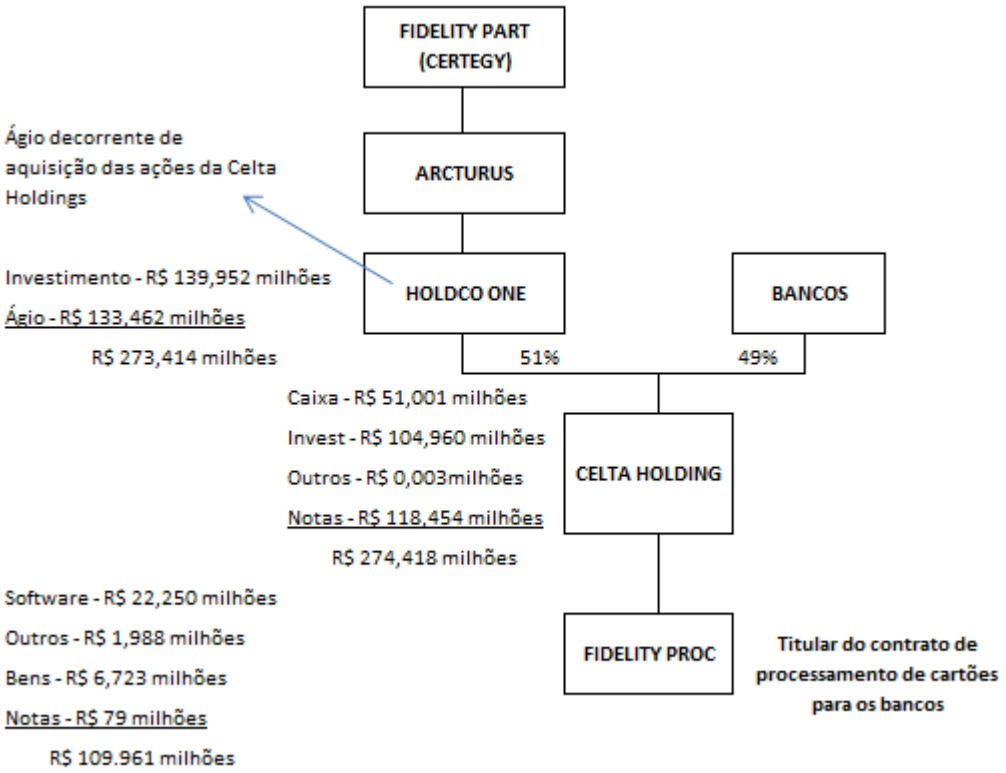


Informa a contribuinte que a escrituração do referido ágio estava lastreada por Laudo de Avaliação, não tendo sido questionada pela autoridade autuante.

(viii) 19/04/2006 *- 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.

Documento nato-digital



A contribuinte destaca que dois anos após a criação da *joint venture* esta se mostrava operacional, com parte do CTC já implementado. A saber: ***(i)*** *migração do portfólio 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 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.

Documento nato-digital

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 *- Impugnante 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 essa própria sociedade. Como consequência, houve a redução proporcional de 25,96% do valor do crédito decorrente das Notas Promissórias de Migração e de Volume detidas por essa sociedade.

(xiii) 03/11/2010 - Celebrado "Contrato de Associação". Como conseqüência 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.*

Na sequência, a contribuinte argumenta 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-se que o antigo investimento na Celta Holdings contemplava o valor das notas promissórias, pode-se até dizer que este ágio foi parcialmente afetado pelo registro contábil das notas promissórias.

Aduz ainda que:

Documento nato-digital

A Impugnante não pode ser responsabilizada pela suposta simulação destes ativos registrados nas sociedades envolvidas na reestruturação societária, sendo que as operações de aquisição que originaram o ágio aproveitado foram lastreadas por laudos de avaliação econômico-financeira que atestaram a validade desses ativos.

Deveras, em observância ao princípio da boa-fé, norteador dos contratos firmados nas relações privadas, não se pode desqualificar o ágio em apreço por se considerar que o registro contábil das notas promissórias, realizado em outra sociedade, era simulado, sendo que a Impugnante contabilizou o ágio com base em documentos hábeis e idôneos que atestavam a veracidade dos ativos que compuseram o patrimônio líquido destas empresas.

De forma suplementar, argumenta que o conteúdo de tais notas (de migração e volume) não poderia ter sido analisado sob a perspectiva da legislação brasileira, pois se trata de obrigações constituídas no exterior, e 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.

Começa a justificar a "Impossibilidade das Notas Promissórias emitidas pela Fidelity National Information Services (FIS) e do Contrato de Compra e Venda Firmado entre a Certegy Capital e a Fidelity Participações Serem Regidos pela Legislação Brasileira", pontuando que as referidas notas promissórias foram constituídas no Estado de Nova Iorque nos Estados Unidos da América ("EUA") pela FIS em favor da Certegy Capital, ambas empresas com sede naquele país. Assim, os títulos de crédito em questão são regidos, interpretados e executados de acordo com as disposições da legislação daquele país.

Além disso, como dito anteriormente, as Notas Promissórias de Migração e de Volume foram posteriormente alienadas por meio de um contrato de compra e venda celebrado no Estado da Flórida, também nos EUA, entre a Certegy Capital e a Fidelity Participações. Neste caso se constata que a obrigação também foi constituída nos EUA, motivo pelo qual não poderia o contrato mencionado no parágrafo anterior estar sujeito às disposições da legislação brasileira.

Por outro lado, defende que, apesar de estarem sujeitas à legislação daquele país, foram executadas no Brasil, razão pela qual se faz necessário verificar qual o tratamento que a legislação pátria prevê nesta hipótese. Assim, destaca o artigo 9° do Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro -"LINDB"), argumentando que da leitura do dispositivo legal citado, verifica-se que ***(i)*** para qualificar e reger as obrigações constituídas em Estado estrangeiro, **aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem;** ***(ii)*** determina-se o respeito à lei brasileira relativamente à **forma essencial** consagrada pela legislação pátria; e ***(iii)*** eventual forma essencial prevista no ordenamento jurídico brasileiro deve se dar **sem que se desprestigie o requisito extrínseco de constituição de obrigação no Estado estrangeiro.** Trazendo-se o disposto acima para o caso concreto, conclui-se que o Sr. Agente Fiscal não poderia, simplesmente, invalidar as referidas notas promissórias e tampouco o contrato de compra e venda sob o argumento de que elas não encontram respaldo na legislação vigente no

Documento nato-digital

Brasil, na medida em que nos dois casos tem-se obrigações constituídas no exterior, isto é, fora da competência do Fisco brasileiro.

Passa-se, então, para 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.*
>
> *Deveras, 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** previstos na legislação brasileira foram devidamente observados nas Notas Promissórias em análise (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, de Migração e de Volume, a FIS (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 há 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*

Documento nato-digital

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 IRPJJ, 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.

Pontua que:

o fato de o E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") ter determinado, nos autos do processo administrativo n° 19311.720728/2013-07, que a Celta Holdings deveria ter oferecido à tributação as receitas correspondentes às Notas Promissórias de Migração e de Volume acaba por corroborar que esses títulos deveriam ter sido contabilizados como ativos.

ao buscar exigir o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em face da Celta Holdings pelo recebimento de recursos financeiros atrelados a esses títulos, a Fiscalização confirma que benefícios econômicos fluíram desses bens àquela sociedade, o que, por si só, já é motivo para que eles tivessem sido contabilizados como ativos

Finaliza este tópico dizendo que, havendo norma autorizadora que permita à Impugnante realizar a operação de determinada maneira (mediante a emissão de notas promissórias), não é possível proibi-la de agir em conformidade com a legislação, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatórios, sob pena de se afrontar a liberdade contratual; a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes, que são verdadeiros princípios constitucionais.

Em análise ao contrato firmado entre a Certegy Capital e a Certegy Ltda, reforça ser uma obrigação constituída no exterior, motivo pelo qual seu conteúdo jamais poderia ter sido questionado pelo Fisco brasileiro, conforme determina o já mencionado art. 9° da LINDB.

Documento nato-digital

Alternativamente, busca demonstrar a inexistência das condições argüidas 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.

Ainda na defesa da validade das notas promissórias, de forma adicional, alega a contribuinte que:

> *as "condições" alegadas pelo Sr. Agente Fiscal referem-se* ***apenas e tão somente*** *ao pagamento / recebimento do Bônus, previsto no* ***Contrato de Investimento,*** *como parte do negócio de* joint venture, *enquanto as* ***notas promissórias,*** *originalmente adquiridas pela Certegy Ltda., foram apenas emitidas para viabilizar esse negócio e* ***não possuíam qualquer condição que afasteasse sua liquidez e certeza,*** *além de gozarem de autonomia e abstração.*
>
> *De fato, com relação ao* ***pagamento do Bônus,*** *o Contrato de Investimento previu* ***exclusivamente*** *que este somente deveria ocorrer caso os Bancos observassem as condições de migração e volume; e,* ***caso não ocorressem, deveriam ser devolvidas as Notas Promissórias de migração e volume para a Fidelity Participações*** *(como já destacado anteriormente), pelo fato de* ***não perderem sua cartularidade e legitimidade.***
>
> *Ora, a previsão de que a devolução das Notas Promissórias teria de ocorrer caso os Bancos não atingissem as condições de migração e volume apenas* ***corrobora*** *com o fato de que estes títulos de crédito são* ***válidos, autônomos*** *e* ***continuariam a existir*** *mesmo após eventual devolução à Certegy Capital,* ***e deveriam ser extintos mediante a quitação / pagamento por parte da FIS.***
>
> *Desta feita, considerando-se a validade do registro das Notas Promissórias de Migração e de Volume como* ***ativos,*** *não poderá essa C. Turma Julgadora acolher os entendimentos do Sr. Agente Fiscal no que tange à ilegitimidade do ágio em apreço*

Argumenta ainda que deveria haver a contabilização como ativos independentemente da qualificação como notas promissórias, o que levaria ao registro do ágio pela Holdco One no idêntico valor daquele efetivamente registrado pela companhia, ensejando que os efeitos contábeis e fiscais seriam os mesmos independentemente da forma como esses fossem registrados no ativo das pessoas jurídicas que os detiveram.

Para tanto, defende a incidência do "Pronunciamento CPC 00 (R1) - Estrutura Conceitual para laboração e Divulgação de Relatório Contábil Financeiro", em especial os itens “4.4” e “4.12”, cuja observância era obrigatória pelas sociedades envolvidas nas transações em análise, em decorrência do disposto no artigo 177 da Lei n° 6.404/76, concluindo:

> *Portanto, verifica-se que* ***as Notas Promissórias de Migração e de Volume, mesmo que pudessem ser consideradas condicionadas, o que, repise-se, é alegado apenas a título argumentativo, deveriam ter sido contabilizados como ativos pelas sociedades que as detiveram, porquanto, eram esperados benefícios econômicos pelo seu detentor, consistentes na substituição desses títulos por recursos financeiros em espécie.***

Documento nato-digital

Ao defender a efetiva venda das notas promissórias, afirma:

não há que se falar em comodato no presente caso, porquanto o contrato de compra e venda trata de obrigação constituída no exterior e, por isso, não está sujeito às disposições do Código Civil

mesmo que assim não fosse, o que se alega apenas para argumentar, não haveria que se falar em comodato no presente caso em razão da ***inexistência de qualquer condição suspensiva*** *no Contrato de Compra e Venda firmado entre a Certegy Ltda. e a Certegy Capital.*

o negócio jurídico ***não possuía qualquer cláusula estipulando condição*** *que necessitasse ser cumprida para que se efetuasse a* ***transferência da propriedade*** *das Notas Promissórias (tradição da coisa).*

o fato de as partes contratantes (Fidelity Participações e Certegy Capital) terem acordado, neste instrumento particular, que o pagamento do "Preço de Compra" poderia se dar mediante a ***cessão*** *das próprias Notas Promissórias à Certegy Capital,* ***não caracteriza comodato.***

a ***"forma de pagamento"*** *é cláusula corriqueira nos contratos de compra e venda e de comum acordo entre as partes contratantes. Nessa cláusula, haverá a exata* ***forma de extinção da obrigação*** *e a previsão acerca da quitação da dívida contratada (à vista, a prazo, em parcelas, em dinheiro, dação em pagamento, etc.).*

o ordenamento jurídico prevê diversas formas para a extinção de uma obrigação (quitação de uma dívida), ***e não somente o desembolso em dinheiro,*** *tal como faz crer o Sr. Agente Fiscal*

Pode-se dizer que, no presente caso, se a Certegy Ltda. não pagasse em dinheiro o valor das notas promissórias à Fidelity Participações, seria ela obrigada a quitar a dívida contraída por meio de uma forma de "dação em pagamento", o que ***não desqualifica o Contrato de Compra e Venda, nem caracteriza o comodato,*** *e,* ***obviamente, não afasta a liquidez e certeza das notas promissórias.***

No presente caso, as partes acordaram que as próprias Notas Promissórias poderiam ser ***"a coisa dada em pagamento da obrigação"*** *objeto do Contrato de Compra e Venda, em estrita observância do artigo 358, do Código Civil*

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

Documento nato-digital

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 FIS, canceladas e inutilizadas, mediante acordo de novo crédito repactuado, passando a ser U$ 21.841.800,00 somado ao valor de R$ 60.075.153,14, que estaria sendo 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, destaca que *no presente caso* ***não houve a redefinição do negócio****, conforme fez crer a Fiscalização. Mas somente a previsão de alterações necessárias para a adaptação do Contrato de Investimento à saída do ABN, sendo a principal delas a* ***repactuação dos créditos de forma mais conveniente às partes naquela época***.

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

> ***(i) Notas Promissórias de Migração e de Volume*** *(títulos de créditos líquidos e certos);*
> *- As Notas Promissórias de Migração e de Volume não continham qualquer tipo de condição para o seu pagamento e preenchiam todos os requisitos formais, o que evidencia sua idoneidade.*
> *- As Notas Promissórias de Migração e de Volume eram obrigações constituídas no exterior, motivo pelo qual eram regidas pela legislação do país onde foram emitidas, sendo possível aplicar a legislação brasileira apenas no caso de requisito formal essencial, nos termos do art. 9º da LINDB.*
> *- As Notas Promissórias foram emitidas para facilitar a circulação dos direitos creditórios líquidos e certos nelas estampados entre os associados.*

Documento nato-digital

- 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 de Migração e de Volume, a FIS 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.
- Mesmo que esses títulos fossem condicionados, o que se alega ad argumentandum, esses ainda assim deveriam ter sido registrados como ativos pelos seus detentores, nos termos do que dispõe o "Pronunciamento CPC 00 (R1)
– Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil Financeiro", porquanto, desses decorria a expectativa de futuro benefício econômico, o qual, inclusive, efetivamente se materializou.

***(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 de Migração e de Volume.
- 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 desse contrato, a Certegy Ltda. (atual Fidelity Participações) **se obrigou 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 de Migração e de Volume);*
- 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 de Migração e de Volume 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.

Documento nato-digital

- Como decorrência da novação do direito creditório, as Notas Promissórias de Migração e de Volume detidas pela Celta Holdings foram devolvidas para à FIS e canceladas.
- Novo crédito repactuado 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 de Migração e de Volume por novos créditos), o que caracteriza novação.

