



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

Processo n° 19515.721880/2011-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.828 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2017
Matéria IRPJ - ÁGIO
Recorrente CINEMARK BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

As razões para a glosa da amortização do ágio foram duas: falta de comprovação do estudo econômico que pautou o registro do ágio e duplicação do ágio. Com relação à primeira razão, a própria autoridade se contradiz, pois faz referência à laudo de rentabilidade futura. No tocante à segunda razão, não houve duplicação de ágio, mas sim transferência de registro da incorporada para a incorporadora, operação absolutamente usual mesmo quando é a investida que incorpora a investidora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Jose Roberto Adelino da Silva, Livia De Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Em relação às peças iniciais de acusação e defesa, sirvo-me do relatório da autoridade *a quo*:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte acima identificado e, diante de irregularidades apuradas referentes aos anos-calendário (AC) 2006 a 2009, foram lavrados Autos de Infração de IRPJ e CSLL, por meio dos quais constituiu-se crédito tributário no importe de R\$51.940.014,32, aí incluídos os valores do imposto, contribuição, multa de ofício (75%) e dos juros de mora (estes calculados até 30/11/2011).

2. Em 28/11/2011, a DEFIS/SP lavrou Termo de Verificação Fiscal – TVF, que assim descreve, resumidamente (fls. 658 a 665).

I - Descrição dos Fatos

2.1. Em fiscalização desenvolvida junto ao contribuinte acima identificado, VERIFICAMOS, em exame de sua escrita comercial e fiscal, bem como dos documentos que deram suporte aos lançamentos contábeis do período de Janeiro-2006 a Setembro-2009, a ocorrência dos fatos abaixo relacionados, que por irregulares, culminaram na constituição do crédito tributário lavrado através do competente Auto de Infração, conforme se segue.

2.2. A empresa fiscalizada, Cinemark Brasil S.A. (“Cinemark Brasil”) incorporou, na data de 30/09/2004, a empresa Cinemark Empreendimentos e Participações LTDA (“Cinemark Empreendimentos”), CNPJ nº 00.764.390/0001-76.

2.3. Com a finalidade da análise dos valores patrimoniais contabilizados e absorvidos pela fiscalizada, em virtude da incorporação realizada, foram verificados os livros: Diário, Razão e LALUR da empresa “Cinemark Empreendimentos”.

2.4. A pessoa jurídica incorporada, “Cinemark Empreendimentos”, apresentou declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o AC, até o último dia do mês subsequente ao evento, isto é, do período de 01/01/2004 a 30/09/2004 (cópia anexa).

2.5. Antes de ser incorporada, em 18/08/2004, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu as participações que as empresas “Kristal” e “Venture II” possuíam na “Cinemark Brasil”, contabilizando como ágio o valor de R\$58.262.515,83.

2.6. Também em 18/08/2004, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu a totalidade das quotas da NN Participações LTDA (“NN”), como forma de adquirir a participação de 18,90% que esta empresa detinha no Capital da “Cinemark Brasil”.

2.7. Em 29/09/2004, a “Cinemark Empreendimentos” incorporou a empresa “NN”.

2.8. Assim se resume a reorganização do grupo Cinemark no Brasil:

2.8.1. Em Julho de 2004, as quotas da “Cinemark Brasil” eram detidas pelas empresas “Cinemark Empreendimentos” (52,75%), “Venture II” (18,76%), “Kristal” (9,59%) e “NN” (18,90%);

2.8.2. Em 18/08/2004, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu as quotas das empresas “Venture II” e “Kristal”, pagando o preço de R\$52.972.317,44 e R\$27.070.110,56, respectivamente, o que totalizou R\$80.042.428,00;

2.8.3. Em 18/08/2004, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu a totalidade das quotas da “NN”, pagando o preço de R\$53.750.664,74;

2.8.4. Em 29/09/2004, a “Cinemark Empreendimentos” incorporou a “NN”, passando assim a deter 100% das ações da “Cinemark Brasil”;

2.8.5. Em 30/09/2004, a “Cinemark Brasil” incorporou a “Cinemark Empreendimentos”.

II. Lançamentos Contábeis

2.9. Verificam-se os lançamentos contábeis que se seguem:

2.9.1. Débitos efetuados em 30/09/2004

Acervo da incorporação - Ágio Cinemark Brasil-
R\$58.262.515,83

Acervo da incorporação - Ágio NN Participações-
R\$38.809.418,58

2.9.2. Os Investimentos no Ativo Permanente da “Cinemark Empreendimentos” foram contabilizados conforme se demonstra:

(...)

III. Contratos Sociais

2.10. Foram analisados os contratos da “Cinemark Empreendimentos” e da “Cinemark Brasil”, suas alterações, protocolos das incorporações das sociedades, justificativas das incorporações, laudos de avaliações e balanços patrimoniais das empresas incorporadas, anexos ao presente processo, onde observa-se que o critério de avaliação do acervo líquido utilizado para fins da incorporação, corresponde ao valor do Patrimônio Líquido pelo seu valor contábil, conforme atestam os balanços patrimoniais das empresas incorporadas, bem como encontram-se definidos este critério de avaliação, nos protocolos das incorporações, isto é, **prevaleceu o critério contábil**.

2.11. Entretanto, no mês de Agosto/2004, com base no Balanço Patrimonial do mês de Julho/2004, da “Cinemark Brasil”, a empresa “Cinemark Empreendimentos” procede a uma avaliação nos investimentos que possui na “Cinemark Brasil” e na “NN PARTICIPAÇÕES” conforme lançamentos contábeis demonstrados pela mesma:

(...)

2.12. As operações relativas à aquisição das ações detidas pela “Venture II” e pela “Kristal” e à aquisição da “NN”, geraram o registro de ágio pela “Cinemark Empreendimentos”, adquirente de referidas participações societárias.

2.13. Tendo em vista que o preço pago nessas operações foi superior ao valor do Patrimônio Líquido da fiscalizada proporcional às participações societárias adquiridas, a “Cinemark Empreendimentos” desdobrou o custo de aquisição dessas participações em valor de patrimônio líquido da respectiva participação societária adquirida e ágio.

Da análise dos Investimentos

2.14. Investimento da “Cinemark Empreendimentos” na “Cinemark Brasil”:

2.14.1. Da análise dos valores contabilizados a título de ágio pela empresa “Cinemark Empreendimentos”, decorrente da participação societária na “Cinemark Brasil”, conclui-se a ocorrência das inconsistências a seguir enumeradas:

2.14.1.1. O contribuinte apresenta uma explicação datada de 04/06/2009, em que anexa os documentos a seguir enumerados, que, foram analisados por esta fiscalização, a saber:

2.14.1.1.1. Contrato de Compra e Venda de Ações (“Cinemark Brasil” - 28,35%)

2.14.1.2. Contrato de Compra e Venda de Ações (“NN” - 100,00%)

2.14.1.3. Balancetes “Cinemark Empreendimentos”: junho/julho/agosto 2004

2.14.1.4. Balancetes “Cinemark Brasil”: junho/julho/agosto/2004

2.14.1.2. Referidos contratos não foram registrados no órgão competente para suas finalidades, bem como não foram comprovadas as alegações de que: “o preço total de compra pago aos vendedores, foram suportados em estudo de rentabilidade da empresa, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”.

V. Das contabilizações referentes ao ágio na aquisição dos investimentos:

2.15. Conforme dito anteriormente, as operações relativas à aquisição das ações detidas pela “Venture II” e pela “Kristal” e à aquisição da “NN”, geraram o registro de ágio pela

“Cinemark Empreendimentos”, adquirente de referidas participações societárias.

2.16. Tendo em vista que o preço pago nessas operações foi superior ao valor do Patrimônio Líquido da fiscalizada proporcional às participações societárias adquiridas, a “Cinemark Empreendimentos” desdobrou o custo de aquisição dessas participações em valor de patrimônio líquido da respectiva participação societária adquirida e ágio.

2.17. Indicou como fundamento do ágio pago em ambas as operações a previsão de resultados em exercícios futuros, baseada em laudo de rentabilidade futura preparado pelo Deutsche Bank à época das aquisições.

2.18. Com a Incorporação da “NN” na “Cinemark Empreendimentos” e desta pela fiscalizada, “Cinemark Brasil”, a mesma iniciou a amortização do ágio para fins tributários, reconhecendo como despesa dedutível para fins de apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, os valores referentes a amortização do ágio originalmente registrado pela “Cinemark Empreendimentos”, à razão de até um sessenta avos por mês.

VI. Do tratamento tributário:

2.19. Glosa da amortização do ágio - Despesa desnecessária:

2.19.1. **Em que pese a lei permitir a dedução de amortização de ágio absorvido em incorporação, não restou comprovado pelo contribuinte o fato econômico que justificou a anterior aquisição de suas ações pela incorporada com ágio elevado, o que autoriza considerar a despesa desnecessária e, por conseguinte, indedutível para fins de apuração do lucro real.**

2.20. Incorporação às avessas - Empresa controlada incorporando a empresa controladora - Ágio de si próprio na incorporação - Indedutibilidade - Abuso de Direito:

2.20.1. **O ágio se origina de uma contraposição de receita (para o vendedor) e custo (para o comprador). Os pressupostos do ágio são a aquisição da participação societária e o fundamento econômico. Na operação de incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora imediatamente após esta ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica a contabilização, por parte do incorporado de ágio de si próprio, por faltar-lhe os pressupostos do ágio. A contabilização pelo incorporador deste valor chamado de ágio em conta de ativo diferido, em contrapartida de uma conta de reserva (patrimônio líquido), configura uma duplicação do ágio já contabilizado pelo investidor original.**

VII. Da atividade administrativa do lançamento:

2.21. Como o parágrafo único do artº 142 do C.T.N. esclarece que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, cumprindo

o disposto nos artºs. 904, 905, 911 do Decreto nº 3.000, de 26/03/99 (RIR/99), efetuamos de ofício, o presente lançamento, conforme prevê o artº 926 do mesmo diploma legal, com o fim precípua de promover a constituição do crédito tributário do fato já relatado.