Nestes termos, defende que os ativos registrados pela Miaplacidus e pela Celta Holdings foram lastreados por títulos de crédito válidos e legítimos desde sua emissão, que correspondiam a verdadeiro direito creditório ao seu detentor.

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 Banco ABN da jonnt 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.*

Documento nato-digital

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, 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, defende que apenas uma parcela do ágio objeto de questionamento, correspondente a aproximadamente R$ 118 milhões, refere-se ao registro contábil desses ativos.

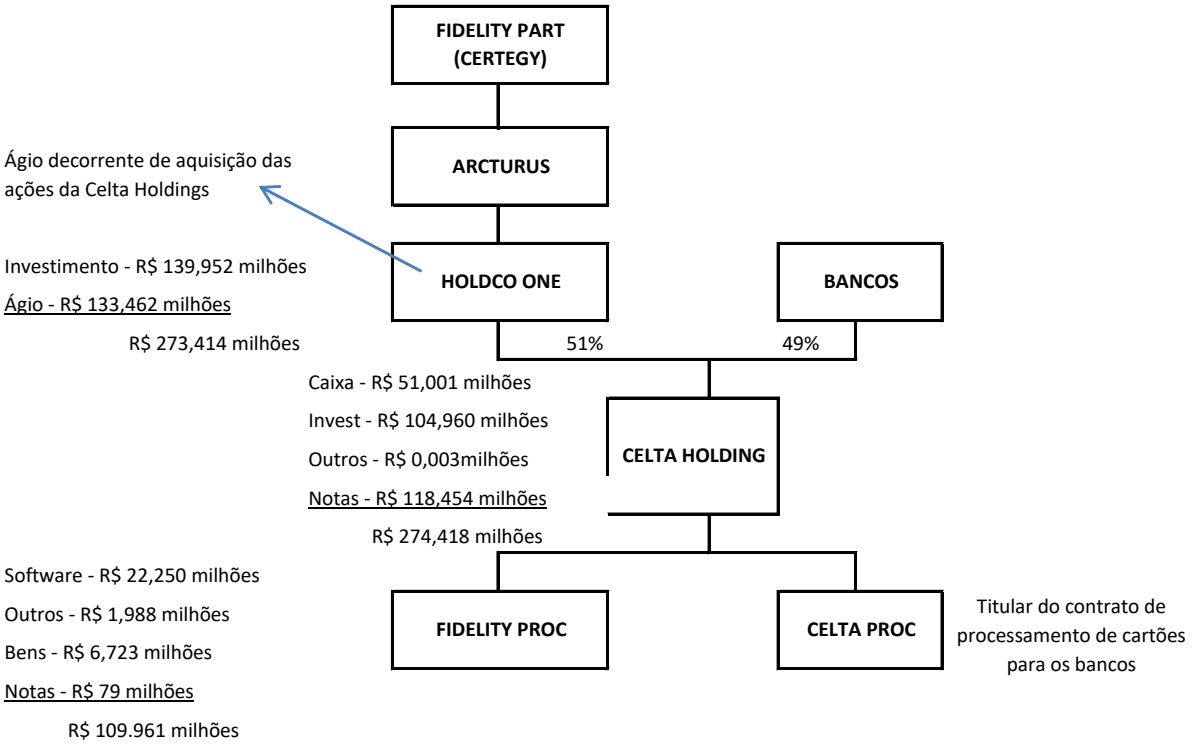
Reforça que o ágio no valor de **R$ 211 milhões** correspondente à diferença entre o custo de aquisição de R$ 267,746 milhões (registrado quando da aquisição das ações da Celta Holdings) e o valor de 51% do patrimônio líquido da Impugnante (R$ 56,446 milhões).

Assim, "*considerando-se que o montante de R$ 267,746 milhões a título de custo de aquisição contemplava o valor dos registros contábeis referentes às notas promissórias de migração e volume detidas pela Celta Holdings, pode-se dizer que somente a parcela de R$ 118 milhões refere-se aos mencionados títulos de crédito, enquanto o restante do valor é objeto de outros questionamentos fiscais, os quais, igualmente, não prosperam".*

Questiona também 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:

Documento nato-digital



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 n° 9249 de 1995 e do art. 44, § 1º da Lei n° 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 n° 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:

Documento nato-digital

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 7°, da Lei n° 6.404/96, verbis.

"Art. 7° 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 n° 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 possivel 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.

Após conceituar “ativos” e “benefícios econômicos futuros”, 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.

Documento nato-digital

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	
Presente	Presente
Patrimônio Líquido = 100	Patrimônio Líquido = 50
Investimento 100 x 51% = 51	Investimento 50 x 51% = 25,5
Troca de ações COM a análise da rentabilidade futura	
Futuro	Futuro
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 x 51% = 51	50 x 51% = 25,5
900 x 42% = 378	900 x 51% = 459

Sob o título "III.4 – Do Cumprimento dos Requisitos para Amortização do Ágio", busca a contribuinte contraditar as afirmações da fiscalização no sentido de que não há que se falar em amortização do ágio quando a investida incorpora a 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, §4° da Lei n° 6.404 de 1976, onde expressamente prevista a hipótese da incorporação da controladora por sua controlada, além de disposição do artigo 8º da Lei n° 9.532 de 1997, prevendo o mesmo tratamento em relação ao registro e amortização de ágio para estes casos.

Destaca que não existiu transferência do ágio, porque o registro contábil do ágio que estava contabilizado na Holdco One não foi transferido para outra sociedade (entenda-se como transferido a integralização de capital, por exemplo). O aproveitamento fiscal do ágio decorreu exclusivamente da incorporação reversa e da qualidade de sucessora da Fidelity Processadora.
No concernente à justificativa do ágio, defende que o verdadeiro **motivo** do pagamento do ágio aproveitado é, sim, a rentabilidade futura da participação societária adquirida (ações da Impugnante), a qual, desde a época das operações até os dias atuais, é empresa operacional e

Documento nato-digital

vem realizando a lucratividade prevista inicialmente como fundamento para o registro do ágio, tudo estaria demonstrado por laudo de avaliação elaborado por empresa de auditoria independente.

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 a Celta Processadora teve como propósito inicial exercer a atividade de processadora de cartões e, com a evolução das negociações com o Grupo Fidelity, o propósito específico de unir a contribuição de cada grupo (Bradesco e ABN) na associação, mediante sua incorporação pela Impugnante.

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 (atual Fidelity Participações) 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 jonnt venture, os Bancos se interessaram pelo Grupo Fidelity.*

Documento nato-digital

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

Contudo, ao efetuar a due diligence na Fidelity Participações, 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 Fidelity Participações, receberam os ativos de forma segregada a serem incorporados à joint venture (ativos operacionais, caixa e notaspromissórias).

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 foram constituídas 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*.

No caso de restar procedente parte da 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.

Defende ainda que a desconsideração da operação realizada pela Impugnante, bem como das notas promissórias emitidas e dos contratos firmados entre as partes envolvidas corresponderia a uma indevida aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN que, além de não ter servido de fundamento à autuação fiscal, não poderia ser invocado em razão da ausência de regulamentação por meio de lei ordinária.

Argumenta inexistir previsão legal para adição à base de cálculo da CSLL da amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização, por ausência de previsão legal, apresentando acórdãos do CARF e CSRF no mesmo sentido.

Passa a questionar a aplicação da multa "agravada", afirmando, inicialmente, que a possibilidade de qualificação da multa de ofício no caso em foco já foi afastada pelo E. CARF, quando do julgamento do processo administrativo n° 19311.720193/2014-47, cujos fundamentos, como reconhecido no TVF, foram simplesmente transcritos nestes autos, a fim de

Documento nato-digital

justificar o presente lançamento, portanto, se ao analisar os mesmos fundamentos que permeiam o presente lançamento fiscal, o E. CARF já decidiu, conforme acórdão n° 1401-002.340, pela improcedência de multa qualificada, de rigor que não pode prosperar a referida penalidade aplicada nos presentes autos, porquanto decorrem estritamente da mesma situação fática.

Defende ainda que, embora a Autoridade Fiscal tenha apresentado novas justificativas à aplicação da multa qualificada, de rigor sequer poderiam ser aduzidas pela Autoridade Fiscal**,** sob pena de se incorrer em flagrante inovação dos critérios jurídicos estabelecidos, em violação ao artigo 146 do Código Tributário Nacional.

A despeito do argumento retro, passa a expor 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.

Passa a descrever acerca do instituto da simulação, defendendo que esta não se presume e não se prova por meio de indícios, ela deve ser efetivamente comprovada, o que não teria ocorrido nos autos. Contradiz os argumentos da autoridade fiscal, para demonstrar a inocorrência de simulação no caso.

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.

Defende ainda que a multa de ofício qualificada tem nítido caráter confiscatório, não devendo prevalecer, conforme entendimento do plenário do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de Repercussão Geral, no sentido de que as multas que superam o percentual de 100% do valor do tributo são confiscatórias e, consequentemente, inconstitucionais.

Contesta em seguida a aplicabilidade da multa isolada, alegando que esta somente pode ser exigida antes do término do exercício fiscal. Cita decisões do CARF que, em seu entender, corroboraria seu posicionamento. Complementa ser incabível a exigência de multa isolada cumulada com a Multa de Ofício, por consistir em duplicidade de Cobrança, citando jurisprudência judicial e a Súmula CARF nº 105.

Por fim, defende, caso haja decisão pela manutenção do lançamento pelo voto de qualidade, isto é, por meio de julgamento em que haverá empate de votos, é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração, razão pela qual não será possível manter a exigência quanto às multas isolada e de ofício, aplicadas nos presentes autos,
nos termos do artigo 112 do CTN.

IMPUGNAÇÃO REGINALDO DE SOUZA ZERO (RESP. SOLIDÁRIO)

Documento nato-digital

O responsável solidário Reginaldo impugnou o lançamento defendendo, resumidamente, os seguintes tópicos:

II - DAS PRELIMINARES

II. 1 - Da Impossibilidade de Alteração do Critério Jurídico para Fatos Geradores Pretéritos - Art. 146 do CTN

a Autoridade Fiscal reconhece que existem outros autos de infração lavrados para cobrança do suposto crédito tributario devido em razão da dedução indevida de despesas com amortização do ágio objeto do presente processo, ou seja, exigências relativas aos mesmos fatos analisados no presente processo administrativo.

o Impugnante informa que nos autos de infração que deram origem ao Processo Administrativo n° 19311.720193/2014-47, relativos aos anos-base 2010 a 2012, não houve a indicação de supostos responsáveis tributários pelo crédito tributário. Ou seja, em autuação pretérita que partiu da mesma realidade fática que a presente, a Fiscalização não verificou motivos para a atribuição de responsabilidade tributária a qualquer pessoa jurídica ou física, que dirá ao Impugnante.

Nota-se, assim, que as mesmas operações foram avaliadas pela Fiscalização em diferentes momentos, tendo-se chegado a diferentes conclusões sobre a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

é defeso à Autoridade Administrativa alterar os critérios jurídicos consubstanciados nos lançamentos de ofício, para um mesmo sujeito passivo, com relação a fatos geradores já ocorridos, nos estritos termos do que dispõe o artigo 146 do Código Tributário Nacional. a alteração do posicionamento jurídico da Autoridade Fiscal deve abarcar somente fatos geradores posteriores ao novo entendimento!

II.2 - Da Falta de Motivação da Responsabilidade Tributária Atribuída ao Impugnante

No Termo de Verificação Fiscal, o Sr. Agente Fiscal declara o Impugnante como responsável solidário, sob o argumento de que ele era "diretor presidente no período fiscalizado e participante dos negócios que originaram o ágio'.

no Demonstrativo de Responsáveis Tributários, o Sr. Agente Fiscal aduziu que a responsabilidade solidária seria imputada ao Impugnante, com base no artigo 135 do CTN, em razão de ter sido Diretor Presidente da Fidelity Processadora à época dos contratos, bem como durante o período fiscalizado até 02/03/20157.

Acrescentou, ainda, que o Impugnante (i) teria assinado o Contrato de Investimento, em nome de Arcturus S.A., Holdco One S.A. ("Holdco One"), Miaplacidus S.A., Certegy Processadora e Serviços S.A. e Certegy Ltda., e o Contrato de Associação, em nome da Fidelity Participações e Serviços Ltda. e da Fidelity Processadora, bem como (ii) era supostamente responsável pela
contabilidade e apuração de tributos.

Documento nato-digital

Ocorre que, conforme se pode observar das alegações apresentadas pela Fiscalização, não houve a indicação de atos supostamente praticados pelo Impugnante que se enquadrariam nas disposições contidas no artigo 135 do CTN, a saber, "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".

Tampouco há a menção acerca de qual hipótese o Impugnante teria sido supostamente enquadrado, isto é, se teria praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei ou não observância do contrato social ou estatuto.

III - DO DIREITO

III. 1 - Das Razões Expostas pela Fidelity Processadora S.A. em sua Impugnação

Conforme demonstrado na Impugnação apresentada pela Fidelity Processadora, cujos termos são integralmente ratificados na presente defesa, a cobrança pretendida no presente processo é indevida.

III.2 - Inexistência de Responsabilidade Tributária do Impugnante (Artigo 135 do CTN)

A redação do caput *do artigo 135 do CTN é cristalina ao estabelecer que a responsabilidade das pessoas indicadas nos seus incisos é pessoal Isso significa dizer que a finalidade do dispositivo legal em estudo é a proteção da pessoa jurídica em face de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por indivíduos a ela ligados, uma vez que eles serão obrigados a adimplir, com o seu próprio patrimônio, os créditos tributários decorrentes de tais atos.*

Por conseguinte, em respeito à finalidade teleológica da norma veiculada no mencionado artigo 135 do CTN, não se pode admitir o paradoxo de se tributar, concomitantemente, os responsáveis pessoais e a pessoa jurídica a eles relacionada.

Destarte, em sentido metafórico, no presente caso a Autoridade Fiscal procurou atingir dois alvos com apenas uma tentativa, o que não deve ser admitido por essa C. Turma Julgadora. Deveras, ou o lançamento fiscal deveria ter sido formalizado em face da Fidelity Processadora ou daquele que entende ser responsável tributário. Jamais de ambos, como ocorreu no presente caso.

III.2.2 - Da Falta de Comprovação de Intuito Doloso - Impossibilidade de Aplicação do Artigo 135 do CTN

a Fiscalização não demonstrou no Termo de Responsabilidade Tributária ou no Relatório Fiscal os atos praticados com dolo pelo Impugnante, elemento indispensável para a aplicação da responsabilidade solidária prevista no artigo 135 do CTN.

a Fiscalização se olvidou de traçar qualquer comentário a respeito do elemento dolo na atuação do Impugnante, para a caracterização da responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135 do CTN.

Documento nato-digital

Inclusive, no trecho do TVF que trata dos responsáveis solidários a palavra "dolo" sequer é mencionada. No Demonstrativo de Responsáveis Solidários também não há referida menção
não há a menção e tampouco a demonstração de que o "ato de assinar determinados contratos", *em estrita observância aos poderes que lhe foram outorgados por referidas empresas, e o fato de* "ser Diretor Presidente" *configuram práticas de condutas dolosas pelo Impugnante.*

E mais, sequer há qualquer demonstração de que o Impugnante era, de alguma forma, responsável pela contabilidade ou apuração de tributos da Fidelity Processadora. Muito menos demonstração de dolo no exercício de tal atividade.

III. 2.3 - Da não Ocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou Infração de Lei, Contrato Social ou Estatutos

não houve sequer a menção por parte da Autoridade Administrativa se a aplicação do artigo 135 do CTN se balizou na prática de supostas condutas com "excesso de poderes" ou por "infração de lei" ou, ainda, por "infração de contrato social ou estatutos".

No presente caso, a impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária ao Impugnante se demonstra ainda mais evidente na medida em que o Impugnante não foi Diretor Presidente da Fidelity Processadora durante todo o período objeto da autuação fiscal ora combatida (Anos-base 2013 a 2015) Como se observa da Ata da Reunião do Conselho de Administração da Fidelity Processadora, realizada em 29/12/2014, foi consignada, naquela oportunidade, a
renúncia do Impugnante ao cargo de Diretor Presidente da Fidelity Processadora, nos termos da Carta de Renúncia apresentada em 23/12/14 (vide *Doc. 03).*

o Sr. Agente Fiscal também mencionou que o Impugnante teria assinado o "Contrato de Investimento em nome de Arcturus, Holdco One, Miaplacidus, Certegy Processadora e Serviços e Certegy Ltda. - atuais Fidelity Processadora e Fidelity Participações" e " o Contrato de Associação em nome de Fidelity Participações e Fidelity Processadora" *(Fl. 2.741 dos autos).*

Entretanto, não é possível alegar, tal como pretendido pelo Sr. Agente Fiscal, que tais condutas praticadas pelo Impugnante seriam suficientes para aplicação do artigo 135 do CTN em face do Impugnante.

Isto porque, em primeiro lugar, referidos atos não foram sequer praticados em nome da Fidelity Processadora, suposta devedora principal dos autos de infração ora combatidos, mas, sim, de outras empresas envolvidas nas operações questionadas no presente processo.

Não há que se falar, portanto, que o Impugnante deveria ser responsável solidário dos supostos créditos tributários exigidos no caso em apreço por conta de atos realizados em nome de outras empresas e não da devedora principal.

Documento nato-digital

Segundo porque, ainda que eventualmente pudessem ser considerados para fins de atribuição de responsabilidade tributária, o que se admite a título de argumento, fato é que o Fiscal não demonstrou em que medida o Impugnante teria agido com "excesso de poderes" neste caso. Pelo contrário, o Impugnante sempre agiu com diligência, observando os exatos limites dos poderes que lhe foram outorgados para o exercício do cargo de diretor presidente.

Por esse motivo, também não há que se falar que houve "infração de lei" ou "infração ao contrato social ou estatutos", uma vez que a atuação do Impugnante sempre foi de acordo com as atribuições e funções previstas nos contratos sociais e estatutos daquelas empresas, em estrita observância da legislação de regência.

Não há um só trecho do TVF ou do Demonstrativo de Responsáveis Tributários que prove o contrário.

cumpre mencionar que a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") no Parecer CAT n° 55/2009 destaca que a mera condição de administrador não é suficiente para a atribuição de responsabilidade tributária, sendo necessário a comprovação da prática do ato ilícito por parte do terceiro

III.3 - Do Princípio da Pessoalidade da Pena

em linha com os preceitos constitucionais que regem o direito brasileiro, nenhuma penalidade deverá ser transferida da pessoa do condenado.

mesmo que o crédito tributário em questão fosse devido e passível de ser exigido do Impugnante na qualidade de terceiro responsável, o que se alega apenas para argumentar, deve-se, ao menos, ser afastada a multa indevidamente imposta ao Impugnante.

III.4 - Da Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada - Ausência de Fraude, Sonegação ou Conluio

III.5* – Ad Argumentandum — *Da Vedação ao Confisco

III.6 - Da Impossibilidade de Exigência de Multa no Caso de Dúvida - Aplicação do Artigo 112 do CTN

Nestes tópicos III.4, III.5 e III.6, repete em essência, os mesmos fundamentos já demonstrados na impugnação da contribuinte.

IMPUGNAÇÃO LUIZ COMPAGNO JUNIOR (RESP. SOLIDÁRIO)

Por sua vez, o responsável solidário Reginaldo também apresenta impugnação ao lançamento, por intermédio dos mesmos procuradores, defendendo os mesmos itens expostos na impugnação do responsável Reginaldo, com adequações pontuais já que sua responsabilidade foi fundamentada pela autoridade fiscal apenas por exercer a diretoria financeira e geral, tendo como atribuição a área de contabilidade e apuração de tributos.

Documento nato-digital

IMPUGNAÇÃO FIDELITY SERVIÇOS CONTACT CENTER S. A. (RESP. SOLIDÁRIO)

Da impugnação da responsável solidária Fidelity Serviços, se extrai:

II - DO DIREITO

II. 1 - Das Razões Expostas pela Fidelity Processadora S.A. em sua Impugnação

Conforme demonstrado na Impugnação apresentada pela Fidelity Processadora, cujos termos são integralmente ratificados na presente defesa, a cobrança pretendida no presente processo é indevida.

II.2 - Da Não Caracterização da Responsabilidade Tributária em Razão da Cisão Parcial

II.2.1 - Da Responsabilidade Tributária na Cisão - Da Inaplicabilidade do Artigo 132 do CTN

abordar-se-á, inicialmente, as características principais do instituto da cisão e eventuais possibilidades de responsabilização tributária.

De início, o artigo 129 estabelece a extensão da responsabilidade tributária dos sucessores, a qual, inclusive, pode atingir fatos geradores ocorridos antes da sucessão, ainda que objeto de posterior lançamento

Posteriormente, o artigo 132 do CTN trata especificamente da responsabilidade tributária em caso de sucessão da pessoa jurídica. Acontece que, contudo, referido artigo não menciona expressamente a sua aplicabilidade nos casos de cisão de pessoas jurídicas

Em outras palavras, o artigo 132 do CTN contém previsão exclusiva para os casos em que a operação ocorrida na empresa (fusão, transformação ou incorporação) resulta na extinção desta.

II.2.2 - Da Inobservância do Parágrafo Único do Artigo 233 da Lei 6.404/76

constata-se que o artigo 233 da Lei das Sociedades Anônimas e o artigo 5° do Decreto 1.598/77 tratam conjuntamente da responsabilidade nos casos de cisão parcial.
Ocorre que o mesmo artigo 233 da Lei n° 6.404/76, em seu parágrafo único, estabelece que (...)
(...) as sociedades envolvidas na cisão podem estipular as responsabilidades de cada uma delas nos atos relacionados à cisão parcial, afastando-se, inclusive, a responsabilidade solidária.

Documento nato-digital

o protocolo de justificação da cisão parcial da Fidelity Processadora deixa explícita a segregação dos ativos e das repercussões decorrentes destes a cargo de cada parcela cindida.

É o que se observa da Cláusula 15 do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Fidelity Processadora e Serviços S.A. (antiga denominação social da Fidelity Processadora) com Incorporação da Parcela Cindida pela Fidelity Serviços e Contact Center S.A., ora Impugnante (vide Doc. *03)*

Nem se poderia alegar, ainda, que a deliberação adotada entre as partes no ato de cisão, nos termos do parágrafo único do artigo 233 da Lei n° 6.404/76, não seria oponível ao Fisco, em vista do artigo 123 do Código Tributário Nacional.

Isto porque a redação do artigo 123 do CTN evidencia que a convenção entre particulares não é oponível ao Fisco, salvo nos casos em que há disposição de lei em contrário

Como demonstrado anteriormente, a deliberação adotada em ato de cisão quanto às responsabilidades de cada uma das sociedades envolvidas na cisão encontra disposição expressa em lei, qual seja o parágrafo único do artigo 233 da Lei das Sociedades Anônimas.

Ou seja, em linha com os artigos 123 do CTN e 233 da Lei n° 6.404/76, o previsto no ato de cisão parcial (no tocante às responsabilidades) deve ser observado pela Fiscalização, sob pena de ofensa ao princípio da vinculabilidade da tributação, corolário do princípio da legalidade.

Ad argumentandum, *ainda que não se entenda pela possibilidade de aplicação do parágrafo único do artigo 233 da Lei n° 6.404/76, requer-se a essa C. Turma Julgadora que, ao menos, seja observada a proporção da parcela cindida e incorporada pela Impugnante para fins imposição da responsabilidade tributária no presente caso.*

*a atribuição da responsabilidade solidária pela totalidade do débito tributário é nitidamente desproporcional, na medida em que a Impugnante incorporou tão somente a parcela cindida, que era equivalente à menos de 9% do patrimônio da Fidelitv Processadora à época dos fatos, tal como se observa do Laudo de Avaliação pelo Valor Contábil do Patrimônio Líquido, na data base de 30 de novembro de 2015 (*vide Doc. *03)*

Neste sentido, vale destacar a palavra "parcela" do artigo 5o do Decreto-lei n° 1.598

II.3 - Da Impossibilidade de Exigência das Multas na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Cisão Parcial - Do Princípio da Pessoalidade da Pena

o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão. Com relação às multas, deve-se averiguar o momento em que tal penalidade foi constituída, para então atribuir-se ou não a responsabilidade ao sucessor (no caso, supostamente, a Impugnante).

Documento nato-digital

Isto porque a multa fiscal somente será transferida ao sucessor se ela tiver sido lançada antes do ato sucessório (hipótese essa em que a multa já integra o passivo da empresa sucedida), o que não ocorreu no presente caso.

No caso em análise, os autos de infração ora combatidos, por meio dos quais foram lançados os supostos créditos tributários (composto pelo valor do principal, juros de mora, multa agravada e multa isolada), foram lavrados em 13/09/2018, enquanto a cisão parcial da Fidelity Processadora, seguida da incorporação da parcela cindida pela Impugnante ocorreu em 04/01/2016, ou seja, mais de dois anos antes.

Além disso, vale ressaltar que, em linha com os preceitos constitucionais que regem o direito brasileiro, nenhuma penalidade deverá ser transferida da pessoa do condenado

II.4 - Da Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada - Ausência de Fraude, Sonegação ou Conluio

II.5* – Ad Argumentandum — *Da Vedação ao Confisco

II.6 - Da Impossibilidade de Exigência de Multa no Caso de Dúvida – Aplicação do Artigo 112 do CTN

Nestes tópicos II.4, II.5 e II.6, repete em essência, os mesmos fundamentos já demonstrados na impugnação da contribuinte.

As citadas impugnações foram analisadas pela DRJ que em síntese:

Quanto às nulidades pleiteadas pelas Recorrentes, a DRJ considerou que não foram atingidos os critérios do artigo arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, in verbis:

"Art. 59. São nulos:
I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.
(...)
Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio."

Considerando que não houve ofensa aos dispositivos retro, que a autuação fiscal está devidamente fundamentada, descreve adequadamente os fatos ensejadores do lançamento, cumprindo plenamento as disposições do art. 142 do CTN e dos arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235/1972, não deve ser acolhida a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito a DRJ pontua que, para chegar à situação desde o início buscada, foram utilizadas diversas artimanhas e operações desprovidas de qualquer propósito negocial, visando exclusivamente a economia tributária.

Documento nato-digital

Com as operações citadas, a empresa Holdco pôde registrar ágio no valor de R$ 211 milhões, cabendo às empresas dos Grupos Bradesco e ABN a expectativa quanto ao recebimento do bônus sem a incidência de qualquer tributo, além de participação na Fidelity Processadora (49%).

De todo o exposto, é possível perceber que o ágio formado na escrituração da empresa Holdco One, relativo ao investimento na empresa Fidelity Processadora, não atendia aos pressupostos de dedutibilidade constantes da legislação.

Não há que se falar, no presente caso, de expectativa de rentabilidade futura. O que fundamentou a geração do ágio foram operações simuladas, baseadas em contrato prévio de prestação de serviços firmado com pessoas interpostas (Celta Processadora, Holdco One e Miaplacidus), com o único objetivo de repassar os referidos contratos, gerando economias tributárias.

Ora, caso o contrato fosse firmado diretamente com a empresa Certegy Ltda, posteriormente sucedida pela Fidelity Processadora na avença, futura aquisição das ações desta última pelos Bancos geraria ágio. Porém, este não se enquadraria na hipótese de dedutibilidade apresentada na Lei.

Caso optassem pela aquisição anterior à assinatura do contrato, sequer ágio seria gerado, tendo em vista que a avaliação das ações da Fidelity acima do valor contábil tem por base a prestação dos serviços aos Bancos e seus clientes.

Tais empresas (Holdco One e Miaplacidus), assim como a Celta Processadora, figuram como meros instrumentos para a transposição de patrimônio, verdadeiras empresas-veículo, permitindo que todo o planejamento seja posto em prática, culminando nas economias tributárias pretendidas.

Diante do exposto a DRJ elaborou a seguinte ementa:

> *"OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. SIMULAÇÃO. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.*
> *As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir causa negocial real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica, e decorrer de atos efetivamente existentes, e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil. Desse modo, há simulação quando os atos negociais são realizados com finalidade não correspondente exatamente a sua causa legítima. Confirmada a simulação dos atos negociais que possibilitaram o aparecimento do ágio amortizável, é cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes da amortização do ágio.*
>
> *OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.*
> *Nas operações estruturadas em seqüência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a*

Documento nato-digital

legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. DESCUMPRIMENTO
A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99. 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."

Com relação à multa qualificada a DRJ manteve a cobrança e elaborou a seguinte ementa:

"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 casuístico pelo CARF e, mesmo nesta casuística, casos similares obtêm soluções dispares. 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 autoridades fazendárias."

Por sua vez, quanto à multa isolada, a DRJ afirma que para os fatos geradores ocorridos a partir de 22/1/2007, quando ocorreu alteração da lei 9430/96, afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal. Assim, julgou pela procedência da cobrança

Com relação à responsabilidade tributária imputada ao diretor LUIZ COMPAGNO JUNIOR a DRJ julgou procedente a impugnação pois não foi indicado o ato cometido ou omisso que tenha participado dos negócios que elaboraram o ágio.

Por sua vez, a DRJ manteve a responsabilidade para o administrador REGINALDO DE SOUZA ZERO, pois na situação em análise, em decorrência de ser evidente que apenas o administrador do contribuinte deteria poderes para determinar a prática dos atos afetos ao planejamento tributário abusivo objeto da autuação. De todo modo, conclui a DRJ, que haveria, no mínimo, culpa do diretor partícipe de todo um contexto de atos artificiais demonstrados, visando uma roupagem consistente em uma reorganização societária cujo objetivo ilícito foi se adequar, simuladamente, ao contexto que permitiria se chegar ao benefício almejado, qual seja a milionária economia tributária.

Documento nato-digital

Por fim, a DRJ também manteve a responsabilidade para a Fidelity Serviços e Contact Center S.A., pois esta incorporou parcela do patrimônio da empresa autuada. Como fundamentação, a DRJ citou o artigo 5º. Do Decreto-Lei nº. 1.598/77:

> *"Art 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas:*
> *(...)*
> *III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida; (...)*
> *§ 1º - **Respondem solidariamente pelos tributos da pessoa jurídica**:*
> *a) as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão;*
> ***b) a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial**;"* (g.n.)