VIII. Do procedimento fiscal:

2.22. Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, nos termos do artº 926 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999(RIR/99), tendo em vista que foram apuradas as infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados no Auto de Infração lavrado nesta data:

Adição não computada na apuração do lucro real, bem como da Base de Cálculo da CSLL decorrente de amortização do ágio decorrente de aquisição de participação societária, indedutível por faltar-lhe os pressupostos do ágio.

Valor Tributável Total: RS72.803.950,65.

(...)

IX. Do enquadramento legal:

*2.23. Conforme descrito no Auto de Infração do IRPJ e da CSLL, anexos e partes integrantes deste Termo de Verificação Fiscal.
(...)*

XI. Do encerramento:

2.24. E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo de Verificação Fiscal, em 03 (três) vias de igual forma e teor (...).

3. O contribuinte teve ciência dos Autos de Infração em 05/12/2011 (AR; fl. 701), e deles discordando, em 03/01/2012, impugnou-os (fls. 704 a 732), nos seguintes termos, resumidamente.

I. SUMÁRIO

3.1. O presente processo administrativo versa sobre a dedutibilidade de parcelas de amortização de ágio registradas pela Impugnante no curso dos anos-calendário de 2006 a 2009.

3.2. De um lado, as dd. autoridades fiscais alegam que esse ágio não seria dedutível por ser decorrente de operações de aquisição de participação societária sem fundamento econômico e envolvendo incorporação “às avessas”.

3.3. A Impugnante, por outro lado, vem demonstrar que o ágio questionado pelas dd. autoridades fiscais foi decorrente de operações comerciais de aquisição de participação societária, absolutamente legítimas, executadas entre partes não relacionadas e com pagamento de preço em dinheiro, além de claro propósito negocial no desenvolvimento das atividades do grupo Cinemark no Brasil.

II. DOS FATOS

3.4. O grupo Cinemark foi fundado em 1984 nos Estados Unidos da América com a inauguração de uma cadeia de cinemas em Salt Lake City. Em dois anos, o grupo conseguiu grande expansão no oeste e centro-oeste dos Estados Unidos, com a aquisição de salas na Califórnia, Oregon, Utah e Texas.

3.5. No início da década de 90, o grupo Cinemark decidiu expandir seus negócios em nível mundial. Na América Latina, o grupo inaugurou a primeira sala de cinema no Chile em 1993, chegando ao Brasil em 1997.

3.6. No Brasil, o grupo Cinemark foi o pioneiro na implantação das chamadas salas multiplex, ou seja, conjuntos de 8 ou mais salas de cinema em um mesmo espaço (notadamente shoppings centers), com qualidade superior de som e imagem.

3.7. Apesar de atualmente o conceito de salas multiplex ser praticamente sinônimo de cinema no Brasil, a proposta do grupo Cinemark em 1997 - que, até então, não tinha qualquer atuação no Brasil - consistia em uma total revolução do mercado de salas de cinema, o que envolvia grande investimento inicial e, também, um significativo risco nesse investimento.

3.8. Nesse cenário, o ingresso do grupo Cinemark no Brasil foi realizado por meio de uma joint venture com investidores não relacionados interessados nesse mercado em expansão. Assim, em 1997, o grupo Cinemark organizou uma empresa holding no Brasil, a Cinemark Empreendimentos e Participações Ltda. ("Cinemark Empreendimentos"), e essa empresa, juntamente com os investidores Venture II Equity Holdings Corporation ("Venture II"), Kristal Holdings Limited ("Kristal") e NN Participações Ltda. ("NN"), organizaram a empresa operacional Cinemark Brasil S.A. ("Cinemark Brasil" ou Impugnante).

3.9. A organização da "Cinemark Brasil" com a participação do grupo Cinemark e dos terceiros investidores foi devidamente registrado por meio de Contrato de Joint Venture e de Acordo de Acionistas, que previam detalhadamente os direitos e obrigações das partes no âmbito da joint venture, especialmente as situações que implicariam o seu encerramento.

3.10. Em 2004 - ou seja, mais de sete anos após a criação da joint venture - os investidores decidiram exercer seu direito de venda de suas ações na "Cinemark Brasil", em vista da ocorrência de um dos eventos previstos no Acordo de Acionistas. Nesse momento, o grupo Cinemark adquiriu a totalidade dessas ações, de forma que as atividades no Brasil fossem concentradas dentro do grupo.

3.11. Assim, a "Cinemark Empreendimentos" adquiriu as ações detidas pela "Venture II" e pela "Kristal" na "Cinemark Brasil" e adquiriu a totalidade das quotas da "NN". Nessas operações, o preço foi baseado em laudo elaborado pelo

Deutsche Bank com base em expectativa de rentabilidade futura e pago em dinheiro aos investidores. Foi superior ao valor patrimonial das participações societárias adquiridas. Dessa forma, a “Cinemark Empreendimentos” registrou ágio, nos termos do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda.

3.12. Subsequentemente e como, com a saída dos terceiros investidores e a extinção do Acordo de Acionistas, não havia mais razão para a manutenção da “Cinemark Empreendimentos”, esta empresa incorporou a “NN” e, em seguida, a “Cinemark Brasil”, por ser a empresa operacional, incorporou a “Cinemark Empreendimentos”. Assim, as participações societárias adquiridas com ágio foram liquidadas mediante incorporação e, nos termos do artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), a “Cinemark Brasil” passou a ter o direito de amortizar esse ágio para fins fiscais.

3.13. O referido ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura foi amortizado em 5 anos, à razão de um sessenta avos por mês, nos anos de 2004 a 2009. É a amortização desse ágio para fins fiscais, especialmente nos anos de 2006 a 2009, que consiste no objeto do presente processo administrativo.

3.14. Em suma, as dd. autoridades fiscais concluíram que o ágio gerado em operações de aquisição de participação societária realizadas entre **partes não relacionadas** e com **pagamento em dinheiro** do preço determinado em estudo de terceiros baseado em **expectativa de rentabilidade futura da empresa** não seria dedutível para fins fiscais.

3.15. Na tentativa de suportar essa absurda conclusão, as dd. autoridades fiscais alegam, sem qualquer embasamento, que (i) a Impugnante não teria comprovado que o preço pago aos investidores pela aquisição, direta ou indiretamente, da participação societária na Cinemark Brasil teria sido suportado em estudo de rentabilidade da empresa com base em expectativa de rentabilidade futura; (ii) a Impugnante não teria comprovado “o fato econômico que justificou a anterior aquisição de suas ações pela incorporada com ágio elevado”; e (iii) a existência de “incorporação às avessas”.

3.16. Nesse cenário, as dd. autoridades fiscais determinaram a glosa integral das despesas de amortização do ágio relativas aos anos-calendário de 2006 a 2009 e, conseqüentemente, exigem o recolhimento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) acrescidos de juros de mora e de multa de ofício de 75%.

3.17. A Impugnante, no entanto, não pode concordar com as alegações e conclusões das dd. autoridades fiscais, uma vez que elas foram baseadas em uma análise totalmente equivocada (ou enviesada) das operações em exame. É o que se passa a demonstrar.

III. DAS RAZOES DE DEFESA

III.1. Das operações em exame

3.18. Para que os Ilustres Julgadores possam fazer um juízo completo e imparcial do lançamento fiscal em análise, a Impugnante apresenta breve relato das operações envolvendo a dissolução da joint venture da Cinemark no Brasil. III.1.a. Situação até julho de 2004

3.19. Até julho de 2004, a situação da Impugnante podia ser sumarizada da seguinte forma:

(i) Terceiros Investidores => Venture II = (18,76%) => Cinemark Brasil

(ii) Terceiros Investidores => Kristal = (9,59%) => Cinemark Brasil

(iii) Brasil Holdings LLC + Cinemark LLC => Cinemark Empreendimentos = (52,75%) => Cinemark Brasil

(iv) Prona + Pessoas Físicas => NN Participações = (18,90%) => Cinemark Brasil

Obs1: Exterior: “Terceiros Investidores”; “Venture II”; “Kristal”; “Brasil Holdings LLC”; “Cinemark LLC”; “Prona”.

Obs2: Brasil: “Cinemark Empreendimentos”; “Pessoas Físicas”; “NN Participações”; “Cinemark Brasil”.

3.20. Então, no AC de 2004, após mais de sete anos da constituição da joint venture, decidiu-se encerrá-la com os parceiros existentes à época, de forma que as atividades do grupo “Cinemark no Brasil” passaram a ser desenvolvidas somente em uma empresa operacional (a Impugnante) detida diretamente por empresas do grupo Cinemark no exterior.

3.21. Nesse contexto, as partes negociaram os termos do encerramento da joint venture, tendo negociado o preço das ações vendidas, mediante elaboração de laudo de avaliação a mercado das participações societárias a serem adquiridas, e outras formalidades previstas no Acordo de Acionistas. Com esse objetivo em vista, foram realizadas as operações descritas abaixo.

III.1.b. Aquisição pela Cinemark Empreendimentos das ações detidas pela Venture II e pela Kristal

3.22. Em 18/08/2004, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu a totalidade das ações da Impugnante detidas pelas empresas estrangeiras “Venture II” e “Kristal”, tal como evidencia o respectivo Contrato de Compra e Venda de Ações (**Doc. 04**).

3.23. As ações detidas pela “Venture II” e pela “Kristal” correspondiam a 28,35% do capital da Impugnante e o preço total pago pela “Cinemark Empreendimentos” para a aquisição dessas ações foi de R\$80.042.428,00.

3.24. Considerando que o patrimônio líquido da Impugnante, com base em balancete levantado em 31 de julho de 2004 (**Doc. 05**), correspondia a R\$76.824.448,79, temse que (i) o valor da participação adquirida (ou seja, 28,35% do patrimônio líquido

da Impugnante) foi de R\$21.779.912,17; e (ii) o ágio registrado (ou seja, a diferença entre o preço pago e o valor patrimonial do investimento adquirido) foi de R\$58.262.515,83.

III.1.c. Aquisição da NN Participações pela Cinemark Empreendimentos

3.25. A “NN” era uma empresa brasileira constituída por investidores com o propósito específico de deter investimento na Impugnante e de participar como sócia no Acordo de Acionistas. Assim, no cenário de dissolução da joint venture e atendendo à solicitação de tais investidores, a “Cinemark Empreendimentos” adquiriu, em 18/08/2004, a totalidade das quotas da “NN” como forma de adquirir a participação de 18,90% por esta detida no capital da Impugnante.

3.26. O Contrato de Compra e Venda de Quotas celebrado pela Cinemark Empreendimentos e os quotistas da NN Participações (**Doc. 06**) determinou o pagamento do preço total de R\$53.750.664,74 (USD 18.061.379,28; o preço por ação foi de US\$0,006: R\$0,178), divididos entre os sócios da “NN” proporcionalmente à participação societária de cada um detida na referida empresa (Prona Global Ltd., Edgar Gleich, Riccardo Arduini, Moises Pinsky, Eduardo Alalou e Roberto Luiz Leme Klabin).

3.27. Considerando que o patrimônio líquido da “NN” correspondia a R\$14.943.503,53 (**Doc. 07**), tem-se que (i) o valor da participação adquirida foi de R\$14.943.503,53 (há uma diferença imaterial de R\$2.275,25 entre o valor mencionado e o valor utilizado como base de cálculo do ágio. O PL da “NN” era principalmente composto por seu investimento na Impugnante, no valor de R\$14.519.326,86: participação de 18,90% sobre o PL da Impugnante em 31/07/2004, de R\$76.824.448,79); e (ii) o ágio registrado (ou seja, a diferença entre o preço pago e o valor patrimonial do investimento adquirido) foi de R\$38.809.418,58.

III.1.d. Incorporação da NN Participações pela Cinemark Empreendimentos

3.28. Então, em 29/09/2004, a “Cinemark Empreendimentos” incorporou a “NN” (**Doc. 08**), passando, assim, a deter, diretamente, a totalidade das ações da Impugnante.

III.1.e. Incorporação da Cinemark Empreendimentos pela Impugnante

3.29. Por fim, em 30/09/2004, a Impugnante incorporou a “Cinemark Empreendimentos” (**Doc. 09**), de forma que a estrutura societária do grupo passou a ser a seguinte:

Brasil Holdings LLC + Cinemark LLC => Cinemark Brasil

3.30. Assim, as operações resultaram no encerramento da joint venture com os parceiros não-relacionados e na consolidação das atividades do grupo Cinemark no Brasil em empresa operacional (a Impugnante).

3.31. *Sob o ponto de vista fiscal, as participações societárias adquiridas pela “Cinemark Empreendimentos” na Impugnante e na “NN” foram liquidadas mediante incorporação, de forma que a empresa sobrevivente, a Impugnante, passou a ter direito a amortizar o ágio registrado nas referidas aquisições, conforme demonstrado no laudo de avaliação preparado por Deutsche Bank baseado em expectativa de rentabilidade futura.*

III.2. Da improcedência das acusações fiscais

3.32. *O Termo de Verificação Fiscal tem oito páginas, das quais quatro contêm descrições dos fatos e três contêm planilha com o valor do ágio amortizado no período autuado e outras formalidades do lançamento fiscal. Ou seja, toda a motivação do lançamento fiscal foi apresentada em uma única página; aliás, mais especificamente, em três parágrafos.*

3.33. *No primeiro, as dd. autoridades fiscais alegam que os Contratos de Compra e Venda de Ações não foram registrados “no órgão competente” e que não “não foram comprovadas as alegações de que o preço total de compra pago aos vendedores foram suportados em estudo de rentabilidade da empresa, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”.*

3.34. *No segundo, as dd. autoridades fiscais alegam que não há “fato econômico” para justificar as operações em exame. Simplesmente fazem tal alegação sem apresentar absolutamente qualquer fundamentação e/ou indício que indicasse a ausência de propósito negocial para as operações, a despeito de claramente se tratar de operações entre terceiros não relacionados.*

3.35. *E, por fim, em um parágrafo, as dd. autoridades fiscais alegam que o ágio seria decorrente de uma incorporação às avessas e que, portanto, a empresa incorporadora, a Impugnante, não poderia registrar “ágio de si próprio”. Como se vê, as dd. autoridades fiscais sequer colocaram esforço em fundamentar o lançamento fiscal.*

3.36. *De fato, é fácil compreender a razão pela qual as dd. Autoridades fiscais não apresentaram razões mais detalhadas para suportar o lançamento fiscal: não existem razões válidas para fundamentar a glosa de despesas de amortização de ágio decorrente de operações de aquisição de participação societária, entre partes não relacionadas, com pagamento em dinheiro de preço fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e com incorporação da empresa detentora da participação societária.*

3.37. *De qualquer modo, visando a afastar qualquer dúvida que possa existir com relação à absoluta regularidade das operações em exame e do respectivo tratamento fiscal, a Impugnante passa a demonstrar a improcedência das alegações fiscais.*

III.2.a. Registro dos contratos

3.38. *As dd. autoridades fiscais alegam que os Contratos de Compra e Venda de Ações celebrados entre a “Cinemark Empreendimentos” e os parceiros investidores não teriam sido “registrados no órgão competente para as suas finalidades”.*

3.39. *Em primeiro lugar, vale mencionar que as dd. autoridades fiscais não mencionam, em nenhum momento, qual seria o “órgão competente” para registro dos referidos contratos de compra e venda. Assumindo a hipótese de que referidos contratos deveriam ter sido registrados em cartório de registro de títulos e documentos, cumpre ressaltar que tal registro não é obrigatório, sendo uma faculdade para as partes envolvidas.*

3.40. *Nesse sentido, vale relembrar o valioso princípio pacta sunt servanda, ou seja, que o contrato faz lei entre as partes. Ainda mais especificamente sobre contratos de compra e venda, o Código Civil dispõe claramente que sua validade só depende do acordo entre as partes com relação a objeto e preço, veja-se:*

“Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.”

3.41. *Além disso, a transferência das ações da Impugnante pela “Venture II” e pela “Kristal” para a “Cinemark Empreendimento” e das ações da “NN” por seus sócios para a “Cinemark Empreendimentos” foram devidamente registradas nos livros societários da Impugnante e da “NN”, em especial no Livro de Registro de Ações Nominativas (Doc. 10), tal como previsto no artigo 31 da Lei n.º 6.404/76, em estrito cumprimento com a legislação comercial, não havendo qualquer irregularidade nesse procedimento.*

III.2.b. Da existência de pagamento de preço pela aquisição das participações societárias

3.42. *A Impugnante apresenta os Recibos assinados por todos os vendedores das participações societárias, reconhecendo o recebimento do pagamento realizado pela Cinemark Empreendimentos (Doc. 12).*

III.2.c. Da existência de propósito negocial

3.43. *As dd. autoridades fiscais alegam, ainda, que não houve “fato econômico” para justificar as operações descritas acima, ou seja, que as aquisições de participação societária não teriam claro propósito negocial. Essa alegação, no entanto, além de imotivada no lançamento fiscal, claramente foi feita sem qualquer análise das características das operações em exame.*

3.44. *Com efeito, tal como narrado acima, o grupo Cinemark decidiu, em 1997, por razões estratégicas, iniciar suas operações no Brasil por meio da formação de uma joint venture com empresas não relacionadas.*

3.45. *O Contrato de Joint Venture, em conjunto com seus Apêndices, foi assinado em 23/10/1997, estabelecendo todos os deveres e direitos das empresas participantes, inclusive as situações em que as empresas poderiam exercer “Opção de*

Compra e Venda” das ações (o que foi confirmado na Alteração do Acordo de Acionistas datado de 13/11/2001).

3.46. Então, **decorridos sete anos** da criação e operação da referida joint venture, a Cinemark USA notificou as empresas “Venture II”, “Kristal” e “NN” da venda por Lee Roy Mitchel e por The Mitchell Special Trust de parcela significativa das ações na Cinemark Inc (que era a empresa holding do grupo Cinemark domiciliada nos Estados Unidos da América). Conforme previsto no Acordo de Acionistas, esse evento daria o direito das empresas (terceiros investidores) de exercerem sua “Opção de Venda” de suas ações na Impugnante.

3.47. A “Venture II”, “Kristal” e “NN” decidiram exercer sua “Opção de Venda” e, nesse cenário, iniciou-se **negociação** para a aquisição das ações detidas por estas na “Cinemark Brasil” e para o encerramento da joint venture. Então, em 18/08/2004, foram celebrados Contratos de Compra e Venda de Quotas formalizando a compra da totalidade das ações da Impugnante pela “Cinemark Empreendimentos”.

3.48. Visando a esclarecer o claro e inquestionável propósito comercial dessa operação, vale transcrever o Preâmbulo desses Contratos (que têm a mesma redação):

“Preâmbulo

Cinemark USA, Inc., Lee Roy Mitchell, Venture II Equity Holdings Corporation Inc ('Venture II'), Krital Holdings Limited ('Kristal ') e NN Participações Ltda. ('NN') são partes de um certo Contrato de Opção e Voto celebrado em 13 de novembro de 2001, conforme alterado (o 'Contrato de Opção), de acordo com o qual a Venture II, a Kristal e a NN possuiriam o direito de fazer com que a Cinemark USA, Inc. e/ou Lee Roy Mitchell adquirissem as ações da Cinemark Brasil S.A. detidas pela Venture II, Kristal e pela NN (a 'Opção de Venda') mediante a ocorrência de determinados eventos.

B. A Cinemark USA notificou a Venture II, a Kristal e a NN da ocorrência de evento que acionou a Opção de Venda.

C. A Venture II, a Kristal e a NN exerceram a Opção de Venda conforme os termos do Contrato de Opção.

D. As Partes do presente instrumento já acordaram o preço por ação a ser pago pelas ações da Cinemark Brasil S.A.

E. As Partes concordam que a Compradora será a sociedade responsável pela aquisição da totalidade das quotas emitidas pela NN.

F. Os Vendedores concordam em vender tais quotas à Compradora, de acordo com os termos e condições do presente Contrato.”