Inconformado com a referida decisão, a Recorrente protocolou Recurso Voluntário que em síntese traz os mesmos argumentos apresentados na impugnação.

Ressalte-se que a Recorrente reitera que as notas promissórias consistiram em títulos de crédito legítimos e idôneos que observaram todos os requisitos previstos na legislação de regência, motivo pelo qual não podem ser considerados "simulados" e não representativos de ativos passíveis de registro contábil. Ademais, reitera que as referidas notas estão em conformidade com a legislação brasileira e todos os requisitos essenciais formais foram devidamente observados nas Notas Promissórias em análise (assinatura do devedor, valor, prazo, etc.) e não foram objeto de questionamento fiscal, o que, por si só, corrobora a idoneidade dos títulos.

A Recorrente afirma que é interessante notar que, mesmo que esses títulos não pudessem ser qualificados como notas promissórias, por, supostamente, veicularem obrigações condicionadas, ainda assim a argumentação da Autoridade Fiscal não prevaleceria. Isso porque mesmo nesse cenário hipotético, no qual os aludidos títulos não seriam notas promissórias, esses ainda assim deveriam ter sido contabilizados como ativos das sociedades que os detiveram, o que levaria ao registro do ágio pela Holdco One no idêntico valor daquele efetivamente registrado pela companhia.

Continuando o ponto das notas promissórias, a Recorrente afirma que as notas promissórias foram efetivamente vendidas e não prestadas em comodato. Em outros termos, verifica-se que o Contrato de Compra e Venda se tornou perfeito desde sua assinatura, com a devida transferência de propriedade do objeto adquirido naquele momento (títulos de crédito) e surtiu efeitos independentemente da realização de qualquer condição.

A Recorrente explica que a novação ocorreu em virtude da saída do Santander (sucessor do ABN). Em razão disso, as ações detidas pelo Santander na Celta Holdings foram adquiridas pela própria Celta Holdings pelo valor total de R$ 1,00 (um Real), enquanto o Bradesco passou a ser o único titular de 100% do capital social desta sociedade. Em 05/08/2010, foi assinado o Termo de Rescisão do Contrato Individual do Banco Santander, bem como o "Aditamento ao Contrato de Investimento", trazendo alterações significativas ao Contrato de Investimento original firmado em 2006. Com efeito, por meio do Contrato de Associação, o valor original do crédito contido nas notas promissórias foi repactuado para refletir a retirada do Banco Santander da associação. Por este motivo, as notas promissórias então detidas pela Celta Holdings foram devolvidas para a FIS, canceladas e inutilizadas mediante acordo de novo crédito repactuado.

Documento nato-digital

Ademais reitera que o ágio objeto de questionamento, decorrente do registro das notas promissórias, está sendo pago por meio da repactuação da dívida.

A Recorrente conclui o ponto das notas promissórias dizendo a emissão delas não foi simulada. Alega que nenhum dos requisitos do art. 167 do Código Civil, que trata da simulação, está presente, já que, insista-se, em nenhum momento se pretendeu aparentar, fingir, disfarçar a sua real intenção de realizar o investimento no segmento de processamento de cartões de crédito bancário por meio de operação de joint venture. Não se quis em nenhum momento o que não se transpareceu. Ao contrário, objetivou-se, efetivamente, efetuar parceria empresarial mediante quitação das referidas notas promissórias, o que nada mais é do que uma opção legal feita pelas partes envolvidas no negócio.

No item III.2.5 do Recurso Voluntário foi esclarecido que somente parte do ágio (R$ 118milhões) está relacionado às notas promissórias, sendo que o total do ágio contabilizado é de R$ 211 milhões.

No item III.3 a Recorrente explica o movimento societário em suas diversas passagens, nos termos da impugnação, rebatendo o argumento do fiscal que o suposto ágio nada mais seria do que perda de capital. Afirma que este argumento não se sustenta já que tal procedimento encontra respaldo no item 57 do CPC 01. Ao fim deste item, resume: (i) a operação de devolução de capital estava amparada tanto na legislação tributária quanto na legislação societária; (ii) nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.249/95, é válida a devolução de capital em bens, por valor contábil; e (iii) nos termos do § 2º do artigo 22 da Lei nº 9.249/95, o valor de registro do bem recebido em devolução do capital (ações da Fidelity Processadora) foi corretamente efetuado pelo valor do contábil da participação resgatada (ações da Celta Holdings). Portanto, como consequência do correto registro do custo contábil do investimento na Fidelity Participações, conclui-se que o registro do ágio decorre do simples desdobramento deste valor nos termos do artigo 20 do DL nº 1.598/77, não havendo qualquer dúvida a respeito do montante contabilizado e amortizado.

Argumenta a Recorrente que as exigências legais quanto à amortização do ágio foram cumpridas, inclusive o ponto da incorporação reversa que encontra respaldo na jurisprudência, inclusive deste conselho, bem como que as supostas empresas veículos eram necessárias e válidas. Ressalta que estas empresas já existiam e eram limpas. Estas empresas foram utilizadas para segregar determinados ativos, que em due dilegence, os Bancos entenderam que não deveriam ser transferidos para a joint venture, como por exemplo prejuízos fiscais acumulados.

Ademais, é evidente que tais empresas não podem ser consideradas “veículos”, sendo que atenderam plenamente aos seus respectivos objetos sociais. Isto porque, ambas possuem exatamente o objeto social típico de uma sociedade holding.

Com relação aos demais itens, a Recorrente em síntese se utiliza dos mesmos argumentos da impugnação.

Por sua vez, os Recursos Voluntários dos supostos responsáveis tributários, REGINALDO DE SOUZA ZERO e FIDELITY SERVIÇOS CONTACT CENTER S. A., guardam as mesmas características das impugnações.

Documento nato-digital

Por sua vez, por conta da procedência da impugnação emanada pela DRJ, o suposto responsável solidário LUIZ COMPAGNO JUNIOR não apresentou recurso voluntário, mas como houve recurso de ofício, apresentou peça pleiteando que caso seja julgado procedente o recurso de ofício, seja analisado os demais argumentos apresentados na impugnação e que sejam remetidos à DRJ para análise destes pontos.

Por fim foi apresentado o Recurso Voluntário da empresa FIDELITY NATIONAL E SERVIÇOS E CONTACT CENTER LTDA, que não foi incluída no auto de infração, contudo teve recebimento do Comunicado CADIN nº 2288551, que constatava a existência de débito relacionado ao presente processo administrativo.

Neste recurso pede que sejam ratificados os argumentos apresentados no Recurso Voluntário apresentado pela BBC Processadora. Ademais pede que não seja considerada a responsabilidade tributária por cisão já que houve a cisão de apenas parcela da BBC Processadora em favor da Recorrente, isto é, sem a ocorrência da sua extinção, assim não há que se falar em aplicação do artigo 132 do CTN. Alega também que a cisão da BBC processadora ocorreu em 2018, mais de 10 anos depois dos fatos que geraram a autuação, não havendo assim substrato fático ou legal para tal resposabilização. Por sua vez, alega que a Recorrente não deveria ser responsabilizada pela totalidade da cobrança, já que absorveu apenas parte (cisão parcial) do patrimônio da BBC Processadora. Por fim pende o cancelamento das multas aplicadas.

É o relatório.

VotoVencido

Conselheiro Rogério Garcia Peres, Relator.

Preliminar: Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de fundamentação e motivação apropriada

Em sede de preliminar a impugnante defende a nulidade do lançamento em razão da ausência de fundamentação e motivação apropriada, pelo fato da autoridade fiscal ter reproduzido a quase totalidade do Termo de Verificação Fiscal de outro processo lavrado contra o mesmo contribuinte (19311.720193/2014-47), o que, supostamente, levaria a não análise especifica da infração verificada neste processo.

A decisão recorrida afirma que entendimento acima é equivocado pois no citado processo estariam as mesmas circunstâncias fáticas que fizeram surgir o ágio que vem sendo amortizado pelo contribuinte desde 2010. Naquele processo houve a glosa da amortização feita nos anos de 2010 a 2012 e neste processo foram feitas as glosas das amortizações realizadas nos anos de 2013 a 2015, mas tudo relacionado ao mesmo processo de reorganização societária geradora do ágio, ao mesmo arcabouço probatório. Afirma também a formação do ágio não representa a manifestação do fato imponível tributário. Somente sua amortização é fato desencadeador da

Documento nato-digital

relação jurídico tributária. Portanto, cada processo trata dos respectivos fatos imponíveis tributários, mas todos decorrentes da mesma formação de ágio.

Por sua vez, a Recorrente reitera que se a amortização do ágio é que importa para o Direito Tributário é evidente que, tratando-se de amortizações distintas, o procedimento fiscal não pode se limitar a uma simples reprodução do trabalho anteriormente executado. Por isto conclui que o presente processo não preenche os requisitos legais para sua validade.

Para solucionar esta questão cito os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, in verbis:

> *"Art. 59. São nulos:*
> *I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
> *II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*
> *(...)*
> *Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio."*

Como se pode depreender dos dispositivos acima e cruzando com os fatos ocorridos neste processo, concluo que não houve nulidade neste caso.

Ademais concordo com a decisão recorrida no sentido de que, neste caso e para fins de cobrança de tributo, o que importa nos casos de aproveitamento de ágio, é a sua amortização, que no caso em questão o valor amortizado é de aproximadamente R$ 21milhões por ano, o qual foi considerado nos dois processos administrativos.

Denego pois, a preliminar de nulidade.

Mérito

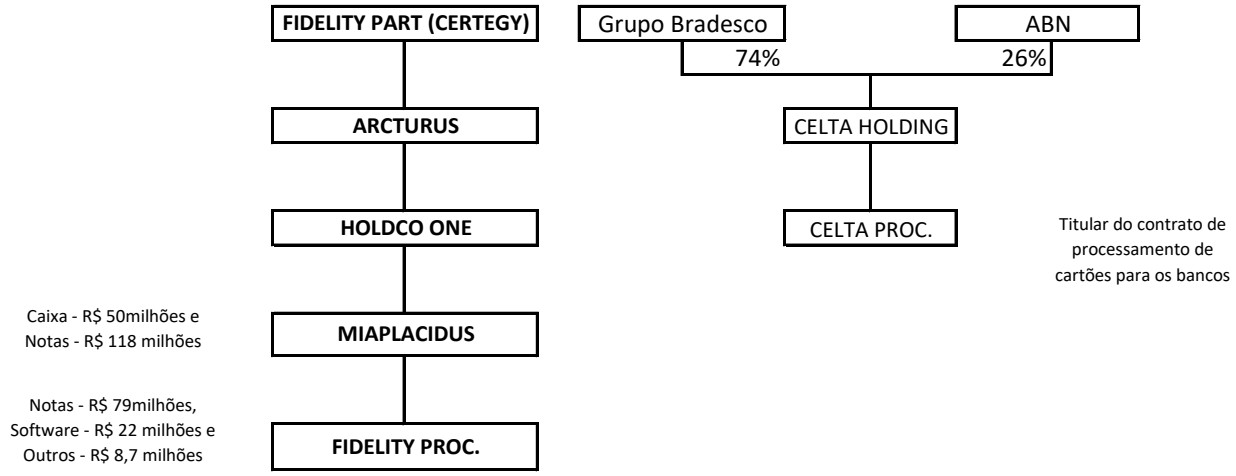
No Recurso Voluntário foi demonstrado de forma completa o "filme" construído pelas diversos passos societários e empresarias que fizeram por operacionalizar a *joint venture* entre Fidelity, Bradesco e ABN no processamento de cartões de crédito.

Em linhas gerais, o Grupo Fidelity teria a competência para processar as operações de cartões de crédito e os Bancos teriam os clientes. Assim, nada mais natural do que a criação de uma *joint venture* para explorar esta atividade.

Para operacionalizar a estrutura, foram assinados contratos e notas promissórias.

Ademais, para atingir este objetivo, foram criadas notas estruturas societárias, tanto pela Fidelity quanto pelos Bancos, as quais podem ser demonstradas resumidamente abaixo:

Documento nato-digital



Assim do lado da Fidelity temos as seguintes empresas: Fidelity, Arcturus, Holdco One, Miaplacidus e Fidelity Processadora e do lado dos Bancos temos Celta Holding e Celta Processadora. Em síntese segue abaixo o propósito de cada uma dessas empresas:

- Arcturus: Empresa de partipações constituida pelo Grupo Fidelity para viabilizar o possível ingresso de novo sócio na joint venture.

- Holdco One: Empresa de participações constituída pelo Grupo Fidelity para receber o investimento na empresa resultante da joint venture.

- Miaplacidus: Empresa de participações constituída pelo Grupo Fidelity para receber caixa e3 notas promissórias (2 de migração e 1 de volume).

- Fidelity Processadora: Empresa constituída pelo Grupo Fidelity para operar o processamento de cartões de crédito em joint venture com os bancos.

- Celta Holding: Empresa de participações constituída pelos Bancos controlar a Celta Processadora.

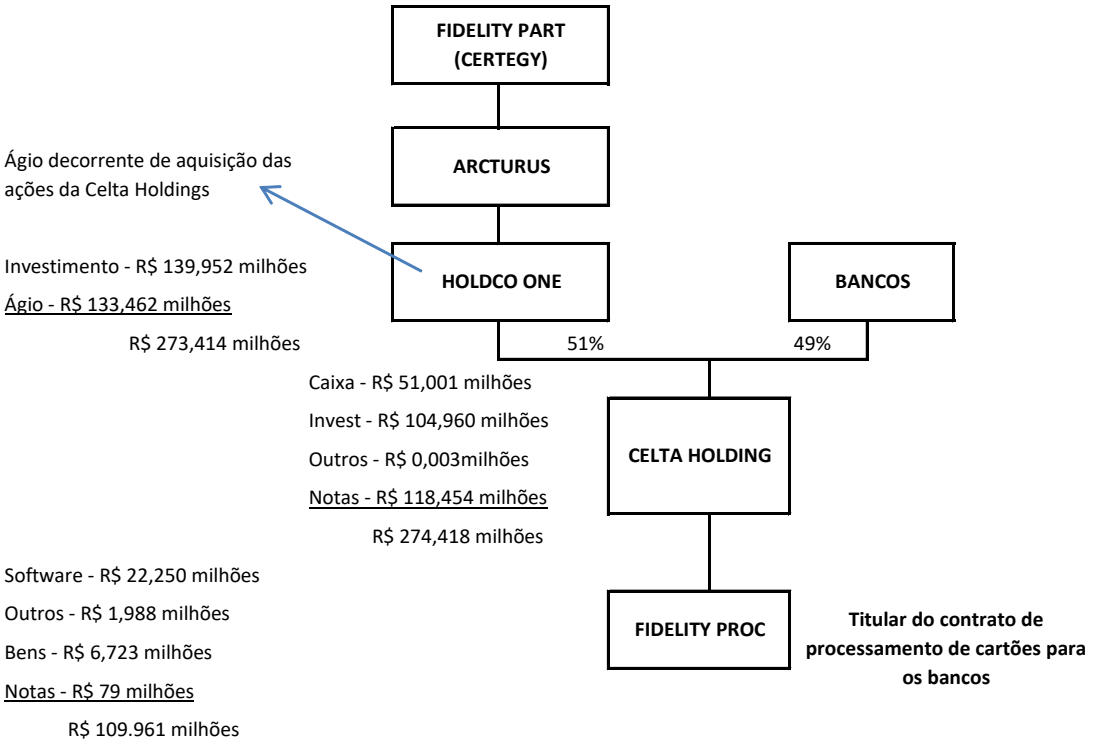
- Celta Processadora: Empresa constituída pelas Bancos para operar o processamento de cartões de crédito. Detinha o contrato com os Bancos.