3.49. *As operações questionadas pelas dd. autoridade fiscais são justamente decorrentes dos Contratos de Compra e Venda de Quotas mencionados acima, celebrados em 2004 no contexto de encerramento da joint venture criada em 1997 no início das atividades do grupo Cinemark no Brasil.*

3.50. Não houve ágio interno ou “ágio de si próprio”, mas ágio decorrente de operações entre partes não relacionadas no âmbito da dissolução de joint venture criada há mais de sete anos para o desenvolvimento do mercado de salas de exibição no Brasil.

3.51. Como se vê, a acusação de ausência de propósito comercial nessas operações não possui qualquer embasamento a garantir-lhe validade. O propósito comercial está presente e comprovado nestes autos, sendo facilmente extraído através da simples análise dos documentos acima mencionados e anexados aos presentes autos.

III.2.d. Da inexistência de relação entre as empresas

3.52. Com base na exposição acima, fica absolutamente claro que as operações que deram origem ao ágio não foram realizadas entre empresas ligadas. Sim, pois, apesar de a Impugnante e a Cinemark Empreendimentos serem empresas relacionadas à época, as operações de aquisição de participação societária que geraram o ágio em exame não foram realizadas entre elas.

3.53. Repita-se que as operações objeto do presente processo foram realizadas, de um lado, pela “Cinemark Empreendimentos” (compradora) e, do outro lado, pela “Venture II”, “Kristal” e quotistas da “NN”, sendo todas as empresas independentes, sem qualquer vínculo com o grupo Cinemark.

3.54. A Impugnante, com o objetivo de afastar qualquer dúvida sobre o assunto, apresenta: (i) os Contratos Sociais da “Venture II”, “Kristal” e “Prona” (principal quotista da “NN”) registrados perante as autoridades públicas das Ilhas Virgens Britânicas (**Doc. 13**) e (ii) Declaração firmada por Michael Cavalier (Sênior Vice President General Counsel) atestando a inexistência de qualquer relação entre as empresas e o grupo Cinemark (**Doc. 14**).

3.55. A inexistência de vínculos entre essas empresas e seus sócios com o grupo Cinemark é demonstrada pela própria existência do Contrato de Joint Venture, Acordo de Acionistas, Contratos de Compra e Venda de Quotas (este inclusive publicado pelo grupo Cinemark perante a US Securities and Exchange Commission, como se verifica no “link” <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1173463/000095013404017056/d19972exv10w20xby.htm>) e todos os demais atos, claramente praticados mediante negociação entre as partes.

III.2.e. Da irrelevância da incorporação “às avessas”

3.56. Como mencionado acima, a última operação praticada no contexto do encerramento da joint venture entre o grupo Cinemark e terceiros nas atividades no Brasil consistiu na incorporação da “Cinemark Empreendimentos” pela Impugnante.

3.57. *As dd. autoridades fiscais qualificam essa operação como “incorporação às avessas”. Sobre essa alegação fiscal, vale mencionar, inicialmente, que a “incorporação às avessas” que realmente é objeto de discussões nos tribunais administrativos e judiciais consiste na incorporação de empresa superavitária por empresa deficitária e/ou dormente, nos casos em que a empresa sobrevivente continua utilizando prejuízos fiscais acumulados.*

3.58. *A discussão nesses casos, portanto, recai sobre qual seria, sob o enfoque da substância, a empresa sobrevivente e se essa empresa teria direito a utilizar os prejuízos fiscais acumulados.*

3.59. *Além disso, é importante mencionar que a própria legislação pertinente à possibilidade de amortização de ágio registrado na aquisição de participações societárias autoriza expressamente a incorporação da empresa controladora pela controlada.*

3.60. *Por fim, cumpre mencionar que não há qualquer duplicação do valor do ágio; a empresa detentora do ágio foi incorporada e, nos exatos termos da legislação contábil e fiscal, o ágio foi transferido para a empresa incorporadora, que passou a ter direito de amortizar esse valor para fins fiscais. Dessa forma, a incorporação realizada pela Impugnante também não poderia ter sido objeto de qualquer questionamento pelas dd. autoridades fiscais.*

III.2.f. Conclusão

3.61. *Em vista do exposto, resta claro que as operações em exame foram realizadas com claro propósito comercial, entre pessoas jurídicas não relacionadas, com pagamento de preço suportado em laudo de avaliação baseado em expectativa de rentabilidade futura e em hipótese expressamente prevista na legislação.*

III.3. Da impossibilidade de modificação de critérios jurídicos adotados pelas autoridades fiscais

3.62. *O auto de infração ora combatido não é o primeiro lavrado contra a Impugnante com relação à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio registrado nas operações descritas acima.*

3.63. *Com efeito, o Processo Administrativo (PA) n.º 19515.002126/2009-93, atualmente pendente de julgamento perante o CARF, versa sobre o mesmo tema, tratando especificamente do AC 2004. A existência de dois lançamentos fiscais sobre um mesmo assunto por si só não causa estranheza, especialmente por se tratar de amortização de ágio que tem efeitos fiscais em, no mínimo, cinco AC.*

3.64. *Não obstante, a presente situação merece uma especial atenção, uma vez que os dois lançamentos fiscais que versam sobre a dedutibilidade das parcelas de amortização de ágio*

*foram baseados em fundamentos fáticos e legais **totalmente** distintos.*

3.65. *Com efeito, no auto de infração relativo ao PA 19515.002126/2009-93 (Doc. 15), as dd. autoridades fiscais reconheceram que as operações em exame geravam o direito de registro e amortização de ágio, na medida em que o preço pago pela “Cinemark Empreendimentos” para aquisição das participações societárias na “Cinemark Brasil” e na “NN” foi superior ao valor patrimonial de referidas participações societárias, que existia laudo com base em expectativa de rentabilidade futura e que se tratava de operações entre partes não relacionadas.*

3.66. *No entanto, como se depreende claramente da leitura do auto de infração, as dd. autoridades fiscais acusaram a Impugnante de ter deduzido, para fins de apuração do lucro real, “valores de ágio em investimentos, em valores superiores aos apurados, em conformidade com os exames realizados na escrituração da investidora e das investidas, bem como em seus documentos de suporte” (destaque da Impugnante).*

3.67. *Dito de outro modo, de acordo com o TVF do PA 19515.002126/2009-93, as dd. autoridades fiscais concluíram que a “Cinemark Empreendimentos” teria cometido equívocos no cálculo matemático do valor do ágio registrado na aquisição de participações societárias na Impugnante e na “NN”, o que teria resultado na apropriação de ágio em valor superior que o devido.*

3.68. *Com relação à aquisição da participação societária detida pelas empresas “Venture II” e “Kristal”, a Impugnante registrou ágio no valor de R\$58.262.515,83, mas as dd. autoridades fiscais concluíram que a Impugnante somente faria jus a ágio no valor de R\$39.517.531,26, de forma que a diferença de R\$18.744.984,57 deveria ser glosada.*

3.69. *As dd. autoridades fiscais reconheceram as operações praticadas pela Impugnante tal como foram realizadas e somente questionaram o cálculo do ágio registrado nessas operações. **Ou seja, a discordância das dd. autoridades fiscais com relação ao procedimento adotado pela Impugnante era meramente matemática.***

3.70. *As dd. autoridades fiscais não podem adotar um determinado critério para qualificar juridicamente um fato e, em momento posterior, qualificar o mesmo fato com base em outros critérios jurídicos. Espera-se um mínimo de coerência por parte das autoridades públicas, de forma a garantir a segurança dos contribuintes e proteger a confiança destes na Administração Pública, conforme veiculado no artigo 146 do CTN. Traz doutrina em socorro de sua tese.*

3.71. *A vedação a este tipo de atitude do Fisco é também reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 2007:*

“EMENTA: ‘TRIBUTÁRIO. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. LANÇAMENTOS ANTERIORES. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. (...).

1. O reenquadramento de contribuinte pelo Fisco de autarquia para empresa pública, em decorrência de decisão do Supremo, que examinou a natureza jurídica da entidade, não autoriza a cobrança das diferenças tributárias porventura existentes antes dessa alteração. Incidência do art. 146 do CTN.

2. A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento' (Súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos) (...).

VOTO - O INSS pretende cobrar as diferenças decorrentes do reenquadramento do contribuinte de autarquia para empresa pública. O artigo 146 do Código Tributário Nacional - CTN prescreve:

'Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua efetivação'.

O novo enquadramento do contribuinte como empresa pública implicou na alteração de regra técnica e, portanto, deve ser considerado como alteração do critério jurídico para fins de proteção do artigo 146 do CTN, pois o próprio Pretório Excelso foi chamado a deliberar a respeito de sua natureza jurídica.

Essa norma proíbe a revisão ou a realização de outro lançamento tributário pelo Fisco para alterar aquele já realizado segundo os critérios jurídicos praticados anteriormente, em nome do princípio da segurança jurídica". (...)

Assim, todas as revisões dos lançamentos tributários constantes da NFLD de 21.12.99 não podem prevalecer, pois esse ato administrativo constituiu o marco da modificação introduzida de ofício pela autoridade administrativa relativamente aos critérios jurídicos adotados no lançamento tributário." (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 881.804, Processo nº 2006/0133960-0, Data da Sessão 15/02/2007, Relator: Ministro Castro Meira).

3.72. *O extinto Tribunal Federal de Recursos havia cristalizado esse entendimento na Súmula 227, assim redigida:*

“A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

3.73. *Em vista do exposto acima, conclui-se que os fundamentos utilizados pelas dd. autoridades fiscais no lançamento fiscal em exame não podem ser admitidos pela Impugnante, em face da imutabilidade dos critérios jurídicos utilizados pelas autoridades fiscais no exercício do lançamento tributário.*

IV. DO PEDIDO

3.74. *Requer seja reconhecida a total improcedência do lançamento fiscal, tendo em vista a absoluta regularidade do registro e amortização de ágio decorrente de aquisição de participação societária realizada entre partes não relacionadas e com pagamento em dinheiro de preço determinado com base em estudo de expectativa de rentabilidade futura e posterior incorporação da detentora da participação societária.*

3.75. *Requer, ainda, seja reconhecida a impossibilidade de alteração dos critérios jurídicos para qualificar um fato, tal como pretendido pelas dd. autoridades fiscais.*

4. *O presente processo foi encaminhado a esta DRJ, que após análise e consultas efetuadas aos sistemas da RFB (Receita Federal do Brasil), decidiu encaminhá-lo em diligência à DEFIS/SP, nos seguintes termos, sinteticamente.*

4.1. *Consulta ao Sistema CNPJ indica que a “Cinemark Empreendimentos” (CNPJ nº 00.764.390/0001-76), se encontra na situação “Ativa” (conforme pesquisa anexa).*

4.2. *Pesquisa da “Ficha Cadastral Completa” da “Cinemark Empreendimentos” no site da JUCESP (Junta Comercial do Estado de São Paulo), em 19/10/2012 (conforme anexo), indica que não há informação de sua incorporação, diferentemente da empresa “NN” (CNPJ nº 02.193.625/0001-42), que aparece como **incorporada** pela “Cinemark Empreendimentos”.*

4.3. *Em face do exposto, encaminho o presente processo à DEFIS/SP para que se diligencie junto à Impugnante, no sentido de esclarecer: (i) se houve, efetivamente, o pagamento do ágio (verificar, p.e., extratos bancários confirmando a saída do numerário; contratos de fechamento de câmbio; contabilização; etc); (ii) se as partes nele envolvidas são independentes; e (iii) se a JUCESP averbou o registro da incorporação da “Cinemark Empreendimentos” pela “Cinemark Brasil”, ou seja, se a “Cinemark Empreendimentos” foi, oficialmente, incorporada. Após, apresentar relatório conclusivo sobre estas e outras questões que entender pertinentes.*

5. *A DEFIS/SP recebeu o presente processo. A Impugnante foi intimada (fls. 1.313 a 1.315) e cientificada em 07/03/2013 (AR; fl. 1.316), respondeu à intimação (fls. 1.320 a 1.322). Foi emitido “Relatório Conclusivo de Diligência Fiscal” (fls. 1.436 a 1.446) nos seguintes termos, sinteticamente.*

IV. DAS INTIMAÇÕES

Das intimações feitas pela autoridade fiscalizadora e atendimento pela parte recorrente

5.1. *A Diligenciante reproduz breve histórico sobre as intimações e respostas efetuadas.*

DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS

5.2. *O primeiro item a ser diligenciado a pedido da instância julgadora é:*

(i) se houve, efetivamente, o pagamento do ágio (verificar, p.e., extratos bancários confirmando a saída do numerário; contratos de fechamento de câmbio; contabilização; etc)

5.3. O contribuinte, desde o início da fiscalização, até o presente momento, NÃO apresentou quaisquer extratos bancários ou documento hábil e idôneo que pudesse comprovar, EFETIVAMENTE, que o numerário foi pago e por quem foi pago.

5.4. Pelos documentos apresentados pelo contribuinte, pode-se intuir que:

- Os extratos emitidos pelo BACEN indicam operações de câmbio realizadas em 2004 para pagamento das empresas estrangeiras Kristal, Venture II e Prona; bem como da C.Br.

- Porém, o mais importante para demonstrar e comprovar as operações realizadas entre as empresas faltou, ou seja, falta mostrar, só e tão somente, de onde saiu o numerário para este pagamento.

- Os documentos apresentados tais como extratos emitidos pelo BACEN, telas do SISBACEN NÃO são documentos hábeis, e por si só, não servem como prova.

- Ademais, livros contábeis e fiscais não são prova SEM a presença da documentação de suporte hábil e idônea.

5.5. Persiste por parte do contribuinte, a total falta na apresentação de documentos, uma vez que:

- NÃO apresentou os extratos bancários para comprovar que o dinheiro saiu da empresa para pagamento de aquisição de cotas; (prova crucial)

- NÃO apresentou contratos de fechamento de câmbio, apenas telas da internet do site do SISBACEN; - A escrituração de lançamento contábil, por si, não é prova. Apenas o é, com a presença de documentação lastreando o que se contabiliza.

- A impugnante não apresenta provas capazes de comprovar as despesas computadas nos seus custos, insistindo em justificativas:

"Infelizmente, a sociedade está tendo dificuldades em obter junto às instituições financeiras os extratos de conta corrente refletindo tais operações, por se tratarem de operações ocorridas há mais de cinco anos."

5.6. Uma empresa formalmente constituída não deixa de manter em seus arquivos, para dar suporte à contabilidade, documentos importantíssimos como os extratos bancários, emitidos pela instituição financeira (pois não basta ter "telas" de internet para demonstrar movimentação bancária).

*5.7. Uma empresa que tem ações judiciais em andamento, **deve e tem** obrigação de manter os documentos que provam o que ela quer demonstrar. No caso em questão, a empresa deve*

demonstrar, inequivocamente, que os pagamentos a que ela se refere vem de suas contas bancárias regularmente escrituradas na sua contabilidade.

5.8. Para que uma despesa seja dedutível deve ser lastreada com documentação de terceiros, ou seja, não basta ter prova de lavra própria, provinda de fonte meramente interna. Este tipo de documentação não confere segurança e liquidez à operação.

5.9. A empresa CINEMARK não comprova que o numerário saiu de conta-corrente constante de sua contabilidade.

5.10. Ainda, a ausência de apresentação de documentos comprobatórios da escrita contábil e fiscal, contrariando as disposições das leis comerciais e fiscais, demonstram-se inócuas e impossibilitam a dedutibilidade das despesas questionadas.

5.11. Assim, ante a falta de apresentação de documentos comprobatórios de que realmente o numerário foi debitado de conta-corrente escriturada, pela ausência de elementos que comprovem a eficácia do quanto alegado no intuito de corroborar o procedimento fiscal, não há como esta fiscalização aceitar as argumentações apresentadas pelo contribuinte, por incomprovadas e não justificadas, sugerindo à Autoridade Julgadora, que considere procedente a autuação fiscal.

5.12. O segundo item a ser diligenciado a pedido da instância julgadora é:

(ii) se as partes nele envolvidas são independentes

5.13. As partes envolvidas são dependentes, são acionistas entre si, conhecedoras de seus negócios. Veja pelos documentos abaixo:

*5.13.1. A Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 06/07/2001, da “Cinemark Brasil”, versa como acionistas da “Cinemark Empreendimentos”, dentre muitos, a empresa **Venture II Equity Holdings Corporation (“Venture II”), NN Participações Ltda (“NN”) e Kristal Holdings Limited (“Kristal”).***

5.13.2. O Boletim de Subscrição de Ações da “Cinemark Brasil”, conforme aumento de capital autorizado da Sociedade aprovado na Assembléia Geral Extraordinária em 06/07/2001, tem como subscritores as empresas: “NN” (30.344 ações subscritas em 06/07/2001), “Kristal” (45.515 ações subscritas em 06/07/2001).

5.13.2. No Contrato de Compra e venda de quotas, datado de 18/08/2004, celebrado entre a “Cinemark Empreendimentos” (compradora) e a “Prona” (vendedora), onde ocorre que a “Prona”, sociedade localizada nas Ilhas Virgens Britânicas, aliena a totalidade das quotas que detém do capital da “NN”, constando na cláusula 4.13 do mesmo contrato, que a empresa “NN” não possui, direta ou indiretamente, ações do capital social de qualquer pessoa, exceto da “Cinemark Brasil”.

5.14. O último item a ser diligenciado a pedido da Instância julgadora é:

(iii) se a JUCESP averbou o registro da incorporação da “C.E.P.” pela “C.Br.”, ou seja, se a “C.E.P.” foi, oficialmente, incorporada

5.15. Com relação à Incorporação da “Cinemark Empreendimentos” pela “Cinemark Brasil”, a empresa apresenta:

- A 17ª alteração do Contrato Social de Cinemark Empreendimentos e Participações Ltda, que reflete sua extinção por incorporação na Cinemark Brasil S/A, registrada na JUCERJA em 31/03/2005 (Doc. 02);

- Ata da Assembléia Geral Extraordinária da Cinemark Empreendimentos e Participações Ltda, registrada na JUCESP em 25/10/2004 (Doc. 03).

5.16. E justifica que por um lapso o CNPJ da “Cinemark Empreendimentos” continua ativo, mas está tomando as medidas necessárias para a devida baixa de tal registro, uma vez que a “Cinemark Empreendimentos” foi extinta por incorporação em 30/09/2004.

5.17. Além disso, a extinção da “Cinemark Empreendimentos” não estava registrada na JUCESP, pois esta empresa estava sediada no Estado do Rio de Janeiro, estando sob a jurisdição da JUCERJA.

5.18. Assim, para comprovar definitivamente a incorporação da “Cinemark Empreendimentos”, a requerente apresenta a Certidão emitida pela JUCERJA, comprovando o arquivamento da 17ª Alteração do Contrato Social (Doc.04) e as telas do website da JUCERJA (Doc.05) indicando tratar-se de empresa extinta.

VI DAS DESPESAS DEDUTÍVEIS

5.19. O Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, traduz nos seus artigos 299 e 300, definições do que são despesas necessárias à atividade da empresa e aceita como dedutível do lucro tributável. Despesa dedutível é aquela normal, usual e necessária.

5.20. Despesa dedutível é aquela que tem documentação que comprove, inequivocamente, que a despesa é normal, usual e necessária. Além disso, esta documentação deve ser hábil e idônea. (Uma cópia de um documento idôneo não é hábil, posto que é só uma cópia; original de um documento inidôneo é crime; um documento pode ser hábil, mas não servir ao que se quer provar; documento hábil mostra todos os elementos necessários para se conseguir ver se a despesa é normal, usual e necessária).

5.21. Uma despesa pode ser legítima, mas indedutível.

5.22. Podemos concluir que esses pagamentos, se existentes, carecem da comprovação de sua origem e efetividade, uma vez

que falta comprovar de que conta-corrente da empresa ocorreu o desembolso, que seria demonstrado e comprovado através dos extratos bancários, senão, não há que se falar em despesa dedutível.