Assim em linhas gerais cada uma destas empresas tinha um propósito dentro do "filme" montado para processar cartões de crédito.

Em 18/4/2006 a Celta Holdings incorpora a Miaplacidus. Tal operação gera a junção societária da Fidelity com os Bancos.

Em 19/4/2009 a Fidelity Processadora incorpora a Celta Holding, unificando o processamento de cartões. Dessa forma o organograma pode ser resumido da seguinte forma:

Documento nato-digital



Até o presente momento o ágio objeto deste processo ainda não foi gerado. O que se tem por enquanto é uma processadora de cartões de crédito (Fidelity Processadora) que é controlada por 3 grupos: Fidelity, Bradesco e ABN. Tal controle é objetivado na Celta Holding, sendo que os Bancos tem 49% e Fidelity tem 51%.

Em 30/9/2008, o ágio de R$ 211 milhões, objeto deste processo, foi gerado na HoldCo One. Tal ágio é decorrente da retirada do Holdco One do Capital da Celta Holdings, que recebe em troca ações da Fidelity Processadora avaliadas a valor de custo.

Em linhas gerais, antes dessa última operação, a Holdco One detinha 51% da Celta Holding que por sua vez, detinha 100% da Fidelity Processadora. Assim, o ágio foi gerado, em uma operação em que Holdco One já detinha de forma indireta 51% da Fidelity Processadora.

Com base na referida operação, o investimento da Holdco One na Celta Holding estava contabilizado em R$ 267milhões e foi trocado por um investimento na Fidelity Processadora no valor de R$ 56milhões. A diferença de R$ 221milhões foi registrada como ágio pela Holdco One. Contabilmente, esta diferença é explicada pois a Celta Holding além do investimento na Fidelity Processadora teria outros ativos com caixa de R$ 51 milhões e notas promissórias de R$ 118 milhões. Ademais, a Recorrente justifica a referida troca pois a Holdco One como sócia da Celta Holding teria direito a apenas 43% de dividendos e sendo sócia da Fidelity Processadora teria dividendos de 51%.

Em 31/12/2009 a Recorrente incorpora a Holdco One e passa a amortizar o ágio sob fundamento de rentabilidade futura.

Documento nato-digital

No Termo de Verificação Fiscal foi descrito 3 motivos pela glosa deste ágio:

a) 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;

b) 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.

c) 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

Documento nato-digital

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 investimento em participações societárias.

> *"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)."*

Da análise do citado dispositivo, existe a necessidade de segregação do ágio por fundamento econômico. Tal fato é justificado pois somente o ágio com fundamento em rentabilidade futura pode ser amortizado conforme disposto no artigo 386 do RIR/99.

Documento nato-digital

> *"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;"*

Assim, em resumo após a empresa que tem o ágio com fundamento em rentabilidade futura ser incorporada, é admitida a amortização deste ágio no máximo em 1/60 ávos.

Desta forma, é necessário verificar a aderência desta norma ao caso em questão. Passa-se portanto à análise das 3 imputações emanadas pela autoridade fiscal.

Neste primeiro item é necessário analisar se as notas promissórias contabilizadas no ativo da Celta Holding no valor de R$ 118 milhões poderiam estar contabilizadas. Para tanto é importante saber se elas são condicionais ou não, já que o artigo 117 do CTN determina:

> *"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;*
>
> *II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio."*

Conforme mencionado exaustivamente no relatório deste documento, as notas promissórias tanto as de migração quanto as de volume tem cláusulas condicionais, sendo que para exemplificar:

- 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. Conforme o contrato de investimento, "a "Data de Migração" significa a data em que a Migração de cada um

Documento nato-digital

e de todos os Clientes estiver completa ou que se considerar completa, de acordo com as disposições dos Contratos de Serviços.

- 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) ". 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.

Diante do exposto, concluo que as notas promissórias no valor de R$118 milhões por serem condicionais não devem compor para fins fiscais o valor do ágio.

Passa-se ao segundo e terceiro itens da acusação, onde vê-se necessário analisar o fundamento do ágio, bem como de sua natureza contábil.

Conforme já mencionado anteriormente, em linhas gerais, o "filme" faz sentido do ponto de vista empresarial, onde Fidelity, Bradesco e ABN formaram a *joint venture*. A primeira detinha a tecnologia/competência para processar cartões e os bancos detinham clientes.

Contudo, especificamente ao ponto da geração do ágio de R$ 211 milhões, onde este foi originado na Holdco pela troca de ações da Celta Holding pela Fidelity Processadora.

Em linhas gerais, Holdco tinha R$ 267 milhões de investimento na Celta Holding e trocou por um investimento de R$ 56 milhões na Fidelity Processadora. Holdco considerou a diferença de R$ 211 milhões como ágio, já que considera que adquiriu esta participação pelos mesmos R$ 267 milhões que tinha contabilizado como investimento sendo que a diferença entre o preço de aquisição e o valor do novo investimento seria ágio. Por sua vez, a autoridade fiscal, acredita que a diferença de R$ 211 milhões seria perda de capital, já que Holdco trocou um ativo permanente de R$ 267milhões por outro no valor de R$ 56 milhões.

Com relação a este item concordo com o agente fiscal, já que a diferença gerada pela referida troca não pode ser considerado como ágio de rentabilidade futura, já que contabilmente a diferença gerada na troca de ativo permanente é considerada como perda ou ganho de capital, sendo contabilizado no resultado da companhia como resultado não operacional, sendo que o prejuízo não operacional somente pode ser compensado com lucros de mesma natureza, conforme disposto nos artigo 418 a 420 do RIR/99.

> *"Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).*
>
> *§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da*

Documento nato-digital

depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).

§ 2º O saldo das quotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

Devolução de Capital em Bens ou Direitos

Art. 419. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem transferidos ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22).

Parágrafo único. No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos transferidos será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22, § 1º).

Prejuízos não Operacionais

Art. 420. Os prejuízos não operacionais, apurados a partir de 1º de janeiro de 1996, somente poderão ser compensados com lucros de mesma natureza, observado o limite previsto no art. 510 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 31).”

Outro ponto alegado é que não houve uma aquisição de empresa para gerar o ágio na aquisição de investimento, mas sim uma troca de ações de uma empresa por outra que já tinha participação de forma indireta. Ou seja, Holdco de forma indireta já era sócia da Fidelity Processadora, já que Celta Holding detinha 100% da Recorrente e Holdco detinha 51% da Celta Holding, assim o ágio objeto deste processo foi gerado dentro do próprio grupo.

Este conselho tratou desta matéria em outra oportunidade e elaborou a seguinte ementa para o PA 16561.720225/201636 (Acórdão 1302003.381):

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas conseqüências fiscais.

Ademais, não vejo propósito negocial, na referida troca de ações, onde que reitero, que não seria uma transação normal ou usual, onde a Holdco trocaria um investimento de R$ 267 milhões de investimento na Celta Holding por um investimento de R$ 56 milhões na Fidelity Processadora se não fosse do mesmo grupo empresarial. No mesmo sentido cito a ementa do processo administrativo 19311.720193/2014-47:

Documento nato-digital

> *OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. Nas operações estruturadas em seqüência, 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.*

Dessa forma mantém-se a autuação.

Com relação à inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL da amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização, 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 Decretolei 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, normatizandose 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,

Documento nato-digital

> 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 predicar 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 decálculo 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 Decretolei 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).*

Documento nato-digital

> *§ 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 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. Aplicamse 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.

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.

Documento nato-digital

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 obtém soluções díspares.

Até a utilização de ágio interno já foi chancelado 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%.

Com relação à concomitância da multa isolada, sobre a falta de recolhimento de estimativas, com a multa de ofício voto para cancelar a exigência da multa isolada em razão da exigência da multa de ofício em virtude do lançamento efetuado após o encerramento do exercício.

Passa-se à análise da imputação da responsabilidade do REGINALDO DE SOUZA ZERO.

O agente fiscal imputou responsabilidade tributária para o contribuinte Reginaldo de Souza Zero por excesso de poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto. Fundamentou utilizando o artigo 135 do CTN e adotou a seguinte motivação: O sujeito passivo solidário foi diretor-presidente da empresa na época dos contratos e no período fiscalizado até 02/03/2015. Assinou o Contrato de Investimento em nome de Arcturus, Holdco One, Miaplacidus, Certegy Processadora e Serviços e Certegy Ltda – atuais Fidelity Processadora e Fidelity Participações; assinou o Contrato de Associação em nome de Fidelity Participações e Fidelity Processadora. Foi responsável pela contabilidade e apuração de tributos.

Pelo que se depreende, os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, pelo fato de terem praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei que resultaram na obrigação tributária objeto da autuação, são considerados responsáveis pelos créditos tributários lançados. Para que se comprovem tais atos (com excesso de poderes ou infração de lei), há que se atribuir uma conduta dolosa ou, pelo menos, culposa a pessoas qualificadas como dirigentes (mesmo que de fato) da pessoa jurídica. O exemplo mais frequente da conduta culposa é a dissolução irregular das sociedades na esteira do que entende a jurisprudência do STJ (Súmula 435). A necessidade de mera culpa para a caracterização do ato ilícito exigido pelo artigo 135 do CTN foi bem esclarecida no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, verbis:

> *59. A respeito da necessidade de presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige tãosó a presença de "infração de lei" (= ato ilícito), a qual, pela teoria geral do*

Documento nato-digital

> *Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposo como de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa). Logo, se a lei e a jurisprudência não separaram as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a persecução do dolo; basta a culpa.*

A inexistência de condutas dolosas já foi analisada na parte deste voto que enfrentou a imposição das multas qualificadas. Resta verificar se ocorreu, pelo menos, alguma conduta culposa (caracterizadas pela negligência, imprudência ou imperícia). Não parece também ser este o caso.

Em seu Termo de Verificação, a fiscalização até descreve circunstâncias que comprovam a condição de dirigente das pessoas apontadas como responsáveis. Entende, no entanto, que o enquadramento no artigo 135, deve se dar meramente pelo fato de que elas possuíam relevantes poderes administrativos (e decisórios) sobre os atos praticados para a redução dos tributos devidos. De modo não muito diferente, depois de também reconhecer que a simples culpa seria suficiente para a caracterização dos atos previstos no dispositivo legal suscitado, a DRJ apenas alega que aquelas pessoas criaram condições artificiais para justificar a amortização do ágio.

Como se vê, também não houve provas capazes de justificar a responsabilização com base no artigo 135, do CTN.

Por sua vez, a DRJ julgou procedente a impugnação do suposto responsável tributário LUIZ COMPAGNO JUNIOR. Contudo, existe recurso de ofício para este item.

Como dito anteriormente, dois são os elementos verdadeiramente relevantes para a responsabilização: (a) ser administrador e (b) ter cometido ato ilícito nessa posição, além da possibilidade da responsabilidade decorrer de ato culposo.

Ocorre que aqui não indicou qualquer ato. Quando indica apenas "*ter sido diretor-financeiro e diretor-geral da empresa no período fiscalizado, tendo como atribuições a área de contabilidade e de apuração de tributos*" e que foi "*participante dos negócios que originaram o ágio*", não há a indicação do ato cometido nesta condição, seja ato comissivo ou omissivo.

Sendo assim, voto pela exclusão da responsabilidade do impugnante LUIZ COMPAGNO JUNIOR.

O agente fiscal imputou responsabilidade por cisão/incorporação a empresa FIDELITY SERVICOS E CONTACT CENTER S.A. Enquadrou no artigo 132 do CTN e fez a seguinte motivação: A empresa Fidelity Serviços e Contact Center S.A. recepcionou ativos e atividade produtiva de serviços decorrentes de cisão parcial da empresa Fidelity Processadora e Serviços S.A., NIRE 35300187687, conforme registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, número do documento 133.089/16-2, sessão de 28/03/2016, tornando-se responsável solidária nos tributos de 2013 a 2015.

Documento nato-digital

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo administrativo 1128.005671/97-52 já tratou de caso semelhante e elaborou a seguinte ementa:

> *CISÃO PARCIAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE. Na cisão parcial a companhia sucessora e a empresa cindida respondem solidariamente pelas obrigações desta última nos termos dos arts. 233 da Lei n.° 6.404/76, 124 e 132, do CTN.*

Ademais, pode-se citar decisão do STJ no mesmo sentido (REsp 1682792/SP):

> *"4. Embora não conste expressamente da redação do art. 132 do CTN, a cisão parcial de sociedade configura hipótese de responsabilidade tributária por sucessão."*

Por sua vez, o STJ também decidiu que a responsabilidade tributária também inclui a multas moratórias e punitivas (REsp 959.389 - /RS):

> *"2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas abrange as multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem penalidade pecuniária, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor."*

No mesmo sentido (REsp 1085071/SP):

> *"Os arts. 132 e 133 do CTN, impõem o sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multas decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não pagamento do tributo na época do vencimento."*

Assim, conclui-se pela procedência da responsabilidade tributária atribuída à Fidelity Serviços e Contact Center S.A., tanto em relação aos tributos constituídos quanto em face da correlata multa de ofício.

Passa-se à análise da responsabilidade tributária da empresa da empresa FIDELITY NATIONAL E SERVIÇOS E CONTACT CENTER LTDA, que não foi incluída no auto de infração, contudo teve recebimento do Comunicado CADIN nº 2288551, que constatava a existência de débito relacionado ao presente processo administrativo.

No recurso voluntário, a Recorrente pede que sejam ratificados os argumentos apresentados no Recurso Voluntário apresentado pela BBC Processadora. Ademais pede que não seja considerada a responsabilidade tributária por cisão já que houve a cisão de apenas parcela da BBC Processadora em favor da Recorrente, isto é, sem a ocorrência da sua extinção, assim não há que se falar em aplicação do artigo 132 do CTN. Alega também que a cisão da BBC processadora ocorreu em 2018, mais de 10 anos depois dos fatos que geraram a autuação, não havendo assim substrato fático ou legal para tal responsabilização. Por sua vez, alega que a

Documento nato-digital

Recorrente não deveria ser responsabilizada pela totalidade da cobrança, já que absorveu apenas parte (cisão parcial) do patrimônio da BBC Processadora. Por fim pende o cancelamento das multas aplicadas.

Por ter situação semelhante ao caso da FIDELITY SERVICOS E CONTACT CENTER S.A. vale os mesmos julgados citados, mesmo que não tenha sido incluída originalmente no auto de infração, por sucessão por cisão/incorporação deve ser imputada a responsabilidade tributária ao citado contribuinte.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito julgar improcedente o recurso voluntário quanto à exigência de IRPJ e CSLL sobre a amortização do ágio e da multa isolada, contudo julgo procedente quanto à exigência da multa qualificada. Quanto à responsabilidade julgo procedente o Recurso Voluntário do contribuinte REGINALDO DE SOUZA ZERO e mantenho a decisão da DRJ para os contribuintes LUIZ COMPAGNO JUNIOR e FIDELITY SERVICOS E CONTACT CENTER S.A.. Por fim, julgo improcedente o Recurso Voluntário do contribuinte FIDELITY NATIONAL E SERVIÇOS E CONTACT CENTER LTDA.

(documento assinado digitalmente)

Rogério Garcia Peres

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Relator Designado.

O presente voto irá abordar as seguintes matérias em que o relator foi vencido: **Multa Qualificada** e **Atribuição de Responsabilidade Solidária ao Sr. Reginaldo de Souza Zero**.

Quanto às demais questões em litígio, analisadas no voto do Relator, foram acolhidas pelos demais membros do colegiado, estando, pois, fora deste voto. São elas:

- **Preliminar de Nulidade** – rejeitou-se a preliminar de nulidade (unanimidade);
- **Amortização do ágio** – acolheram-se as conclusões do voto do relator (unanimidade), com a ressalva de que, no caso, restou comprovada a conduta dolosa dos atos praticados pela pessoa jurídica autuada (simulação e fraude), o que teve efeitos na qualificação da multa. Os fundamentos relacionados a esta conclusão serão abordados no presente voto, no tema relativo à multa qualificada.
- **Atribuição de responsabilidade da Fidelity Serviços e Contact Center S.A., Fidelity National e Serviços e Contact Center Ltda., e Fidelity National Participações e Serviços de Informática Ltda.** – estão mantidos os fundamentos e a conclusão do relator;

Documento nato-digital

- **Atribuição de Responsabilidade ao Sr. Luiz Compagno Junior** – mantidos os fundamentos e a conclusão do relator para negar provimento ao recurso de ofício da DRJ.
- **Multa Isolada** – mantido o voto do relator (por maioria de votos foi dado provimento ao recurso voluntário).

Da Multa Qualificada.

Discute-se com relação a este item da autuação a possibilidade de aplicação da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às infrações apuradas pela fiscalização.

De início, a recorrente faz referência à decisão anterior deste Conselho, nos autos do processo administrativo nº 19311.720193/2014-47, que considerou improcedente a majoração da multa qualificada. No citado processo, o exação decorreu da glosa da amortização do mesmo ágio e com relação ao mesmo contribuinte (a mudança envolveu apenas a data de ocorrência do fato gerador em que o ágio foi deduzido). Com base nesse fato, avoca o disposto no artigo 489, inciso VI, do Código de Processo Civil - CPC que dispõe que não se considera fundamentada a decisão que deixa de "*seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*".

De acordo com o art. 100, II, do Código Tributário Nacional - CTN, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa são fontes secundárias do Direito Tributário, como normas complementares das chamadas fontes primárias, somente quando a lei lhes atribuir eficácia normativa. Como não existe dispositivo legal que atribua às decisões administrativas de outras turmas do CARF tal efeito, estas possuem eficácia restrita aos casos para os quais foram proferidas.

Nos termos das normas vigentes, devem ser observados pelos Conselheiros desta instância julgadora:

> I - Súmulas do CARF aprovadas pelas Turmas e pelo Pleno da CSRF;
>
> II - Decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil;
>
> III - Resoluções do CARF aprovadas pelo Pleno;
>
> IV - Súmulas editadas por comitê formado pelo CARF, RFB e PGFN, nos termos do art. 18A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, incluído pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.
>
> V – Decisão definitiva plenária do STF que já tenha sido declarado inconstitucional acordo internacional, lei ou ato normativo;
>
> VI - Súmula Vinculante do STF, nos termos do art. 103-A da CF;
>
> VII - Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da PGFN aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

Documento nato-digital

VIII - Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

IX - Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

No presente caso, a decisão referenciada pelo contribuinte foi apreciada pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara do CARF (Ac. 1401-002.340, de 9 de abril de 2018), não se enquadrando, pois, em nenhuma das hipóteses indicadas.

Aliás, o próprio acordão proferido em primeira instância neste processo destacou esse aspecto e citou, inclusive, a existência de outras decisões em sentido contrário relacionado ao mesmo tema, tanto no âmbito do CARF, quanto na CSRF. Transcreveu, a título exemplificativo, parte da ementa do Acórdão nº 1302002.322 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, proferido em sessão do dia 26 de julho de 2017, que trata do processo do contribuinte *Celta Holdings*, também citado no âmbito desta impugnação.

Já no que concerne ao art. 489, § 1º, inciso VI do CPC, não restam dúvidas de que as disposições constantes no referido código podem ser aplicadas ao processo administrativo fiscal, *ex vi* do disposto no art. 15 do citado diploma legal: *Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*.

No entanto, mesmo que se avente a possiblidade de aplicação do art. 489, § 1º, inciso VI do CPC, por lacuna na lei processual administrativa, os fundamentos apontados neste processo para qualificação da multa divergem dos constantes no de nº 19311.720193/2014-47 (referenciado pela defesa).

O próprio Termo de Verificação Fiscal destaca que foi efetuada uma transcrição de quase da totalidade dos fundamentos constantes naquele processo (nº 19311.720193/2014-47), mas com "*... alterações na parte relativa à qualificação da multa, onde incluímos justificativas".*

Por se tratar de um novo lançamento tributário, envolvendo fato gerador distinto, não vejo impedimentos para que a autoridade lançadora tenha revisto e reforçado seus fundamentos sobre o ilícito apurado, para justificar a qualificação da multa.

Assim procedendo, não existe base legal para que esta autoridade julgadora simplesmente os ignore. A meu ver, a aplicação subsidiária do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC ao presente caso somente faria sentido se estivessem sido mantidos os mesmos fundamentos e a matéria tivesse sido apreciada pela mesma turma julgadora. Nenhuma das duas hipóteses ocorreu.

Não vislumbro, pois, vícios na decisão da DRJ nesse aspecto.

Outra questão aventada diz respeito a uma suposta violação ao art. 146 do CTN – mudança do critério jurídico do lançamento.

A Recorrente destaca que, "*... ao se analisar o TVF formalizado nos autos do processo administrativo nº 19311.720193/2014-47 (Doc. 04 da Impugnação) em comparação com o TVF produzido nos presentes autos, verifica-se que, de fato, a Autoridade Fiscal incluiu cerca de 04 páginas (fls. 70 a 74 do TVF) com justificativas acerca da qualificação da multa de*

Documento nato-digital

ofício no caso presente, as quais não compunham o lançamento do qual decorrem os fundamentos suscitados neste processo".

Com isso, considera que a Fiscalização adotou, para os mesmos fatos e fundamentos, novos critérios jurídicos em relação àqueles utilizados para lavrar os autos de infração que abrangem o período de 2010 a 2012.

Essa matéria foi apreciada com bastante propriedade pela autoridade julgadora de primeira instância, cujo teor concordo integralmente.

A "mudança de critério jurídico" como muito bem esclareceu o professor Hugo de Brito Machado, já citado no acórdão recorrido (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, págs. 111 e 112), pode decorrer basicamente de duas situações. A primeira, na mudança de interpretação de uma norma, vale dizer, a substituição de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta. É o que ocorre, por exemplo, quando a Receita Federal emite ato normativo interpretando determinado dispositivo de lei e posteriormente o revoga, com a edição de outro, dando tratamento diferente.

A outra hipótese consiste na utilização de alternativa legal diversa daquela que vinha sendo adotada. É inconfundível com qualquer espécie de erro e não enseja a menor dificuldade em sua constatação. *Ocorre toda vez que a autoridade administrativa adote, no lançamento, uma das alternativas que a lei estipula expressamente, e depois pretenda alterá-la mediante a escolha de outra daquelas alternativas* (grifei).

Nenhuma dessas hipóteses se enquadra com a situação em análise. A autoridade lançadora adotou o mesmo enquadramento legal para qualificação da multa (art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007), e utilizou-se do mesmo percentual (150%) para determinação do montante devido. A alteração ocorreu na motivação para justificar a sua aplicação ao caso concreto, que foram bem mais detalhados do que no processo anterior.

Não vislumbro, pois, qualquer relação com a vedação contida no art. 146 do CTN.

Passemos, agora, à análise do enquadramento legal da multa de ofício lançada - art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996:

> **Art. 44.** Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
>
> I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
>
> (...)
>
> § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
>
> (...)

Conforme expressamente definido na legislação, a imputação da multa qualificada (percentual duplicado) vincula-se às hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que dispõem:

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

Documento nato-digital

> I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
>
> II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
>
> Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.
>
> Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no artigo 71 e 72." *(Grifou-se)*

Analisando-se as características textuais das definições empreendidas pelos arts. 71 e 72, a primeira premissa indispensável é a de que sonegação e fraude são condutas dolosas. Isso se depreende da expressão "*(...) toda ação ou omissão dolosa tendente (...)*", que é repetida em ambos os artigos.

A interpretação da fraude *lato sensu*, no âmbito da legislação tributária, deve ser sempre em relação à conduta dolosa do sujeito passivo, tendente a impedir ou retardar o **conhecimento**, por parte da autoridade fazendária: (i) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; (ii) das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Na verdade, a norma jurídica a descrever a hipótese relativa à fraude *stricto sensu* (art. 72) denota apenas os meios utilizados para impedir ou retardar o conhecimento pelas autoridades fazendárias, quais sejam: (i) o ocultamento da ocorrência do fato gerador; (ii) a exclusão ou modificação de suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Sonegação e fraude puníveis são condutas, e não genericamente quaisquer situações jurídicas. São sempre uma "ação" ou "omissão" perpetrada por ser humano, seja em relação ao sujeito passivo pessoa física, seja em relação ao sujeito passivo pessoa jurídica. Isto é, apenas existe sonegação ou fraude qualificadoras se houver uma conduta humana (ação ou omissão).

A conduta humana qualificadora deve ser dolosa. Afora todas as doutrinas e controvérsias existentes, pode-se satisfatoriamente colher-se no direito positivo brasileiro o conceito jurídico de dolo. O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) prevê as figuras do dolo direto e do dolo eventual; tendo adotado a "teoria da vontade" em relação ao dolo direto e a "teoria do assentimento" em relação ao dolo eventual.

Portanto, para qualificar a multa proporcional de ofício, a autoridade fiscal deve identificar e comprovar a ocorrência da conduta dolosa do sujeito passivo, mediante apresentação de conjunto probatório suficiente.

No caso dos autos, a fiscalização justificou a aplicação da multa qualificada sobre os tributos não recolhidos por entender que houve 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).

A Recorrente alega que o Agente Fiscal simplesmente teria desqualificado todos os negócios jurídicos praticados pelas partes, deliberadamente, e desconsiderado toda a operação

Documento nato-digital

realizada pela *joint venture*, ignorando por completo o objetivo macro desta associação e o propósito do negócio como um todo.

Não concordo com esse posicionamento. Não se discute aqui se a *joint venture* existe ou não. O busílis envolve a sequência de atos praticados que culminaram pela possibilidade de a empresa "Fidelity Processadora S/A" amortizar o ágio, em decorrência da incorporação da empresa "Holdco One S/A".

Nesse sentido, merecem ser destacados os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal:

> **5.3** Este negócio jurídico contém defeitos: a) o ativo de notas promissórias simplesmente não existe, é simulado e sua contabilização e transferência entre empresas como parte de acervo é fraude contábil, e b) os contratos de termos comuns e de serviços individuais são comprovadamente simulados por interposição fictícia de pessoa; a conduta dolosa é confirmada por c) uma novação de obrigações inexistentes.
>
> São três os elementos necessários para que esse planejamento desse certo, mas que são ao mesmo tempo empecilhos incontornáveis: a) transformar as cláusulas contratuais com condições suspensivas em ativos que antecipassem a eficácia das obrigações mesmo sem serem pagas; b) que esses ativos efetuassem um percurso de ida do Grupo Fidelity para os bancos pelo valor de face e eventualmente voltassem ao Grupo Fidelity valendo zero; c) transformar a capacidade dos bancos de contratar serviços em ativo que justificasse o pagamento do ágio como rentabilidade futura.
>
> Os objetivos deste planejamento tributário são inalcançáveis. Não existe instrumento jurídico ou combinação de negócios que permita transformar obrigações com cláusulas suspensivas em ativos e ao mesmo tempo impedir as consequências lógicas desses ativos (a obrigação de pagar). Da mesma forma, não tem como atribuir o papel de contratada para prestação de serviço a uma empresa que não tem capacidade produtiva nem mesmo para participar da elaboração do contrato. Simplesmente não tem como fazer.
>
> **5.4** Se o objetivo do planejamento fosse simplesmente a transformação da obrigação contratual em ativo, poderiam constituir notas promissórias. Mas elas teriam que ser pagas. Se devolvidas, o Grupo Fidelity teria que justificar o recebimento de 118 milhões de reais. Teria que tributar.

Em seu recurso, a defesa também alega, que a *"... simulação não se presume e não se prova por meio de indícios, ela deve ser efetivamente comprovada*".

Não encontro fundamentos para acolher tal argumentação. Não há limitações referentes às provas que podem ser produzidas no processo administrativo fiscal, devendo, admitir-se, em princípio, qualquer classe de prova das que se aceitam na legislação processual civil vigente. O art. 30 da Lei nº 9.784, de 1999, apenas repete o comando constitucional no sentido de que "*São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos*".

Assim, são hábeis para comprovar a verdade dos fatos no âmbito do processo administrativo fiscal todos os meios de prova admitidos em direito (art. 24 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011). A "prova por presunção" está devidamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, estando incluída dentre os meios de prova citados exemplificativamente pelo art. 212, inciso IV, do Código Civil.

> Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
>
> I - confissão;
>
> II - documento;

Documento nato-digital

> III - testemunha;
>
> **IV - presunção;**
>
> V - perícia.
>
> (destaque acrescido)

Note-se que a única ressalva que o dispositivo estabelece é "*salvo o negócio a que se impõe forma especial*", o que não vem a ser o caso.

Na simulação é preciso buscar o seu motivo, a chamada *causa simulandi.*

Da lição de Francisco Ferrara, *causa simulandi* é "o interesse que leva as partes a estabelecer um ato simulado, a razão que conduz a fazer aparecer um negócio que não existe ou a mascarar um negócio sob uma forma diferente: é o porquê do engano". Na simulação absoluta, por exemplo, a *causa simulandi* poderá ser o interesse do devedor em subtrair o seu patrimônio à execução iminente dos credores; na simulação relativa, poderá ser a intenção de não revelar a verdadeira natureza do contrato para fugir a uma proibição ou certas consequências da lei, ou de esconder a verdadeira pessoa que contrata, no caso da interposição de pessoa.

Na seara tributária, o ato ou negócio simulado pretende evitar o fato gerador previsto em lei. Assim, pode-se afirmar que a *causa simulandi* na esfera tributária é a redução, a postergação ou a eliminação total da tributação. E foi exatamente o que ocorreu no presente caso, com a criação artificial de um ágio para posterior amortização, com a redução no pagamento do IRPJ e da CSLL. Ainda aprofundaremos essa questão.

Não restam dúvidas sobre as dificuldades que se tem para se comprovar a existência de um ato simulado, dado que, por sua própria natureza, o vício é oculto.

Dificilmente os simuladores produzem prova documental da simulação realizada. Assim, em geral, a prova da simulação é uma prova indireta, a partir de indícios convergentes. Entendimento em contrário, praticamente tornaria sem aplicação o art. 167 do Código Civil. Desconheço o amparo legal para essa vedação.

Nesse diapasão, é preciso buscar o motivo da simulação, a chamada *causa simulandi* - interesse que leva as partes a estabelecer um ato simulado.

No caso específico da prova dos atos simulados, o acórdão recorrido enfrentou muito bem a questão, a partir de uma breve análise sobre o conceito de simulação, inclusive com citações doutrinárias (Ricardo Mariz de Oliveira, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Rita Ferragut, e Francisco Ferrara), para concluir sobre a possibilidade de utilização de provas indiretas para demonstrar a existência do ato simulado.

Passemos, agora, aos fundamentos da fiscalização para qualificação da multa e as razões da defesa para contrapô-las.

O relatório fiscal indica que decorreu da constatação de simulação de ativos e fraude contábil. Embora já transcrito na decisão de primeira instância, merece mais uma vez ser destacado o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal:

> o conluio entre o Grupo Fidelity e os bancos conduziu a Celta Holdings a contabilizar ativos inexistentes de notas promissórias de 118 milhões de reais e uma receita de 94 milhões de reais como substituição desses ativos. Conduziu a uma omissão de receitas de 94 milhões e a uma perda dedutível de 24 milhões, conforme Acórdão 1302-002.322. Com os ganhos da Fidelity, tem-se que um negócio jurídico de 104 milhões de reais conduziu as partes a se apropriarem de ganhos tributários de 120 milhões de reais. Esse é o motivo simulatório.

Documento nato-digital

> Se o objetivo do planejamento fosse simplesmente a transformação da obrigação contratual em ativo, poderiam constituir notas promissórias. Mas elas teriam que ser pagas. Se devolvidas, o Grupo Fidelity teria que justificar o recebimento de 118 milhões de reais. Teria que tributar.
>
> Para o Grupo Fidelity era fundamental estampar nas notas que seu valor seria zero, para justificar a não tributação no recebimento em retorno. A tributação a evitar é cerca de 51 milhões.
>
> As características do contrato de compra, permitindo o pagamento com a devolução do bem comprado e a valor zero, retiraram dele as características essenciais de um contrato de compra e venda: a obrigação de pagar e o preço, que só foram definidos quando da entrega das notas à empresa americana anos depois.
>
> o texto dos contratos trata a Celta Processadora como a empresa contratada, quando todos os elementos do contrato se referem à Certegy.
>
> 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.
>
> Entretanto, quem detém a licença não é a Celta Processadora, mas a CEY Brasil.
>
> O software em questão consta da lista de ativos da Certegy Ltda transferidos para a Fidelity Processadora O que justifica contratar a Celta Processadora é a licença de um software, quando a licenciada na verdade é a Certegy. Trata-se de declaração não verdadeira, prevista como caso de simulação
>
> 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.
>
> utilizar negócios nulos constituiu ação dolosa com o intuito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das circunstâncias materiais da obrigação tributária, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente quando da amortização do ágio

O conluio não chega a ser uma terceira hipótese qualificadora autônoma das previstas nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, pois se refere à possibilidade de a sonegação e/ou a fraude serem orquestradas por meio de ajuste doloso entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas).

Não estamos diante, portanto, de uma situação que poderia ser interpretada como um mero erro de interpretação da Lei, como alega a Recorrente. Aqui, foram apontadas ilicitudes já a partir da formação do ágio, e em operações lastreadas em contratos de prestação de serviços, cujo motivo determinante era ilícito, portanto nulos (simulados).

Essa questão foi muito bem enfrentada no julgamento de primeira instância (fls. 2.925/2.926), cujo conteúdo, por esclarecedor, adoto no presente voto, *in verbis*:

> (...)
>
> Nesses termos, a empresa veículo se caracteriza pelo seu papel na "condução" do ágio entre empresas de forma a permitir sua apropriação como despesa dedutível. Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito.
>
> No caso, a Miplacidus fora utilizada para a transferência de patrimônio, repassando o bônus a ser pago na hipótese da ocorrência das migrações previstas em contrato, além das ações da Fidelity, aos Bancos, na pessoa da empresa Celta Holdings, a qual, por tal operação, teve seu patrimônio inflado, gerando registro de ágio sem qualquer justificativa.

Documento nato-digital

> O patrimônio líquido da empresa Celta Holdings era integralmente composto por notas equivocadamente ativadas e por participação na empresa Fidelity. Não possuía a empresa qualquer atividade. Nada produzia. Seu valor de mercado tinha por razão tão-só ativos escriturados de forma indevida e participação na empresa que estava sendo incorporada (Miaplacidus e, por conseguinte, Fidelity).
>
> Registrado o ágio na empresa Holdco relativo ao investimento na empresa Celta Holdings, ele, posteriormente, serviria de justificativa para contabilização de novo ágio, quando da operação de devolução de capital pela Celta Holdings, através da entrega das ações da Fidelity Processadora (Impugnante).
>
> Como defende a impugnante, eram empresas com objeto social "Holding".
>
> No entanto, foram seus papéis nas operações com o ágio e "seu futuro" que as caracterizaram como empresas-veículo. Tiveram como papel tão-só receber os investimentos, gerar o ágio e repassá-lo, via incorporação, já em condição de ser apropriado como despesa dedutível. Feito isso, foram extintas, evidenciando que a condução do ágio à Fidelity fora seu real objeto.
>
> Reprise-se: o destino das três (Celta Processadora, Holdco One e Miaplacidus) explicita a inexistência de qualquer propósito negocial das operação anteriores.
>
> Nenhuma delas teve qualquer atividade durante suas existências. Apesar de formadas anos antes (2001), permaneceram inativas até março de 2006, quando, após servirem ao propósito ora exposto, foram extintas.
>
> Inclusive, cumpre destacar que a Empresa Miaplacidus, inativa até 05/04/2006, após aumento de capital através de cisão da Certegy Ltda, quando recebeu as notas, R$ 50 milhões em dinheiro e as ações da Fidelity, fora incorporada pela Celta Holdings em 18/04/2006, sendo, então, extinta.
>
> Já a Empresa Celta Processadora, após cinco anos em completa inatividade, teve seu nome alterado em 23/03/2006 e firmou contrato de prestação de serviço em 24/03/2006, o qual jamais se propôs a cumprir. Na verdade, o que buscava era a sucessão de tais contratos pela Empresa Fidelity, fato ocorrido dia 19/04/2006, 25 dias depois.
>
> Por fim, a empresa Holdco fora inserida nas transações com fim único de registrar o ágio na aquisição das ações da Fidelity Processadora para posterior incorporação às avessas, tornando o ágio aparentemente dedutível.
>
> Diante do exposto, resta claro que não fora a simples utilização de empresas veículo que tornou inválida a amortização fiscal do ágio, consoante faz crer a Impugnante, mas todo o contexto em que a interposição de tais empresas se fez.
>
> (...)

O fato de as operações terem sido registradas na contabilidade não tem o condão de torná-las lícitas. A legislação tributária é clara nesse sentido, ao estabelecer que a escrituração mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados quando comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Nesse sentido, é o art. 967 do atual Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, RIR/2018 (antigo art. 923 do RIR/99).

> Art. 967. A escrituração mantida em observância às disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, de acordo com a sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).

Mais uma vez, destaco que a ação fiscal não descaracterizou a formação de uma *joint venture*. Esse ato não foi considerado simulado, mas sim o uso e a contabilização dos negócios jurídicos como se não existissem as cláusulas modificativas, que lhes foram apostas, e a

Documento nato-digital

transferência de ativos inexistentes contabilizados pelo valor de face, permitindo a geração de um ágio artificial na contabilidade.

Não é razoável supor que, a partir de uma reunião de dois grupos empresariais (Bradesco, ABN Amro e Fidelity) para constituição de uma *joint venture* para prestação de serviços de processamento de cartões aos bancos e a terceiros, essa empresa passe a operar já com um direito a amortização de um ágio. Esse fato, *de per si*, já sugere a existência de artifícios, os quais foram devidamente identificados durante a ação fiscal.

A liberdade negocial não se confunde com a existência de atos e negócios simulados. Estes estão no campo da ilicitude e extravasam os limites do direito. Aqueles dentro do limite da auto-organização negocial.

Se numa reorganização societária o contribuinte se utiliza de condutas dolosas no sentido de modificar as características essenciais das transações, com o intuito de gerar um ágio inexistente, não há como desprezá-la, sob um suposto manto inviolável de proteção da auto-organização. São duas situações efetivamente distintas, que ocasionalmente ocorrem simultaneamente.

Embora tenham sido verificados em outras ações fiscais que artifícios desta natureza são praticados em breve período de tempo, o fato de todo arcabouço ter sido desenvolvido em um período de tempo maior (4 anos, no presente caso) não legitima a operação.

Por tais motivos, concordo com as conclusões da fiscalização e do julgamento de primeira instância de que no presente caso restou comprovado que as operações foram praticadas dolosamente, configurando-se nos ilícitos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (sonegação, fraude e conluio).

O primeiro ocorreu quando se pretendeu impedir ou retardar, por parte da autoridade fazendária, o conhecimento da natureza e circunstâncias materiais do fato gerador. A fraude, conforme definida no art. 72, está relacionada às condutas que modificaram as características essenciais das operações e o conluio quando intervieram outras empresas dos três grupos.

Igualmente descabida a alegação de confisco. A Recorrente não comprova a existência de confisco, mas mesmo se isso tivesse ocorrido, a vedação de sua utilização é para a cobrança de tributos, não a aplicação de penas. O próprio confisco é admitido, no sistema tributário, como penalização. Há penas de perdimento previstas, por exemplo, na legislação aduaneira (Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 – Dano ao Erário – Pena de Perdimento). A legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados também prevê hipóteses de perdimento de mercadorias.

Conforme muito bem já se manifestou Sacha Calmon Navarro Coelho, em sua obra "Manual de Direito Tributário", Editora Forense, 2ª Edição, o princípio da vedação ao confisco, previsto no art. 150, VI, da Constituição Federal, conforme o nome já sugere, veda a utilização do tributo pelos entes tributantes com efeito de confisco, ou seja, impede que, a pretexto de cobrar tributo, se aposse o Estado dos bens do indivíduo. O princípio atua em conjunto com o da capacidade contributiva, art. 145, § 1º, que também visa a preservar a capacidade econômica do indivíduo.

Se não se admite a expropriação sem justa indenização, também se faz inadmissível a apropriação através da tributação abusiva.

Documento nato-digital

Por sua vez, estão fora da proteção constitucional, as situações em que o confisco é utilizado como penalização, por decorrer de conduta delitiva por parte do contribuinte.

Além disso, o estabelecimento de multas nos percentuais de 75% ou 150% do valor do tributo devido não pode ser considerado, de *per si*, como um ato confiscatório.

Por se tratar de penalização expressamente estabelecida na legislação vigente, os órgãos de jurisdição administrativa não têm competência de afastar a sua aplicação sob fundamento de inconstitucionalidade. Nesse sentido, dispõe o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009:

> Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:
>
> I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;
>
> II - que fundamente crédito tributário objeto de:
>
> a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de junho de 2002;
>
> b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou
>
> c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 1993.

Os mecanismos de controle da constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, essa prerrogativa. É inócuo, então, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

Por fim, não vislumbro qualquer possibilidade de aplicação do disposto no art. 112 do CTN ao caso em comento. A divergência entre os membros de uma turma julgadora na identificação dos fatos que justificariam a existência de um ilícito tributário não se confunde com a dúvida na interpretação da correspondente lei que comina penalidades. A análise das provas que compõem o processo é atividade diversa da interpretação da lei que se aplica ao caso.

Esses são os meus fundamentos para corroborar com o voto da DRJ, cujos termos concordo integralmente. Não identifiquei no texto apresentado pela Recorrente argumentos e fundamentos que pudessem alterar minha convicção.

Mantenho, portanto, a qualificação da multa, no percentual de 150%.

Da Atribuição de Responsabilidade Solidária ao Sr. Reginaldo de Souza Zero.

A fiscalização incluiu dentre os responsáveis tributários o Sr. Reginaldo de Souza Zero, CPF nº 045.050.268-68, diretor presidente no período fiscalizado e participante dos negócios que originaram o ágio.

Em sua contestação, o referido Senhor alega que, no lançamento anterior, para os anos-calendário de 2010 a 2012, objeto do processo 19311.720193/2014-47, não havia sido incluído no rol dos devedores solidários.

Documento nato-digital

Assim, entende que, por estarmos diante das mesmas circunstâncias fáticas, não caberia a sua inclusão, sobe pena de transgressão ao disposto no art. 146 do CTN. Estar-se-ia diante de dois critérios jurídicos diversos sobre os mesmos fatos.

A questão relacionada à exegese do art. 146 do CTN já foi comentada no tópico anterior.

Entendo que não se aplica à imputação de responsabilidade prevista no art. 135 do CTN. Explico.

A relação material da obrigação tributária (que decorre da incidência da regra-matriz de obrigação tributária) é distinta da relação de responsabilização tributária a terceiro (que decorre da incidência da regra-matriz de responsabilidade tributária). A imputação de responsabilidade tributária é o procedimento administrativo para atribuir responsabilidade tributária a terceiro que não consta da relação tributária como contribuinte ou como substituto tributário, nas hipóteses legais. A própria Instrução Normativa RFB nº 1.862, de 2018, adotou esse entendimento, no seu art. 1º, inciso I (citada pela Recorrente).

O Código Tributário Nacional trata as duas situações de forma diversa e em artigos e capítulos distintos. Assim, é possível a existência de vários sujeitos passivos numa mesma relação obrigacional (praticaram o mesmo fato gerador), que serão solidários (art. 124, inciso I, do CTN). Nesta situação, a prática do fato gerador é que forma o vínculo jurídico, e não o cometimento de um ato ilícito.

Diferente é a imputação de responsabilidade tributária tratada no art. 135 do CTN, cujo *caput* do artigo já restringe sua aplicação para os "*atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*".

Existe um pressuposto lógico para o nosso Código ter diferenciado as duas situações.

A decorrência natural do registro das pessoas jurídicas é que a sociedade adquire personalidade própria distinta dos seus sócios (princípio da autonomia patrimonial). Estes não respondem, em regra, pelas obrigações destas.

No campo tributário, quando uma determinada pessoa jurídica pratica o fato gerador, ela é o sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 121 do CTN.

Porém, não podemos olvidar que a pessoa jurídica é uma criação da lei, tratando-se de uma entidade abstrata, cujos atos são exercidos em seu nome por uma pessoa física. Assim, não faz sentido que ela responda isoladamente por uma infração, quando o administrador é que agiu de forma ilícita.

É exatamente o que ocorre com as situações previstas no art. 135 do CTN. O vínculo se forma não pela prática do fato gerador, mas por ele ter agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A adoção desse tratamento não é exclusiva da legislação tributária.

No campo do direito privado, a distribuição da responsabilidade dos sócios pode ser vista em duas linhas: ordinária e extraordinária. Na primeira, se incluem as responsabilidades naturais e estabelecidas em lei; já a segunda engloba as questões não próprias ou apropriadas de uma condução ética e natural dos negócios de uma sociedade (atos ilícitos, dolosos ou com abuso de poder por parte dos sócios e administradores).

Documento nato-digital

Por exemplo, o art. 50 do Código Civil admite que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Situação similar ocorre na esfera tributária. Podemos dizer que a responsabilidade ordinária decorre da prática do fato gerador (art. 121 CTN), e a extraordinária surge com a prática de um ato ilícito (art. 135, por exemplo). Embora o resultado final seja o mesmo – responsabilização pela dívida tributária – o vínculo jurídico se formou por motivos diversos.

No caso aqui tratado, a atribuição de responsabilidade do Sr. Reginaldo de Souza Zero subsome-se ao disposto no art. 135 do CTN. A prática de ato ilícito é que ensejou a sua inclusão nos autos.

Como bem destacou o acórdão da DRJ, a própria Procuradoria da Fazenda Nacional, por intermédio do Parecer PGFN/CRJ/CAT/Nº 55/2009, manteve o entendimento de que "*Constituído precisa ser o crédito tributário do contribuinte, mas a obrigação do responsável não precisa ser "constituída" por lançamento, bastando que seja "declarada", seja pela autoridade administrativa do Fisco, seja pelo Procurador da Fazenda (na CDA), seja pela autoridade judicial. E a responsabilidade do terceiro pode ser declarada a qualquer tempo, na esfera administrativa ou judicial, desde que subsista a obrigação do contribuinte"* (grifei).

Continua: "*Assim, não se pode reconhecer invalidade no auto de infração lançado contra a pessoa jurídica se for descoberto posteriormente ato ilícito ensejador de responsabilidade tributária do administrador. Nem mesmo se pode cominar nulidade se o ato ilícito do administrador já era conhecido pela Administração Tributária ao tempo da constituição do crédito tributário*".

Por tal motivo, entendo que, a identificação do sujeito passivo a que se refere o art. 142 do CTN está relacionada à prática do fato gerador e, é claro, deve estar devidamente identificado no momento do lançamento. Já o responsável solidário, pela prática de ato ilícito, pode ser reconhecido a qualquer tempo, desde que se identifiquem os pressupostos para imputação de responsabilidade tributária.

Não concordo com o posicionamento da defesa no sentido de que a questão estaria também afeta ao art. 149, inciso VII, do CTN. Este elenca as situações em que o lançamento pode ser efetuado pela modalidade dita "De Ofício", e não sobre o conteúdo do ato administrativo do lançamento, que é tratado no art. 142.

Portanto, não acolho a tese da defesa no sentido de que teria havido uma transgressão ao art. 146 do CTN (mudança de critério jurídico), com a inclusão do Sr. Reginaldo somente no presente lançamento de ofício.

A segunda questão arguida pela Recorrente diz respeito a uma suposta falta de motivação para atribuição da responsabilidade do sócio. Nesse sentido, argumenta que não houve a indicação de atos supostamente praticados pelo Recorrente que se enquadrariam nas disposições do art. 135. Também não haveria a menção acerca de qual hipótese o Recorrente teria sido supostamente enquadrado dentre os incisos do art. 135 (não foi indicado o inciso em que o Recorrente se enquadrou).

Vejamos, desde logo, o conteúdo do "Demonstrativo de Responsáveis Tributários", no que se refere ao Sr. Reginaldo de Souza Zero:

Documento nato-digital

CPF
045.050.268-68
Nome
REGINALDO DE SOUZA ZERO
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto
Motivação
O sujeito passivo solidário foi diretor-presidente da empresa na época dos contratos e no período fiscalizado até 02/03/2015. Assinou o Contrato de Investimento em nome de Arcturus, Holdco One, Miaplacidus, Certegy Processadora e Serviços e Certegy Ltda – atuais Fidelity Processadora e Fidelity Participações; assinou o Contrato de Associação em nome de Fidelity Participações e Fidelity Processadora. Foi responsável pela contabilidade e apuração de tributos.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 135 da Lei n° 5.172/66.

Como facilmente se observa, a motivação decorreu do fato de o referido Senhor ter sido Diretor-Presidente da empresa na época dos contratos e no período fiscalizado até 02/03/2015.

Quanto ao enquadramento legal da atribuição de responsabilidade, é de se notar que efetivamente ocorreu uma deficiência na elaboração do termo, pois não especifica qual dos incisos do art. 135 se fundou a imputação de responsabilidade tributária.

Apesar do equívoco cometido, considero que tal fato não gerou prejuízos para recorrente, a partir do exame de todo conteúdo da peça recursal, que evidencia a correta percepção dos motivos para atribuição de responsabilidade tributária.

Além disso, a própria leitura dos incisos do art. 135 descarta qualquer dúvida que o interessado poderia ter, senão vejamos:

- Inciso I - *as pessoas referidas no artigo anterior* – a autuada não é uma sociedade de pessoas, por isso a aplicação deste dispositivo, que remete ao art. 134, é totalmente inviável;
- Inciso II - *os mandatários, prepostos e empregados* – tanto o mandatário como o preposto são pessoas a que se atribuem poderes de representação e os empregados são terceiros estranhos à sociedade. Como o Sr. Reginaldo era o Diretor-Presidente, é totalmente ilógico admitir esta hipótese.
- Inciso III - *os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado* (grifei) – o inciso se reporta diretamente à qualificação do Sr. Reginaldo, sem a necessidade se fazer qualquer esforço exegético.

A jurisprudência desta Corte, desde a época do antigo Conselho de Contribuintes é convergente no sentido de que o erro ou a incorreção no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do lançamento, quando não provocou prejuízos à defesa. Nesse sentido, cite-se, dentre outros, os seguintes julgados:

> Ac. CARF 3003-000.573, sessão de 19 de setembro de 2019
>
> NULIDADE DO LANÇAMENTO. OMISSÃO OU ERRO DO ENQUADRAMENTO LEGAL. DESCRIÇÃO PRECISA DOS FATOS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Tendo em vista que o lançamento fiscal encontra-se devidamente motivado, com descrição dos fatos precisa e detalhada, tanto que a matéria foi plenamente compreendida pela autuada, eventual omissão ou erro no enquadramento legal não é suficiente para eivar de nulidade o Auto de Infração, e muito menos caracterizar cerceamento do direito de defesa.
>
> Ac. CC 107-08334, sessão de 9 de novembro de 2005

Documento nato-digital

> AUTO DE INFRAÇÃO – DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA - O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que inocorreu preterição do direito de defesa.
>
> Ac. 108-07651, sessão de 5 de dezembro de 2003.
>
> NULIDADE - ENQUADRAMENTO LEGAL - Deve ser rejeitado o pedido de nulidade do auto de infração fundado na deficiência de enquadramento legal, quando os elementos contidos em termo, expressamente referido como parte integrante e indissociável da peça acusatória, e utilizado pela própria Impugnante em sua defesa, supre suficientemente falha porventura ocorrida. Se não há prejuízo para a defesa e o ato cumpriu sua finalidade, o enquadramento legal da exigência, ainda que incompleto, não enseja a decretação de sua nulidade. O cerceamento do direito de defesa deve se verificar concretamente, e não apenas em tese. O exame da impugnação evidencia a correta percepção do conteúdo e da motivação do lançamento.

Cabe agora aprofundarmos à análise do disposto no art. 135, III, do CTN.

Nesse sentido, convém trazer à colação as conclusões do 1º Encontro Nacional de Juízes Federais sobre Processo de Execução Fiscal, promovido pela AJUFE (extraído de texto do Prof. Leandro Paulsen, Curso Normas Gerais de Direito Tributário, 3º Módulo, Escola Superior de Administração Fazendária, 2013):

> Somente os "diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado" podem ser responsabilizados, e não todo e qualquer sócio. Faz-se necessário, pois, que o sócio tenha exercido a direção ou a gerência da sociedade, com poder de gestão. Efetivamente, a responsabilização exige que as pessoas indicadas tenham praticado diretamente, ou tolerado, a prática do ato abusivo e ilegal quando em posição de influir para a sua não ocorrência. Constitui prova para a configuração da responsabilidade o fato de o agente encontrar-se na direção da empresa na data do cumprimento da obrigação, devendo ter poderes de decisão quanto ao recolhimento do tributo. (grifei).

Tal conclusão me parece bastante coerente. Se uma determinada pessoa física era diretora com poderes de gestão de uma pessoa jurídica na época da prática dos ilícitos, o que mais precisa ser provado para atribuição da responsabilidade nos termos do art. 135, inciso III? Como entidade abstrata, a pessoa jurídica não pratica esses atos. Alguém com poderes de representação atua em seu nome. É mais do que evidente. Não se trata de uma mera presunção.

Com efeito, no presente caso a comprovação de que o Sr. Reginaldo foi o Diretor-Presidente da empresa na época dos fatos, tendo, inclusive, assinado contratos, me parece mais do que suficiente para atribuição de responsabilidade tributária, nos termos do art. 135, III.

Conforme restou demonstrado no presente voto, quando da análise do item anterior, há a devida demonstração, pela autoridade fiscal, da simulação e fraude representada pelos atos cometidos, que estão no campo da ilicitude e extravasam os limites do direito de auto-organização negocial.

Não vejo razões para o aprofundamento desta questão e não considero que o Termo de Responsabilidade tenha sido lacônico neste aspecto, no sentido de transgredir o disposto no art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999 (necessidade de motivação dos atos administrativos).

Ainda sobre a exegese do art. 135 do CTN, a Recorrente alega que a aplicação do referido dispositivo não permite que se tributem concomitantemente os responsáveis e a pessoa jurídica a eles relacionada.

Documento nato-digital

Essa discussão é antiga, e ao contrário do que alega a defesa não considero que a jurisprudência dominante seja no sentido de que a responsabilidade pessoal a que se refere o artigo possa ser exclusiva (responsabilidade substitutiva).

Cito a título exemplificativo recente decisão do STJ que demonstra que aquela corte vem mantendo o entendimento de que responsabilidade aqui tratada é solidária:

> STJ – Recurso Especial REsp 1326221 DF 2012/0113344-1, data da publicação 11/3/2019:
>
> Há muito tempo a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que só o mero exercício de função gerencial na empresa inadimplente não enseja a responsabilidade solidária com a pessoa jurídica, tendo em vista que a hipótese do art. 135, III, do CTN pressupõe a prática de ato de infração à lei, aos atos constitutivos da pessoa jurídica ou presume a dissolução irregular do estabelecimento empresarial (note-se que a inadimplência qualifica o sujeito passivo da obrigação tributária, que no caso é a pessoa jurídica, não seus sócios). 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

E vislumbro uma razão lógica para manutenção desse entendimento. Embora a pessoa jurídica e os sócios possuam personalidade distinta, há uma indiscutível relação entre eles. Os sócios que possuem poderes de administração são os que agem em nome da sociedade. O resultado com a sonegação de tributos beneficia a todos os outros (aumento dos lucros), e não somente os que praticaram os atos. Assim, não vejo sentido em excluir o patrimônio da Pessoa Jurídica beneficiária pelo ilícito tributário de uma eventual execução fiscal. Além disso, conforme já referenciado no acórdão recorrido, não existe norma legal que desonere a PJ, em razão da prática de atos ilícitos.

Concordo, portanto, com a conclusão do acórdão recorrido de que é plenamente possível e adequada a manutenção de ambos devedores (contribuinte e responsável solidário, com base no art. 135, inciso III, do CTN) na presente autuação.

Quanto a um suposto desrespeito ao princípio constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV - *nenhuma pena passara da pessoa do condenado*), não vejo relação com a situação em apreço. No presente caso a atribuição de responsabilidade é solidária, e não por sucessão. Tal dispositivo poderia ser discutido se a responsabilidade aqui tratada se subsumisse ao disposto no art. 131 do CTN, por exemplo.

No que concerne à vigência da responsabilidade do Sr. Reginaldo, a recorrente alega que na Ata da Reunião do Conselho de Administração da Fidelity Processadora, realizada em 29/12/2014, foi consignada a renúncia do cargo de Diretor Presidente da Fidelity Processadora, nos termos da Carta de Renúncia apresentada em 23/12/14.

Conforme muito bem pontuou o acordão recorrido, da análise do citado documento, fls. 3360 a 3364, verifica-se que a ata só foi levada ao registro público, junto a JUCESP, em 02/03/2015, assim, a teor do quanto exposto na Lei 8.934, de 1994, art. 36, os efeitos do arquivamento não retroagem a data da assinatura dos documentos, por terem sido levados a registro após 30 (trinta) dias, estando correta, portanto, a data limite fixada no termo de responsabilidade do Sr. Reginaldo de Souza Zero, em 02/03/2015.

A Recorrente ainda incluiu em sua contestação os seguintes tópicos que, por envolver matérias já analisados no presente voto e/ou na parte que foi mantida no voto vencido, deixarei de apreciá-los:

- Falta de Comprovação de Intuito Doloso – Impossibilidade de Aplicação do art. 135;

Documento nato-digital

- Da não Ocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou Infração de Lei, Contrato Social ou Estatutos;
- Da Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada – Ausência de Fraude, Sonegação ou Conluio;
- Vedação ao Confisco;
- Razões do Recurso apresentado pela BBC Processadora.

Voto, portanto, pela manutenção do Sr. Reginaldo de Souza Zero como responsável tributário, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Sobre a Jurisprudência e a Doutrina Referenciados pela Recorrente.

Por fim, com relação às alusões feitas pelo interessado à jurisprudência administrativa, reforço mais uma fez que as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa são fontes secundárias do Direito Tributário, como normas complementares das chamadas fontes primárias, somente quando a lei lhes atribuir eficácia normativa. Assim, tais julgados têm eficácia restrita aos casos para os quais foram proferidos.

O mesmo se aplica à jurisprudência judicial. O artigo 506, do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 (art. 472 do antigo CPC), determina que *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*. Portanto, não sendo parte na ação judicial citada, a Impugnante não pode usufruir dos benefícios das sentenças ali prolatadas, uma vez que tais efeitos são *inter partes* e não *erga omnes*.

Quanto aos excertos doutrinários citados pela reclamante, saliente-se que, por mais conspícuos que sejam, não se conformam em textos normativos, não ensejando, pois, subordinação administrativa.

As referencias doutrinarias e jurisprudências utilizadas no presente voto observaram esse entendimento e foram citadas apenas exemplificativamente.

Conclusão

De todo o exposto, conheço dos recursos apresentados pelo contribuinte e pelos responsáveis tributários para dar-lhes provimento parcial, nos seguintes termos:

I – Matérias que foram analisadas no presente voto:

1. Negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, no que concerne à aplicação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%;
2. Negar provimento ao recurso voluntário apresentado pelo responsável tributário Sr. Reginaldo de Souza Zero.

II – Matérias analisadas no voto do relator Rogério Garcia Peres:

1. Negar provimento ao recurso de ofício;
2. Negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, no que concerne à Preliminar de Nulidade e em relação à dedução de despesas com amortização de ágio;

Documento nato-digital

3. Dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, relativamente ao lançamento das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativa;
4. Negar provimento aos recursos dos coobrigados Fidelity Serviços e Contact Center S.A., Fidelity National e Serviços e Contact Center Ltda., e Fidelity National Participações e Serviços de Informática Ltda.

Assinado Digitalmente

Ricardo Antônio Carvalho Barbosa

Documento nato-digital