VII DO DIREITO LEGAL DE DEDUZIR O ÁGIO

5.23. Já que o contribuinte não comprovou que pagou, a despesa já é indedutível.

5.24. Mesmo assim, se o pagamento do ágio tivesse sido comprovado saindo da conta corrente da empresa com valores e datas coincidentes, com comprovação de contratos de câmbio etc, poderíamos rebater a despesa com ágio, pois, em que pese a lei permitir a dedução de amortização de ágio absorvido em incorporação, não restou comprovado pelo contribuinte o fato econômico que justificou a anterior aquisição de suas ações pela incorporada com ágio elevado, o que autoriza considerar a despesa desnecessária e, por conseguinte, indedutível para fins de apuração do lucro real.

5.25. O ágio se originou de uma contraposição de receita (para o vendedor) e custo (para o comprador). Os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico.

5.26. Na incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora imediatamente após ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica a contabilização, por parte do incorporador, de ágio de si próprio, por faltar-lhe os pressupostos do ágio.

5.27. A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de ágio.

5.28. No presente caso ocorreu reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios, uma vez que as partes são dependentes, são acionistas entre si, conhecedoras de seus negócios.

5.29. O ágio se origina e tem como pressupostos a aquisição societária em incorporação às avessas, onde o controlado incorpora a sua controladora, imediatamente após ter adquirido suas quotas de capital.

5.30. Do ponto de vista econômico-contábil o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento.

5.31. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há dispêndio para se obter algo de terceiros.

5.32. No presente caso, o reconhecimento de acréscimo de riqueza, econômica e contabilmente, ocorre em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. É descabida a

amortização de ágio interno, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação, da falta de pagamento na aquisição das participações societárias e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

5.33. Com efeito, o ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa controlada à qual se reporta.

5.34. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um “ágio de si mesmo”.

5.35. Existe de fato o ágio, pago por alguém que adquiriu de outrem determinada participação societária, o que não acontece neste caso concreto, onde o ágio foi simplesmente estipulado pelos proprietários do empreendimento.

5.36. Além disso, o contribuinte se apega aos aspectos formais da operação que não é ponto relevante para o deslinde da questão.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.37. Considerando ter respondido aos quesitos formulados pela autoridade julgadora, face aos fatos acima expostos, consideradas as argumentações e provas apresentadas pela impugnante, lavro o presente “Relatório Conclusivo de Diligência Fiscal”, para cumprimento do despacho nº 10 da 4ª Turma da DRJ/SP1, PA 19.515.721.880/2011-41.

6. A Impugnante tomou ciência do resultado da diligência em 05/05/2014 (AR; fl. 1.448). Sobre ele assim se pronunciou, em 09/05/2014 (fls. 1.452 a 1.458), abreviadamente.

6.1. Visando ao cumprimento da diligência determinada pela Delegacia de Julgamento, as dd. autoridades fiscais intimaram a Impugnante a apresentar grande volume de documentos para comprovar, mais uma vez, a regularidade das operações de aquisição de participação societária.

6.2. Mais uma vez, no entanto, e mesmo tendo recebido provas contundentes de que não há qualquer razão para questionar o ágio gerado nessa operação, as dd. Autoridades fiscais concluíram seu trabalho rogando pela manutenção integral do lançamento fiscal.

6.3. Com o devido respeito às dd. autoridades fiscais, fica claro no Termo de Encerramento de Diligência Fiscal (TEDF) - assim como no auto de infração que deu origem ao presente processo

administrativo - que as dd. autoridades fiscais simplesmente decidiram que deveriam glosar o ágio registrado pela Impugnante e estão buscando manter tal glosa, mesmo sem qualquer fundamento legal ou fático para tanto.

6.4. Nesse infeliz cenário, à Impugnante só resta apresentar seus comentários sobre as conclusões das dd. autoridades fiscais sobre cada um dos quesitos da diligência:

I. Se houve, efetivamente, o pagamento do ágio (verificar, p.e., extratos bancários confirmando a saída do numerário; contratos de fechamento de câmbio; contabilização; etc.)

6.5. As dd. autoridades fiscais concluíram que não há prova do pagamento do ágio.

*6.6. De acordo com o TEDF, o extrato emitido pelo Banco Central (BACEN) das operações de câmbio para pagamento das empresas “Kristal”, “Venture II” e “Prona”, o Contrato de Câmbio 04/037696 relativo ao pagamento à empresa “Kristal”, as telas do SISBACEN demonstrando a alienação dos investimentos detidos pelas empresas “Kristal” e “Prona”, o Razão Contábil Geral indicando os pagamentos a todos os vendedores (“Kristal”, “Venture II”, “Prona”, Edgar Gleich, Ricardo Arduini, Moises Pinski, Eduardo Alalou e Roberto Luiz Leme Klabin) e os recibos de pagamento emitidos por esses vendedores **não seriam prova suficiente de que houve efetivo pagamento pela aquisição de participação societária.***

*6.7. As dd. autoridades fiscais apegaram-se no fato de a Impugnante não ter conseguido localizar seus extratos bancários do período para **desconsiderar toda a documentação acima** que, se devidamente analisada, comprova cabalmente a efetividade dos pagamentos realizados pela “Cinemark Empreendimentos” em benefício dos vendedores das participações societárias.*

6.8. Ao contrário do alegado pelas dd. autoridades fiscais, os documentos apresentados não são de “lavra própria, provinda de fonte meramente interna”. É certo que a Impugnante apresentou seu Razão Geral demonstrando os registros contábeis das operações de aquisição de participação societária (o que obviamente faz prova em seu favor), mas não foi esse o único documento apresentado. Apresentou documentos oficiais emitidos pelo BACEN demonstrando claramente as remessas realizadas ao exterior pela “Cinemark Empreendimentos” a título de aquisição de participação societária, bem como a respectiva liquidação dos investimentos anteriormente detidos pelas empresas “Kristal” e “Venture II”.

*6.9. E mais, a Impugnante apresentou os recibos **emitidos por cada um dos vendedores** atestando, para todos os efeitos, o efetivo recebimento dos valores relativos à venda das ações na “Cinemark Brasil”. Assim, fica claro o total descabimento da afirmação fiscal de que “persiste por parte do contribuinte a total falta na apresentação de documentos”.*

6.10. Com base nos documentos acima, é possível afirmar com absoluta segurança que a “Cinemark Empreendimentos” realizou pagamentos a “Kristal”, “Venture II”, “Prona”, Edgar

Gleich, Ricardo Arduini, Moises Pinski, Eduardo Alalou e Roberto Luiz Leme Klabin pela aquisição de participação societária na Cinemark S.A., o que - considerando que o preço pago foi superior ao valor patrimonial da empresa, em virtude de expectativa de rentabilidade futura atestada em estudo próprio - gera direito à amortização de ágio.

II. Se as partes nele envolvidas são independentes;

6.11. As dd. autoridades fiscais concluíram que “as partes envolvidas são dependentes, são acionistas entre si, conhecedoras de seus negócios”. Para suportar essa conclusão, as dd. autoridades fiscais citam atos societários da Impugnante comprovando que as empresas vendedoras tinham participação societária na Impugnante (“Cinemark Brasil”).

6.12. Mais uma vez, a Impugnante não pode concordar com a absurda conclusão acima. Sim, a “Cinemark Empreendimentos” e os vendedores (“Kristal”, “Venture II”, “Prona”, Edgar Gleich, Ricardo Arduini, Moises Pinski, Eduardo Alalou e Roberto Luiz Leme Klabin) tinham participação societária na “Cinemark Brasil”, já que se tratava de uma joint venture no Brasil como exaustivamente demonstrado em sede de impugnação.

6.13. No entanto, certamente isso não significa que a “Cinemark Empreendimentos” e os vendedores fossem partes relacionadas. O fato de as empresas terem participação na “Cinemark Brasil” só significa que elas tinham esse empreendimento conjunto, mas não que fossem partes relacionadas e, muito menos, que fossem “acionistas entre si” como alegam incorretamente as autoridades fiscais.

6.14. A única relação entre “Cinemark Empreendimentos” e os vendedores consistia na participação societária na “Cinemark Brasil”, que, especialmente diante do fato de serem empresas e pessoas físicas não relacionadas, foi devidamente regulado por Contrato de Joint Venture.

*6.15. Como já dito inúmeras vezes: não há qualquer relação entre a “Cinemark Empreendimentos” (e o grupo Cinemark como um todo) e os vendedores (que eram **investidores externos** na “Cinemark Brasil”). As empresas não são controladas nem coligadas nos termos da legislação societária; as empresas não têm controle direto ou indireto em comum; não há relação de parentesco entre as pessoas físicas envolvidas. Tanto isso é verdade que sequer as dd. autoridades fiscais tentam fazer prova nesse sentido.*

*6.16. Fica claro, portanto, que se está diante de **operações entre partes não relacionadas**, sendo im procedente qualquer alegação no sentido de que o ágio gerado em tais operações seria um “ágio interno”.*

III. Se a JUCESP averbou o registro da incorporação da Cinemark Empreendimentos pela Cinemark Brasil, ou seja, se a Cinemark Empreendimentos foi oficialmente incorporada.

6.17. *As dd. autoridades fiscais concluíram que a “Cinemark Empreendimentos” foi oficialmente incorporada pela “Cinemark Brasil”, de acordo com a 17ª Alteração do Contrato Social da “Cinemark Empreendimentos”, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (“JUCERJA”) e extrato atualizado emitido pela JUCERJA.*

6.18. *Nesse ponto, a Impugnante concorda com a conclusão das dd. autoridades fiscais, que não poderia ser outra diante da clara comprovação da extinção da “Cinemark Empreendimentos” por incorporação na “Cinemark Brasil”.*

6.19. *A Impugnante volta a insistir que as operações em exame foram realizadas com o claro propósito negocial de encerramento da joint venture que existiu por **mais de 7 anos no Brasil entre o grupo Cinemark e investidores independentes.***

6.20. *A geração do ágio foi mera decorrência das legítimas operações de compra e venda de participação societária, que teriam sido realizadas mesmo sem ágio ou com deságio. Isso porque o objetivo das operações em exame consistia na aquisição, pelo grupo Cinemark, da totalidade da participação societária na “Cinemark Brasil”, que era detida por investidores externos, e não a geração de ágio.*

6.21. *Pelas claras razões negociais descritas acima - além do fato de restar comprovado o efetivo pagamento pela aquisição das participações societárias e o fundamento econômico do ágio - é incontestável o direito da Impugnante ao registro e amortização do ágio para fins fiscais, nos exatos termos dos artigos 385 e 386 do RIR.*

6.22. *Cumpra ressaltar, ainda, a improcedência da afirmação das dd. autoridades fiscais no sentido de que “na incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora imediatamente após ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica a contabilização, por parte do incorporador, de ágio de si próprio, por faltar-lhe os pressupostos do ágio”.*

6.23. *Essa alegação é absurda por duas razões (i) no presente caso estão presentes todos os pressupostos do ágio, quais sejam a aquisição de participação societária, o pagamento de preço e o fundamento em expectativa de rentabilidade futura; e (ii) a própria lei permite o registro de ágio em casos de incorporação da empresa controladora pela empresa controlada.*

6.24. *Por fim, cumpre mencionar que o PA 19515.002126/2009-93 (já citado em sede de impugnação e que se refere exatamente às mesmas operações em exame, mas ao ágio amortizado no ano-calendário de 2005) foi julgado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF na sessão de março de 2014, sendo que o lançamento fiscal foi integralmente cancelado por unanimidade de votos.*

6.25. *O acórdão está pendente de formalização, mas fica claro que o CARF reconheceu a regularidade das operações de aquisição de participação societária em exame, bem como a regularidade do registro e amortização do respectivo ágio.*

6.26. *Diante dos esclarecimentos acima, a Impugnante espera que seja reconhecida, já em primeira instância administrativa, a **total e absoluta improcedência do lançamento fiscal**, sendo canceladas as respectivas exigências fiscais.*

Da decisão de primeiro grau

A decisão recorrida (fls. 1.466 a 1.523) negou provimento à impugnação nos termos que se seguem.

No início do voto, tece aprofundada exposição teórica acerca da tributação do ágio e das operações de reorganização societária. Todavia, o primeiro ponto que diz respeito concretamente aos fatos é relativo ao pagamento. Nas palavras do julgador:

12. Quanto ao mérito, há, de início, um fato crucial para a análise do presente processo: até o momento - apesar da fiscalização ter se iniciado em 27/04/2011 (ciência em 12/05/2011; AR fl. 06), e da diligência efetuada - a Impugnante não apresentou os extratos bancários ou outros documentos hábeis e idôneos que comprovassem o efetivo pagamento do ágio, de onde saiu o dinheiro e seu beneficiário.

E conclui dois parágrafos depois:

12.2. Assim, sem prova do efetivo pagamento do ágio ora sob exame, não há como deduzi-lo como despesa.

A seguir trata em termos teóricos acerca da indedutibilidade do ágio interno, analisa os fatos e conclui que se trata dessa figura. Nesse ponto, vale destacar a seguinte passagem:

13.5.5.1. nesse ponto, resta claro que a partir do momento em que essas pessoas, físicas e jurídicas, se juntam para criar uma empresa e explorarem essa atividade, elas deixam de ser independentes;

13.5.5.2. além disso, o fato das empresas estrangeiras (sócias na joint venture) terem sido constituídas nas Ilhas Virgens Britânicas dificulta o acesso à informação sobre seus verdadeiros sócios (fato não esclarecido na diligência), o que não permitiria afirmar que se trata de partes independentes.

Ao longo do parágrafo 15 e de seus desdobramentos discorre sobre a inexistência de propósito negocial. As passagens abaixo merecem destaque:

15.6. Nesse ponto, surgem algumas perguntas: se, para o grupo Cinemark atuar no Brasil, bastava criar uma empresa operacional (como alega ser o caso da “Cinemark Brasil”), qual a necessidade de criação da empresa “Cinemark Empreendimentos”, em 1995? Se havia necessidade de existirem as duas, por qual razão uma delas foi extinta (embora, como já informado, conste ainda como “ATIVA” no cadastro da RFB)? Se não houvesse a previsão legal do benefício fiscal de amortização do ágio baseado em rentabilidade futura, teria ocorrido a incorporação da controlada pela controladora?

15.7. A partir desses questionamentos, a lógica nos leva a concluir que, efetivamente, a reorganização societária levada a efeito pelo grupo Cinemark não possui propósito negocial (mesmo na hipótese, não provada, de independência entre as partes), restando claro que a incorporação às avessas efetuada não teria sido realizada se não houvesse o benefício fiscal sob exame, ou seja, ela não possui motivação econômica e, portanto, não está ao albergue da legislação.

Quanto ao processo 19515.002126/2009-93, aduz que a autoridade não teria se atentado para a inexistência de comprovação dos efetivos pagamentos. Por isso, não há que se falar em manutenção do mesmo critério de lançamento com base no art. 146 do CTN.

Do recurso voluntário

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 655 a 669. Nele, reiterou (na maioria das vezes, literalmente) razões apresentadas na impugnação. Teceu, porém, considerações específicas quanto à decisão de primeiro grau. Abaixo, relatamos tais especificidades.

Em primeiro lugar, considera que a decisão da DRJ inovou os critérios adotados para o lançamento, competência de que não dispõe. Aduz ainda que, no processo nº 19515.002126/2009-93, sobre os mesmos fatos, a autoridade julgadora de primeiro grau adotou idêntico procedimento, que foi rechaçado pelo CARF. Assim, requer a nulidade da decisão recorrida.

Quanto ao mérito, aduz que a autoridade julgadora comparou o início com o fim das operações, sem analisar toda a explicação do Contribuinte. Nas suas palavras:

(...) as dd. autoridades julgadoras simplesmente desconsideraram toda a explicação em sede de impugnação e compararam a situação antes da formação da joint venture com a situação após a extinção dela e concluíram que a única diferença entre esses dois cenários seria a geração do ágio.

Prossegue:

(...) as dd. autoridades simplesmente “esqueceram” que entre 1995 e 2004, houve a formação da joint venture, com envolvimento de investidores independentes e, depois, a extinção dessa joint venture, que foi justamente o fato que gerou o reconhecimento do ágio. Repita-se (apesar de parecer óbvio): a

Cinemark Empreendimentos adquiriu a participação societária na Cinemark Brasil detida pelos investidores não para gerar ágio, mas para extinguir a joint venture e manter as operações brasileiras integralmente dentro do grupo Cinemark. Se não houvesse previsão para amortização fiscal do ágio ou, ainda, que não houvesse a geração de ágio (se o preço de aquisição fosse inferior ao valor patrimonial), as operações teriam sido realizadas exatamente da mesma forma”.

Quanto aos pagamentos, discorre sobre os documentos que apresentou para comprová-los:

Com efeito, de acordo com o narrado nos itens 12 e 13 da decisão recorrida, as dd. autoridades julgadoras concluíram que os seguintes documentos não seriam suficientes para comprovar o pagamento aos vendedores: extrato emitido pelo Banco Central das operações de câmbio para pagamento das empresas Kristal e Prona, o Razão Contábil Geral indicando os pagamentos a todos os vendedores (Kristal, Venture II, Prona, Edgar Gleich, Ricardo Arduini, Moises Pinski, Eduardo Alalou e Roberto Luiz Leme Klabin) e os recibos de pagamento emitidos pelo vendedores.

Especificamente sobre os recibos devidamente assinados pelos vendedores atestando o recebimento do preço acordado nos contratos de compra e venda de ações, as dd. autoridades julgadoras alegaram que não poderiam considerar tais documentos, por estarem em inglês. Em que se pese a possibilidade de argumentar que recibos – por serem documentos bastante simples e comuns – poderiam ser perfeitamente compreendidos, a Recorrente apresenta tradução juramentada desses documentos (doc. 02).

Portanto, tais documentos, por si só, são hábeis e idôneos para comprovar o montante recebido pelos vendedores pela alienação da participação societária na Recorrente.

Os únicos documentos que não puderam ser apresentados pela Recorrente foram os extratos bancários da época, pois as operações foram realizadas pelo Bank Boston que, após a incorporação pelo Banco Itaú, não conseguiu os arquivos da época.

Não obstante, ao contrário do que alegado na decisão recorrida, a falta dos extratos bancários não é suficiente para que se alegue que não há prova do pagamento do ágio, uma vez que a extensa documentação apresentada pela Recorrente no curso do presente processo administrativo certamente demonstra tais pagamentos.

Contra-razões

Às fls. 1605 a 1612, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta contra-razões, conforme abaixo relatamos.

Não tem razão a defesa quanto ao pedido de nulidade da decisão de primeiro grau, uma vez que o fiscal também destacou como razão para a glosa do ágio, a falta de comprovação do seu pagamento.

Aduz que a autoridade fiscal, a despeito da sua "brevidade", pautou a acusação em três pontos. Abaixo, reproduzo as palavras originais:

*Em que pese a sua brevidade, a Fiscalização justificou a sua conclusão com base em **três aspectos**: primeiro, falta de comprovação do estudo econômico que pautou o registro do ágio; **segundo, falta de comprovação do pagamento do ágio**; e terceiro, duplicação do ágio.*

Depois passa a tecer minuciosa análise acerca dos documentos apresentados pelo contribuinte para comprovar o pagamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

Preliminar

Conforme art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, são nulas as decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A inovação dos fundamentos da acusação pode, de certo modo, se enquadrar em ambas as hipóteses. No entanto, passaremos a analisar essas questões no mérito por força do § 3º do mesmo artigo: "Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta".

Mérito

Como aduziu a defesa e foi reconhecido até pela Procuradoria, o termo de verificação fiscal é de uma simplicidade ímpar.

A sua singeleza não é uma característica negativa em si mesma. Se um fato pode ser descrito de duas formas, é a mais simples que deve ser empregada. Nada obstante, de uma descrição simples não se pode ir além da potencialidade semântica das suas palavras.

A interpretação pode resultar em várias possibilidades significativas, mas não em todas. Ao se ler um texto, não pode o intérprete lhe atribuir significado que dele não se pode erigir. Isso deixa de ser interpretar e passa a ser o que Umberto Eco chamava de "superinterpretar".

Pois bem, é atividade privativa da autoridade fiscal realizar o lançamento, do qual faz parte a verificação da ocorrência do fato gerador e a determinação da matéria tributável.

São os fatos erigidos pela linguagem da autoridade fiscal aposta no seu termo de verificação que delimitam todo o curso do processo administrativo fiscal. As autoridades julgadoras tem a competência para rejeitar tais fatos, mas não para incorporar outros.

Daí, a necessidade de verificarmos qual foi a exata acusação.

Não podemos perder de vista ainda que o significado de um texto é determinado por suas palavras, mas também, sem extravasar as possibilidades semânticas desses vocábulos, pelo seu contexto. E o contexto imediato de uma peça processual é justamente o conjunto desse processo. Usaremos isso para analisar o termo de verificação.

Pois bem, a decisão recorrida manteve o lançamento por três razões: (i) não pagamento das transações que ensejaram o ágio por ausência de comprovação satisfatória, (ii) falta de propósito negocial e (iii) ágio interno.

Passamos a abordar cada um dos fundamentos em face da decisão de primeiro grau. Depois passaremos a analisar especificamente a acusação.

Ausência de pagamento

Quanto à ausência de pagamento, a Procuradoria também se esforça para demonstrar que este também teria sido um dos fundamentos da glosa.

Nada obstante, a leitura do termo e das demais peças processuais afasta qualquer possibilidade nesse sentido.

Em primeiro lugar, em momento algum a autoridade afirmou que não teria havido pagamento ou que este não teria sido provado. Ora, essa é uma acusação muito simples, que exige pouquíssimas palavras, as quais estariam presentes numa peça de acusação, caso essa tivesse sido a intenção do seu elaborador.

Ademais, existem passagens no termo de verificação que aponta no sentido oposto. Numa delas, a autoridade fiscal aduz: "tendo em vista que o **preço pago** nessas operações" (meu destaque). Noutra, assevera: "Indicou como fundamento do **ágio pago**" (meu destaque).

A autoridade, repito, jamais afirmou que as operações não foram pagas e usa expressões com a qualificação de "pago" e não de "supostamente pago", "pretensamente pago" e similares.

Nada obstante, não nos apegamos apenas à lavra literal da referida peça. Investigamos também o seu contexto. O termo de verificação é o resultado de um processo constituído por diversas peças, sendo as intimações aquelas de maior relevância, pois nos possibilita verificar o que a autoridade estava a investigar. Assim, se a acusação fosse a de não comprovação de pagamentos, necessariamente, deveria haver uma intimação em que a autoridade requeresse ao contribuinte fazer tal prova. Todavia, intimação com esse conteúdo não há. As únicas duas constam das fls. 4 e 5 (no próprio termo de início de ação fiscal) e da fl.

342. Nelas são pedidos livros e documentos sem qualquer relação com o pagamento de transações.

Não podemos perder de vista ainda que a autoridade julgadora de primeiro grau baixou o feito em diligência para que fosse adotada a seguinte providência:

(...) encaminho o presente processo à DEFIS/SP para que a diligencie junto à Impugnante, no sentido de esclarecer: (i) se houve, efetivamente, o pagamento do ágio (verificar, p.e., extratos bancários confirmando a saída do numerário; contratos de fechamento de câmbio; contabilização; etc);

O pedido da autoridade julgadora não é para dirimir alguma dúvida acerca de uma eventual acusação de não pagamento, mas sim para investigar de forma inaugural a questão.

A acusação fiscal não pode ser suplementada pela autoridade julgadora.

Logo, a razão de ausência de prova do pagamento das operações relativas ao ágio não pode servir para a manutenção da autuação.

Falta de propósito negocial

A Cinemack Empreendimentos e Participações foi criada em 1997 e extinta, por incorporação, em 30/09/2004.

A DRJ, desconsiderando as etapas de venda de participações em "Cinemark Brasil" e aquisição posterior, extrai duas fotos de todo o processo e, daí, indaga: se foi necessário extinguir a "Cinemark empreendimentos", por que razão foi criada inicialmente? E se precisava ser criada, por que foi extinta?

Ora, a resposta nos parece bem simples: o tempo passou...

E não foi pouco.

Foram 7 (sete) anos.

Em muitos processos de glosa de amortização de ágio em que votamos pela manutenção da exigência, o lapso temporal é de apenas alguns poucos dias; meses, no máximo. A duração efêmera de uma sociedade (ou o seu uso efêmero quando as denominadas empresas de gaveta, criadas há anos, são transferidas a grupos econômicos para que logo a seguir sejam extintas com o fim de cumprir um desiderato evasivo) é um indício forte para identificarmos reorganizações societárias que buscam apenas economias tributárias sem qualquer motivação de outra ordem.

Por outro lado, a sua existência e o uso perene de uma sociedade dentro da lógica do empreendimento econômico, nos aponta o sentido oposto.

Só esse prazo já seria suficiente para abalar as conclusões da decisão recorrida. Todavia, além disso, a defesa carrega aos autos minuciosa explanação acerca do seu

plano de negócios com investimentos de terceiros, o que põe no chão as conclusões da decisão recorrida.

Aliás, vale aqui já deixar consignado, o que trataremos mais adiante com mais vagar, que nem a fiscalização acusou que "Kristal", "Venture II" e "NN participações" eram vinculadas, nem a DRJ conseguir colher elementos capazes de sustentar essa afirmação.

De todo modo, a falta de propósito negocial, seja lá em relação a que (a criação da Cinemark Empreendimentos, a sua posterior extinção, a alienação e aquisição de participações na Cinemark Brasil ou todo esse conjunto de operações, dentre outras possibilidades), não corresponde a qualquer acusação feita pela autoridade fiscal.

Aliás, a própria Procuradoria também não identificou a falta de propósito negocial como uma das razões acusatórias. Ao formular suas contra-razões aduz que as razões acusatórias foram "falta de comprovação do estudo econômico que pautou o registro do ágio; segundo, falta de comprovação do pagamento do ágio; e terceiro, duplicação do ágio" e discorre exclusivamente acerca da suposta ausência de pagamento.

Desse modo, a ausência de propósito negocial também não pode prosperar como fundamento do auto de infração.

Ágio interno

O terceiro fundamento da decisão recorrida foi de "ágio interno". A autoridade julgadora de primeiro grau, sobre esse tema, discorre longamente entre os parágrafos 13.5.4.1. ao 13.5.5.5.

E aqui devemos verificar, uma vez mais, se este também foi um dos fundamentos da autuação.

Pelas contra-razões apresentadas, a Procuradoria entende que não, pois não indicou esse como um dos fundamentos da autuação.

Mas como a D. Procuradoria deixou de consignar nas suas contra-razões esse fundamento acusatório se a própria autoridade fiscal usou a expressão "ágio de si próprio"?

Explico.

É que a autoridade denomina por "ágio de si próprio" aquele que já estava registrado na incorporada (Cinemark empreendimentos) relativamente ao investimento no incorporador (Cinemark Brasil). Assim, quando o incorporador (Cinemark Brasil) passa a registrar em sua contabilidade um ágio, esse ágio é relativo a um investimento que foi feito nele mesmo. Por isso, a autoridade fiscal chamou o valor de "ágio de si próprio", ou seja, com um sentido completamente diverso do que denominamos "ágio interno", que corresponde àquele cujo valor é formado em decorrência de negociação entre sociedades de um mesmo grupo econômico. E ao falar de "ágio de si próprio" aduziu ter havido a sua duplicação, que foi uma das razões apontadas pela D. Procuradoria, mas não sustentada em sua peça.

Pois bem, foi esse último tipo de ágio que o julgador de primeiro grau entendeu (ou quis entender) como fundamento da acusação e daí enveredou para buscar provas da relação entre Cinemark Empreendimentos e "Kristal", "Venture II" e "NN participações".

Por isso, de forma semelhante à questão do pagamento, também baixou o feito com o propósito de investigar a relação entre as partes, nos seguintes termos:

(...) encaminho o presente processo à DEFIS/SP para que se diligencie junto à Impugnante, no sentido de esclarecer: (...) (ii) se as partes nele envolvidas são independentes

E, do resultado da diligência, sobre o qual não mereceria nem sequer ser tratado, uma vez que trata de fundamento inexistente na acusação, não surgiu uma única prova de que as partes eram relacionadas.

Ora, a participação de duas sociedades numa terceira, sobretudo quando o objeto da transação é a alienação de uma dessas participações, não pode ser considerada como um vínculo capaz de macular a veracidade do preço, porque cada uma defende interesses próprios e antagônicos entre si. Por evidência, uma quer que o preço seja maior e a outra que seja menor.

Ademais, não cabe ao contribuinte fazer prova de que a operação foi realizada entre partes independentes, como pretendeu a DRJ, é ônus do fisco provar a relação.

Não deve prosperar a acusação de ágio interno como fundamento da acusação.

Da acusação fiscal

Tecidas todas essas considerações acerca da decisão recorrida e como adotou fatos não descritos na peça fiscal acusatória, passamos a verificar e enfrentar as suas razões efetivas.

As acusações são duas e constam também corretamente das contra-razões da PFN: (i) falta de comprovação do estudo econômico que pautou o registro do ágio, e (ii) duplicação do ágio. Na verdade, como já discorremos anteriormente, a PFN aponta uma terceira - ausência da comprovação do pagamento - sobre a qual já tratamos.

Pois bem, em relação às efetivas acusações constantes do termo de verificação, a DRJ não trata e a PFN não despende qualquer esforço para defendê-las, porque são totalmente equivocadas.

Com relação à primeira, a própria fiscal se contradiz, pois faz referência a "laudo de rentabilidade futura preparado pelo Deutsche Bank à época das aquisições". No tocante à segunda, é obvio que não houve duplicação de ágio, mas sim a sua transferência de registro da incorporada para a incorporadora, operação absolutamente usual mesmo quando é a investida que incorpora a investidora, tanto que prevista sem ressalvas pela legislação do imposto sobre a renda, conforme o art. 386, § 6º, II do RIR:

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):

(...)

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

(...)

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

Conclusão

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes