



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720113/2018-47
ACÓRDÃO	9101-007.201 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de novembro de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS SA FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2013, 2014

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS COM ÁGIO. PARADIGMA QUE SE BASEIA EM ASPECTOS FÁTICOS. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que diverjam de pontos específicos do acórdão recorrido.

Se o acórdão paradigma decidiu a matéria com base em documentos e premissas que não estão presentes no acórdão recorrido, com relação à existência e comprovação dos valores atribuídos ao ágio por expectativa de rentabilidade futura, não há que se falar na exigida divergência interpretativa, não devendo ser conhecido o recurso especial.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

EXCESSO DE DEDUÇÃO DE ROYALTIES. CONTRATO DE FRANQUIA E SUBFRANQUIAS

O limite legal de dedução de royalties é determinado em função da receita do próprio contribuinte. O fato de esses valores serem, contratualmente, calculados com base também na receita de outras pessoas jurídicas, mesmo subfranqueadas, não amplia a limitação legal. Esse entendimento é

reforçado, no presente caso, em função de o pagamento dos royalties pelo franqueado não depender, por força contratual, de qualquer recebimento de seus subfranqueados.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013, 2014

MULTA QUALIFICADA. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. ÁGIO INTERNO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.973/2014. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

Para a qualificação da multa de ofício, é preciso que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio. No entanto, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo.

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, a amortização fiscal de ágio considerado interno pela Autoridade Fiscal não pode ser considerada conduta dolosa a justificar a imputação da multa de ofício qualificada. Isso porque a divergência interpretativa que, até hoje, ronda o tema, faz com que a legislação tributária que comina a penalidade correlata seja, necessariamente, interpretada de forma mais favorável ao contribuinte.

A maior eficiência tributária é um propósito comercial válido e não justifica, por si só, a qualificação da multa de ofício. Para a aplicação da multa de ofício qualificada, devem estar presentes a sonegação, a fraude ou o conluio, como exige o art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO POR FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. CONCOMITÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Apesar de a aplicação da Súmula CARF 105 ser restrita à multa isolada “lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996”, os argumentos que ensejaram a aprovação da referida súmula são totalmente aplicáveis à multa isolada lançada com base no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, apenas em relação às matérias “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58” e “multas isoladas concomitantes”. No mérito, acordam em: (i) quanto ao recurso da Fazenda Nacional, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar provimento parcial para restabelecer a multa de ofício para o percentual de 100%; e (ii) quanto ao recurso do Contribuinte: (a) por voto de qualidade, negar provimento em relação à matéria “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58”, vencidos os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por dar provimento; e (b) por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à matéria “multas isoladas concomitantes”, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento. Votou pelas conclusões, quanto ao mérito do recurso da Fazenda Nacional, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Redator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício)

RELATÓRIO

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional em face do **Acórdão nº 1401-006.420**, proferido em 15.03.2023, pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 28.964/29117) assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2013, 2014

EXCESSO DE DEDUÇÃO DE ROYALTIES. INDÚSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTARES. O limite de dedução dos royalties aplicável à indústria de produtos alimentares é de 4% da receita líquida de vendas do produto fabricado ou vendido. O contribuinte não opera como simples coletor de royalties que seriam devidos pelos subfranqueados nacionais ao detentor internacional do nome comercial e da marca explorados. A relação jurídica que obriga o franqueador master nacional (contribuinte) ao pagamento dos royalties ao detentor estrangeiro do direito é travada de forma direta. O pagamento dos royalties devidos pelo primeiro ao segundo independe do recebimento, pelo primeiro, dos royalties a ele devidos pelos subfranqueados nacionais (terceiros). O contribuinte, ao pagar os royalties, paga em nome próprio.

ÁGIO. OPERAÇÃO INTERNACIONAL. TRANSFERÊNCIA PARA O BRASIL. IMPOSSIBILIDADE.

Não se admite a transferência de um ágio formado em operações realizadas entre entidades no exterior. O ágio deve ser registrado pela contribuinte, quando adquirir participações no Brasil. Caso ocorra a confusão patrimonial desta com a investida, em face da baixa do investimento, a legislação autoriza a dedução à razão de um sessenta avos ao mês do valor registrado. O ágio pago pela controladora no exterior (primeiro momento), não pode ser transferido para pessoa jurídica no Brasil (recorrente), com o intuito de deduzir esses valores na apuração dos tributos aqui devidos.

NULIDADE. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. DESQUALIFICAÇÃO. ESCOLHA DO MÉTODO. DIREITO SUBJETIVO.

A escolha do método, quando entender aplicável o controle do preço de transferência, é direito subjetivo do contribuinte. Isso está claramente expresso na lei ao prever o direito de opção. Entender que tal dispositivo não seria aplicável em razão do contribuinte não ter adotado o controle de preço de transferência, por entender que tal controle não seria aplicável ao caso, é subverter a própria intenção da norma.

A partir do momento que a fiscalização concluiu que seria aplicável o ajuste de preço de transferência, resguardado seria o direito do contribuinte de escolher o método que lhe fosse mais favorável, aplicando-se o que dispõe o art. 20-A. Dar

um tratamento diferente seria limitar o direito subjetivo do contribuinte de entender inaplicável o preço de transferência.

MULTA QUALIFICADA. OPERAÇÃO DE ÁGIO. DOLO NÃO DEMONSTRADO

Se não houver intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido, não se pode duplicar a multa. Interpretar a norma tributária da maneira que entendia razoável, não é conduta suficiente para qualificação da penalidade.

DESCABIMENTO DA MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. Após a alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº11.488/2007, a aplicação da multa isolada passou a ser possível, mesmo diante aplicação de multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF Nº 02.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. APLICAÇÃO DOS JUROS SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. JUROS

MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108 Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE. SÚMULA CARF Nº 169. O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.

Na oportunidade, os membros do colegiado, por unanimidade, negaram provimento ao recurso no tocante (i) ao descabimento da multa de ofício sobre a glosa de royalties e sobre os ajustes de preços de transferência (75%); (ii) à impossibilidade de aplicação dos juros SELIC; (iii) à aplicação do art. 24 da LINDB (Súmula CARF nº 169); e (iv) à glosa das despesas com ágio. Ainda, por voto de qualidade, os julgadores negaram provimento ao recurso em relação (i) à glosa do excesso de dedução das despesas de royalties; (ii) à aplicação do método de preços de transferência ao caso concreto; (iii) à multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas. Por fim, por maioria de votos, os julgadores (i) indeferiram a proposta de diligência para a apuração do ajuste de preços de transferência e (ii) deram provimento ao recurso para (a) declarar a nulidade do lançamento relativo aos ajustes de preços de transferência; (b) afastar a multa qualificada incidente sobre a glosa de ágio.

Intimada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial (fls. 29151/29167), sustentando que o **Acórdão nº 1401-006.420** conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto à matéria “multa qualificada”. Indicou como paradigma o Acórdão nº 1402-003.606.

Sobreveio o despacho de admissibilidade (fls. 29171/29181) que deu seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

De fato, os julgados examinam casos envolvendo o mesmo contribuinte e o mesmo ágio, amortizado em diferentes anos-calendário. Os trechos reproduzidos no apelo especial refletem adequadamente os fundamentos do acórdão recorrido e do paradigma.

O **acórdão recorrido** afastou a qualificadora e reduziu a multa ao patamar de 75%, essencialmente pelos seguintes fundamentos:

- *“a efetiva caracterização de sonegação, fraude ou conluio deve ser provada por meios hábeis e idôneos”;*

- a multa qualificada tem *“natureza de excepcionalidade”;*

- *“a conduta dolosa é caracterizada por dois elementos, “vontade de se obter o resultado e intenção de enganar/ludibriar”;*

- *“o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária (...) agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido”;*

- *“o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é (...) suficiente para sustentar a existência interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preenchem a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes. (...) por considerar que a legislação sobre o tema é confusa e apresenta aspectos controversos suficientes para sustentar posições antagônicas, entendo inaplicável a qualificação da multa de ofício”;*

- *“Não agiu a contribuinte, ora recorrente como o dolo necessário à qualificação da multa. Não omitiu informações, não fraudou documentos. O que fez foi interpretar a norma tributária da maneira que entendia razoável, não sendo tal conduta (...) suficiente para qualificar a multa”.*

O **paradigma nº 1402-003.606**, perante o mesmo contribuinte e o mesmo ágio, adotou interpretação divergente, mantendo a multa qualificada nos seguintes termos:

- “A questão da qualificação nestas casos vai encontrar jurisprudência ampla em ambos os sentidos”;

- “O elemento dolo, um tanto subjetivo, não há de ser extraído da mente do seu autor, mas sim das circunstâncias que envolvem os fatos a serem analisados”;

- “No caso concreto (...) a recorrente conscientemente agiu para distorcer os fatos, com a precípua finalidade de modificar as características do fato gerador, o que levou à redução da base tributável lucro real apurado. O fato de não ter ocorrido nenhuma ilegalidade nos seus atos, e estarem todos registrados não exclui a modificação pretendida. Os atos formais, individualmente, até podem ser juridicamente válidos, mas não há substrato material, pois não refletem a realidade ocorrida (...) todo o preparo documental da situação, não tendo amparo material, foi colocado para evitar a fiscalização e tentar demonstrar uma situação válida da modificação pretendida das circunstâncias do fato gerador (...) a operação ocorreu com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurando esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal.

Isso é um típico caso de fraude (...) válida a multa qualificada”.

Validamente demonstrada a divergência entre Turmas, justifica-se o reexame da matéria multa qualificada, em via especial.

Conclusão

Pelos motivos expostos, propõe-se que **SEJA DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial fazendário.

Intimado, o contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 29189/29204), bem como interpôs recurso especial (fls. 29277/29325), alegando que o **Acórdão nº 1401-006.420** conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto às seguintes matérias:

- “dedutibilidade de despesas de ágio”, com base nos Acórdãos paradigma de números 9101-006.290 e 1301-001.297;
- “possibilidade de inclusão de valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties devidos a McDonald’s Corporation, isto é, se tais valores poderiam ser ou não considerados para fins de aplicação dos percentuais de que trata a Portaria 436/58”, com base nos Acórdãos paradigma de números 101-95.602 e 101-95.609;
- “impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada de 50% com a multa de ofício após a alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007”, com base nos Acórdãos paradigma de números 9101-006.377 e 9101-006.409.

Em despacho de admissibilidade (fls. 29848/29856), foi admitido o recurso especial, com relação a todas as matérias, sendo que, apenas com relação à primeira - “dedutibilidade de despesas de ágio” – rejeitou-se o Acórdão paradigma nº 1301-001.297. Confira-se:

(1) “dedutibilidade de despesas de ágio” (...)

11. Com relação a essa primeira matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas (*arts. 385 e 386 do RIR/1999*), chegou-se a conclusões distintas.

12. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *“o ágio pago pela controladora no exterior (primeiro momento) não pode ser transferido para pessoa jurídica no Brasil (recorrente), com o intuito de deduzir esses valores na apuração dos tributos aqui devidos”*, o primeiro acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 9101-006.290) decidiu, de modo diametralmente oposto, que *“a transferência do próprio investimento do ágio [aquisição feita diretamente pela empresa francesa Vivendi no exterior, esclarece-se], seja ele por meio de aumento de capital ou incorporação de ações com holding pertencente ao mesmo grupo econômico, não impedem a amortização fiscal do ágio após a empresa veículo ser incorporada pela investida”*. (...)

14. A glosa do primeiro ágio acima, oriundo da OPA, foi cancelada pelo CARF, resultando em Recurso Especial da PGFN, na matéria *“da ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA)”*, ao qual foi negado provimento pela CSRF.

15. Já a glosa do segundo ágio acima, decorrente da transferência de ágio gerado no exterior e internalizado no Brasil (*“transferência do próprio investimento de ágio”*), foi mantida pelo CARF, resultando em Recurso Especial do Contribuinte, na matéria *“possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para sociedade holding do mesmo grupo econômico”*, ao qual foi dado provimento pela CSRF. (...)

18. A Recorrente, em seu Recurso Especial, se refere especificamente a esse segundo ágio (e-fls. 29.285, sublinhado da transcrição): (...)

20. Enquanto na decisão recorrida discute-se *“a transferência de um ágio formado em operações realizadas entre entidades no exterior”*, no segundo acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1301-001.297), diferentemente, discute-se a *“possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio gerado em operação de incorporação de ações entre partes do mesmo grupo econômico” [o denominado “ágio interno”, sequer mencionado no voto condutor da decisão recorrida]*.

21. Ou seja, no acórdão paradigma a situação é de ágio gerado internamente ao grupo, mediante a reavaliação do patrimônio da investida, sem qualquer pagamento ou participação de terceiros na operação, como descrito no voto vencido: (...)

23. São, pois, discussões (e situações) distintas, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial.

24. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a similitude entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo questão semelhante, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

(2) “possibilidade de inclusão de valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties devidos a McDonald’s Corporation, isto é, se tais valores poderiam ser ou não considerados para fins de aplicação dos percentuais de que trata a Portaria 436/58” (...)

26. No que se refere a essa segunda matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas (*Portaria MF nº 436/1958*), chegou-se a conclusões distintas.

27. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *“descabe a argumentação de que se deveria proceder à soma das receitas da impugnante com suas subfranqueadas para determinar o limite da dedução”*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 101-95.602 e 101-95.609) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *“o valor admitido como dedução deve corresponder a 4% da soma das vendas em restaurantes próprios com a venda pelas subfranqueadas”* (primeiro acórdão paradigma) e que *“incluem-se na base de cálculo do limite de dedutibilidade das despesas com o pagamento de royalties ao exterior, as receitas líquidas das vendas do produto fabricado ou vendido obtidas pelas pessoas jurídicas sub-franqueadas”* (segundo acórdão paradigma).

(3) “impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada de 50% com a multa de ofício após a alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007” (...)

29. No tocante a essa terceira matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas (*art. 44 da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007*), chegou-se a conclusões distintas.

30. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *“após a alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007, a aplicação da multa isolada passou a ser possível, mesmo diante da aplicação de multa de ofício”*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-006.377 e 9101-006.409) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, mesmo após aquela alteração de redação, *“não há base legal que permita sua cobrança [da multa isolada, esclarece-se] de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ e CSLL apurados no final do período de apuração”* (primeiro acórdão paradigma) e que *“as multas*

isoladas, aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais, não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo anocalendarário” (segundo acórdão paradigma).

31. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização das divergências de interpretação suscitadas.

32. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja ADMITIDO o Recurso Especial interposto.

Em seu recurso especial, sustenta a Fazenda Nacional, em resumo, que: (i) apresenta-se sem qualquer mácula a majoração da multa qualificada imposta ao contribuinte, considerando-se todo o corpo probatório e indiciário que instrui os presentes autos, bem demonstrando a materialidade da conduta dolosa do sujeito passivo; (ii) não tendo o grupo Arcos suportado o custo de aquisição no exterior no valor de R\$ 585 milhões, como alega o sujeito passivo, não há que se falar na legitimação do ágio registrado no Brasil na operação promovida no exterior, vez que, como o grupo Arcos pagou somente US\$ 14 mil pelos negócios no Brasil, a transferência das empresas brasileiras para a ADP por R\$ 585 milhões não refletiu essa operação, mas sim propiciou o surgimento de um ágio interno – que não é passível de amortização fiscal; (iii) o fato de as partes vendedores elaborarem uma estrutura cujo resultado fiscal seria auferido pelo adquirente demonstra o conluio entre as partes que participaram do negócio; (iv) ao final das operações, nota-se que as referidas empresas não tiveram qualquer papel negocial, mas apenas propiciar o cumprimento artificial dos requisitos previstos na Lei nº 9.532/1997; (v) o grupo Arcos não cumpriu um dos requisitos legais para a dedutibilidade fiscal do ágio, vez que, como, ao final das operações, a ADBV continua sendo detentora direta das quotas da MCD LTDA e da ARRAS, o ágio por ela pago não pode ser deduzido fiscalmente; (vi) olhando atentamente a sequência de operações realizadas e o efeito final obtido, é possível concluir que o verdadeiro intuito do grupo Arcos foi transformar o ágio por ele pago quando da aquisição das quotas da MCD LTDA e da ARRAS (isso se considerar que esse ágio foi pago) em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida à empresa que quisesse, e sem prejudicar o custo de aquisição suportado pela real adquirente (ADBV); e (viii) de forma válida e suficiente, a Fiscalização apurou o dolo do Grupo Arcos com base na simulação praticada (divergência entre a vontade declarada e a vontade real), e, por consequência, no conteúdo falso dos documentos que pretendiam induzir o Fisco ao erro.

Já em contrarrazões (fls. 29189/29204), alega o sujeito passivo, em síntese, com relação ao conhecimento, que (i) não se admite a interposição de Recurso Especial com base em paradigma que tenha sido reformado, nos termos do artigo 67, § 15º, da Portaria nº 343, de 9.6.2015; e, no mérito, que (ii) essa E. CSRF, ao analisar os mesmos fatos ora discutidos, concluiu, de forma muito clara, que não há qualquer cabimento na aplicação de multa qualificada – já que os fatos discutidos neste processo administrativo não envolvem qualquer tipo de abuso, dolo, fraude, artificialidade ou simulação; (iii) tanto é verdade que não há qualquer ato capaz de justificar a aplicação da penalidade de 150%, que a Recorrente sequer se reporta, de forma clara, a

quaisquer das figuras previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, limitando-se a mencionar expressões genéricas, como “conluio”, “papel negocial”, “cumprimento artificial dos requisitos” ou se reportando a um suposto conteúdo falso de documentos, matéria essa completamente estranha e avessa aos autos; (iv) a posição defendida pela Fazenda Nacional em seu Recurso Especial encontra-se superada pela jurisprudência do E. CARF e da E. CSRF que reconhecem a impossibilidade da qualificação da multa de ofício no presente caso em razão do adequado procedimento adotado pela Arcos Dourados na aquisição das operações do McDonald’s no Brasil em 2007; (v) o ágio em discussão é válido e legítimo, pois decorreu: (1) de aquisição entre partes não relacionadas; (2) na qual houve efetivo pagamento de preço; (3) justificativas econômicas válidas e contemporâneas à aquisição; e, sobretudo, (4) com propósitos negociais não tributários; (v) visando restabelecer tal exigência a qualquer custo, a Recorrente faz alegações até mesmo estranha aos autos e que sequer chegaram a ser discutidas neste processo administrativo, a respeito de suposto conteúdo falso dos documentos apresentados, algo que jamais se discutiu e é completamente equivocado; (vi) dentre as diversas imputações feitas pela Recorrente em seu Recurso Especial, não há qualquer demonstração, nem mesmo referência, a quaisquer atos simulados, dolosos, fraudulentos, ou praticados especificamente; (vii) não há, tampouco, qualquer indicação quanto à eventual presença dos vícios apontados nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, apenas alegações genéricas, sem qualquer embasamento fático, probatório ou mesmo jurídico; (viii) exatamente por se tratar de uma qualificação baseada em aspectos subjetivos derivados da conduta adotada pelo contribuinte, não se pode aplicar ou manter uma gravosa sanção sem quaisquer elementos de prova ou razões claras que confirmem a ocorrência de simulação, fraude, conluio ou sonegação; (ix) não há quaisquer referências quanto a esses vícios neste caso porque simplesmente não existem, como concluiu essa E. CSRF no Acórdão 9101-006.846, de 5.4.2024, envolvendo o sujeito passivo; (x) como a decisão objeto do Acórdão 9101-006.846 foi proferida em última instância administrativa favoravelmente ao sujeito passivo, o artigo 76, inciso II, alínea “a” da Lei 4.502/64, veda a aplicação de quaisquer penalidades neste caso e, ainda que assim não se entenda, trata-se de típica situação em que essa E. CSRF deve aplicar as disposições contidas no artigo 24 da LINDB, no parágrafo único do artigo 100 do CTN ou mesmo no próprio artigo 112 do CTN; (xi) todos esses fatos, somados à transparência das operações, ao pronto atendimento à D. Fiscalização pela Recorrida, permitindo o pleno conhecimento do caso e a constantes procedimentos de fiscalização, apenas demonstram que a qualificação da multa é descabida e contrária aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; (xii) se trata de hipóteses de dúvida razoável ou de “erro de proibição” a que se reporta o artigo 112 do CTN, segundo o qual não poderiam ser aplicadas quaisquer penalidades; e (xiii) subsidiariamente, a pretensão recursal da Fazenda Nacional necessariamente viola as disposições legais recentemente introduzidas pela Lei 14.689/23, que vedaram, com efeitos interpretativos, a exigência de penalidades que excedam 100% dos valores lançados a título de principal.

Por sua vez, em recurso especial o sujeito passivo sustenta, com relação ao tema “ágio”, que (i) o grupo McDonald’s negociou a venda de sua participação em mais de 30 subsidiárias de 18 países, incluindo o Brasil, e o grupo Arcos Dorados se tornou o franqueado

máster dessa rede em toda a região; (ii) do valor de USD 698 milhões pagos pelas mais de 30 sociedades estabelecidas em 18 jurisdições diferentes, cerca de 42% eram atribuíveis às operações brasileiras, desenvolvidas localmente pela Arras e pela MCD; - o que é corroborado por laudo produzido por empresa independente e especializada; (iii) nesse contexto é que teve origem a reorganização societária implementada pelo grupo Arcos Dorados no Brasil, envolvendo, inicialmente, a constituição da sociedade *holding* AD Participações, com objetivo de consolidar o investimento na Arras e na MCD, obter os registros atualizados junto ao Banco Central do Brasil e adquirir informações a respeito do funcionamento do mercado local – o que ensejou a elaboração de um segundo laudo de avaliação específico para a MCD e para a Arras, que foi produzido pela empresa Macso Legate Consultores Ltda; (iv) com a incorporação da AD Participações e da Arras na MCD (Recorrente), os valores registrados a título de ágio passaram a ser considerados amortizáveis para fins fiscais; (v) havia razões empresariais e propósitos negociais legítimos para que a aquisição se desse originalmente pela ADBV – e essas razões jamais foram questionadas neste caso; (vi) o E. CARF não poderia ter desconsiderado um negócio jurídico válido e legítimo, pois não houve qualquer tipo de abuso, fraude, dolo ou simulação; (vi) não poderia o E. CARF desconsiderar a legítima aquisição da Recorrente e da Arras pela AD Participações sob a alegação de que esta última não teria sido a adquirente; (vii) são equivocadas as alegações de que a ADBV teria incorrido em um “ágio” – houve um real e legítimo “custo de aquisição” e “ágio”, especificamente, somente ocorre quando da aplicação obrigatória do Método da Equivalência Patrimonial pela AD Participações; (viii) nos termos do artigo 24, item 3, da Convenção para Evitar a Dupla Tributação firmada pelo Brasil com os Países Baixos, não se poderia admitir a imposição, a uma empresa controlada no Brasil por entidade residente nos Países Baixos – tal como a AD Participações e a Recorrente –, de obrigações diferentes ou mais onerosas do que aquelas a que estiverem empresas similares brasileiras; (ix) o ágio ora discutido não resultou de “transferência” de qualquer ágio pagou ou incorrido no exterior, como equivocadamente conclui a r. decisão recorrida, mas, sim, de aquisição pela própria AD Participações – pelo mesmo custo desembolsado aos vendedores – de participação societária relevante na Recorrente e na Arras, sujeitas a avaliação segundo o método da equivalência patrimonial; (x) o local de pagamento do preço (ou do ágio) não é um elemento determinante para fins da contabilização do investimento e correspondente aplicação do método da equivalência patrimonial; e (xi) mesmo se assim não fosse, o que se considera apenas para argumentar, mesmo se o ágio registrado pela AD Participações em relação à Recorrente e à Arras fosse visto como resultante de uma “transferência”, esse fato não justificaria a vedação à aplicação do disposto na Lei 9.532/97 ou a própria glosa das despesas deduzidas pela Recorrente.

No que se refere ao tema “royalties”, sustenta o sujeito passivo, que: (i) na mesma data em que concluiu a aquisição das subsidiárias latino-americanas da rede McDonald’s foi celebrado entre os grupos Arcos Dorados e McDonald’s o “*Master Franchise Agreement*” documento que passaria a dar as diretrizes gerais para a relação de “*Developmental Licensee*” que se estabeleceria entre esses dois grupos no Brasil, na América Latina e no Caribe ao longo dos vinte anos seguintes; (ii) para as operações no Brasil, onde a MCD já possuía um contrato de

franquia tradicional com McDonald's Corporation, o "*Master Franchise Agreement*" foi complementado pelo "*Amended and Restated Master Franchise Agreement*"; (iii) por questões de operações e dinâmica de exploração da cadeia de restaurantes McDonald's, o contrato possibilita aos franqueados principais concederem subfranquias, que, contudo, não são livremente concedidas, de forma autônoma e independente da franquia máster; (iv) quando há a contratação de uma subfranquia, os subfranqueados também devem pagar royalties ao grupo McDonald's, no entanto, pelo fato de a relação jurídica entre a Recorrente e seus subfranqueados envolver apenas residentes no Brasil, não há qualquer formalização de vínculos de subfranqueados diretamente com o grupo McDonald's no exterior perante o INPI, nem tampouco junto ao Banco Central do Brasil, razão pela qual os subfranqueados ficam absolutamente impedidos de remeter royalties ao grupo McDonald's no exterior; (v) além de pagar seus próprios royalties ao grupo McDonald's, a Recorrente repassa os valores de royalties recebidos dos subfranqueados, como expressamente determina o contrato de franquia máster; (vi) por ter oferecido à tributação as receitas de royalties dos subfranqueados e se tratarem de despesas necessárias à sua própria atividade como franqueada máster da rede McDonald's no Brasil, a Recorrente acaba deduzindo os pagamentos realizados, até mesmo para que tais valores não estejam sujeitos a uma indevida dupla tributação; (vii) os royalties pagos pela Recorrente ao grupo McDonald's em razão do "*Master Franchise Agreement*" e do "*Amended and Restated Master Franchise Agreement*" não são compostos apenas pelas receitas próprias de vendas da Recorrente; contêm parcelas de repasse de royalties devidos pelos subfranqueados em relação às suas próprias vendas; (viii) o equívoco cometido neste caso, portanto, acabou sendo a consideração, para fins dos limites de dedutibilidade, apenas as receitas de vendas realizadas pela Recorrente, comparativamente à parcela de royalties remetidos; (ix) há pelo menos três diferentes qualificações possíveis para a análise desses pagamentos, sendo que todas elas confirmam a correção de todos os atos praticados pela Recorrente e a manifesta improcedência do lançamento ora tratado: (a) a primeira delas sequer envolveria a aplicação da Portaria 436/58, pois como a rede subfranqueada não é explorada pela Recorrente, não há vendas realizadas pela Recorrente nas lojas subfranqueadas e não há relação direta entre McDonald's e rede subfranqueada, a qualificação dos pagamentos seria de simples obrigação contratual devida pela Recorrente a McDonald's Corporation; (b) a segunda forma seria considerar a Recorrente mera agente coletora desses valores, originalmente devidos pelos subfranqueados; e (c) terceiro critério, mais conservador e adotado pela Recorrente, seria receber nos royalties dos subfranqueados como receitas passíveis de tributação, mas, quando dos pagamentos efetuados a McDonald's Corporation por força do Contrato de Franquia Máster, haveria a aplicação da Portaria 436/58 com base no volume de vendas dos subfranqueados, já que, em essência, esses pagamentos teriam natureza similar aos royalties próprios da Recorrente; e (ix) como a Recorrente tributou receitas correspondentes a 5% das vendas realizadas pelos subfranqueados, mas deduziu apenas o equivalente a 4%, justamente em cumprimento ao limite previsto na Portaria, houve um tratamento mais vantajoso ao Fisco, de forma que não poderia a Recorrente ser penalizada por tal conduta sobretudo quando havia duas decisões definitivas na esfera administrativa lhe reconhecendo esse direito.

Por fim, com relação ao tema “multa isolada”, alega o sujeito passivo, em resumo, que (i) a alteração promovida no artigo 44 da Lei 9.430/96 não trouxe qualquer alteração material na sistemática de aplicação da multa isolada discutida neste caso; (ii) foi justamente por tal razão que a Súmula 105, em nenhum momento impôs limitações temporais à vedação para aplicação concomitante de multa isolada e multa de ofício; (iii) independentemente se antes ou depois da publicação da Lei 11.488/07, o que deve ficar claro é que a impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada decorre do chamado princípio da consunção e, como já consolidado na jurisprudência e doutrina, quando a primeira conduta se afigura como meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira; e (iv) subsidiariamente, a manutenção da multa isolada pela r. decisão recorrida necessariamente viola as disposições legais recentemente introduzidas pela Lei 14.689/23, que vedaram, com efeitos interpretativos, a exigência de penalidades que excedam 100% dos valores lançados a título de principal.

Em contrarrazões (fls. 29858/29893), sustenta a Fazenda Nacional, que (i) eventual ágio pago quando da aquisição da MCD LTDA e da ARRAS pela ADBV possui características inerentes ao seu surgimento que impedem o seu aproveitamento fiscal, seja pelo contribuinte, seja por outra empresa do grupo Arcos; (ii) apesar de a Fazenda Nacional NÃO CONCORDAR com a dedutibilidade de um ágio transferido à pessoa jurídica diversa daquela que o efetivamente pagou, nos casos de transferência de ágio, a dedutibilidade do “ágio transferido” é usualmente aferida com base na operação que deu ensejo ao “ágio original”; (iii) nos casos semelhantes a presente lide, onde o ágio supostamente decorre de uma operação onde o adquirente se localiza no exterior, não é possível aferir a validade do “ágio transferido” com base no “ágio original”. Isso porque estando o verdadeiro adquirente no exterior, não é possível aplicar a legislação brasileira para aferir a validade do “ágio original”; (iv) com base no suposto fato de que a real adquirente das quotas da MCD LTDA e da ARRAS foi a empresa ADBV, a Fiscalização, com base na interpretação literal da Lei nº 9.532/1997, constatou que a incorporação da ADP e da ARRAS pela MCD LTDA não torna o ágio passível de dedução; (v) a interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 autoriza a dedução do ágio somente quando ocorre a “confusão patrimonial” entre a investida e a sua real investidora; (vi) para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial; (vii) ao final das operações, a ADBV continua sendo detentora direta das quotas da MCD LTDA e da ARRAS, o ágio por ela pago não pode ser deduzido fiscalmente; (viii) o “ágio de si mesmo”, que é uma espécie de ágio interno (gerado entre partes dependentes), envolve a reavaliação espontânea de uma participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do “ganho” decorrente dessa reavaliação é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica reavaliada; (ix) por decorrer de atos simulados, artificiais, a referida espécie de ágio interno não pode ter o mesmo tratamento daquela “mais valia” que é consequência de uma verdadeira operação de aquisição de investimento (de uma verdadeira troca de fluxo futuro de renda), seguida da confusão patrimonial entre investidora e investida; (x) no caso em apreço, tendo sido

demonstrada a inexistência de custo de aquisição suportado pelo grupo Arcos no exterior correspondente ao custo registrado no Brasil, e a impossibilidade de transferência de ágio pago no exterior (caso se considere que o custo existiu), tem-se, então, que o ágio registrado pela ADP quando do recebimento das quotas do contribuinte (MCD LTDA) e da ARRAS se traduz em um inequívoco ágio interno, pois foi registrado sem corresponder a uma efetiva aquisição participação societária pela ADP no valor de R\$ 585 milhões; (xi) após adquirir as empresas brasileiras MCD LTDA e ARRAS por US\$ 14 mil, e sanar o patrimônio dessas empresas por meio da absorção dos prejuízos existentes em mais de um bilhão de reais (por meio de reduções de capital), adotou a estratégia de reavaliar tais participações a valor de mercado, com base em suas rentabilidades futuras, e aproveitar fiscalmente o custo dessa reavaliação como despesa de amortização de ágio; (xii) após a aquisição das referidas empresas brasileiras, o grupo Arcos promoveu o aumento de capital da ADP com as suas quotas pelo valor de R\$ 585 milhões pautado em laudo de rentabilidade futura e, em face da divergência entre o valor do aumento de capital e do PL das empresas, a ADP registrou um ágio no valor de R\$ 515 milhões; (xiii) como não era interesse do grupo Arcos promover a unificação patrimonial das empresas ADBV, MCD LTDA e ARRAS após a sua aquisição, esse grupo “orquestrou” o cumprimento da confusão patrimonial exigida pela lei por meio do registro de um ágio decorrente de operações societárias simuladas (operações estas típicas daquelas praticadas no surgimento do chamado “ágio de si mesmo”); (xiv) não há como concordar com a miscelânea proposta pelo recorrente: ou o ágio decorre de uma operação ou de outra, isto é, ou o ágio aqui discutido é oriundo da aquisição das quotas da MCD LTDA e da ARRAS pela ADBV, ou, da aquisição dessas quotas pela ADP; (xv) não há que se falar em mero repasse de royalties ou consideração da receita dos subfranqueados no cálculo do limite de dedução, uma vez que a relação jurídica que justifica o pagamento de royalties pelo contribuinte não se confunde com aquela que permite o recebimento de royalties dos subfranqueados; (xvi) a relação existente entre o contribuinte e o grupo McDonalds é normatizada pelo Contrato de Franquia Principal, por meio do qual, em apertada síntese, o citado grupo internacional cedeu onerosamente à empresa brasileira os direitos de possuir e operar, direta e indiretamente, lanchonetes franqueadas no Brasil, assim como de conceder licenças para subfranquias; (xvii) em face da titularidade do direito de uso da marca McDonalds no Brasil, mormente também do direito de conceder licenças para subfranquias, o contribuinte, então, firmou Contratos de Franquia com terceiros; (xviii) acerca de tais contratos de franquia (ou subfranquia) firmados pelo contribuinte com terceiros, vale destacar que essa relação jurídica era estabelecida exclusivamente entre as partes envolvidas (franqueadora – contribuinte ora autuado – e franqueado – terceiro), ou seja, não envolvia o grupo McDonalds, não previa qualquer direito ou dever com relação a esse grupo; (xix) independência entres os royalties pagos pelo contribuinte e aqueles pagos pelos subfranqueados resta evidente quando se vê que o contrato estabelece que o pagamento devido pelo contribuinte independe do pagamento dos subfranqueados (cláusula 14.2.1); (xx) dever do contribuinte de pagar royalties ao grupo McDonalds e o dever dos subfranqueados de pagar royalties ao contribuinte não podem ser confundidos como se fossem um só, isto é, os royalties devidos pelo contribuinte decorrem da cessão da marca pelo grupo McDonalds, e são, ao mesmo tempo, custo

do contribuinte e receita do grupo estrangeiro; enquanto os royalties devidos pelos subfranqueados, por sua vez, decorrem da “subcessão” da marca pelo contribuinte, sendo custo dos subfranqueados e receita do contribuinte; (xxi) tributação dos royalties por ele recebidos dos subfranqueados e a limitação da dedução dos royalties por ele pagos não leva a qualquer risco de dupla tributação, vez que os royalties recebidos dos subfranqueados correspondem a receita da sua atividade (exploração dos direitos do grupo McDonalds), sendo que, em face do uso desses direitos, há a obrigação de pagamento de royalties ao exterior, cuja dedução, por seu lado, é limitada; (xxii) a legitimidade, ou não, da cumulação entre a multa de ofício e a multa isolada não dependerá da análise em torno das bases de cálculos dessas penalidades, se idênticas ou não, mas sim do exame acerca das infrações que motivaram a aplicação das mesmas; (xxiii) com recolhimento mensal antecipado, conforme o art. 2º da lei 9.430/96, o contribuinte do IRPJ e da CSLL auxilia a União a fazer frente às despesas incorridas durante o ano calendário, o que não ocorreria se a referida exação apenas fosse paga no exercício seguinte e, sob essa ótica, o não recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa é infração bastante diversa daquela consistente na omissão de receitas apurada ao final do ano-calendário; (xxiv) as multas de ofício e isolada não decorrem da mesma infração: são multas inteiramente diversas, previstas em lei, e não configuram *bis in idem*; (xxv) quanto à base de cálculo das duas penalidades, normalmente elas não são coincidentes: a multa de ofício incide sobre o tributo devido pela parte e que não foi recolhido no momento oportuno. Já a multa isolada deve ser calculada sobre as antecipações que não foram pagas pela empresa no decorrer do ano; (xxiv) a partir da Lei 9.430/96, o contribuinte somente estará dispensado de recolher os tributos devidos, apurados pelo sistema de estimativa, quando transcrever no Livro Diário os balancetes de suspensão ou redução; e (xxv) quando deixar de recolher os tributos devidos, sem justificar o não recolhimento mediante a transcrição no Livro Diário dos balancetes de suspensão ou redução, estará sujeito ao pagamento da multa prevista no art. 44, §1º, inciso IV da Lei n.º 9.430/96.

É relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, Relatora

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interporem recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E eventuais embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado,

interrompem o prazo para a interposição de recurso especial¹. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que diverjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”².

Com base nessas premissas, passamos a analisar a admissibilidade dos recursos especiais da Fazenda Nacional e do sujeito passivo.

I.1 - Recurso especial da Fazenda Nacional

No que se refere à tempestividade, de acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela Fazenda Nacional será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhados à PGFN em 21.08.2023 (fl. 29150) e devolvidos ao CARF com o recurso especial em 20.09.2023 (fl. 29168). Assim, é tempestivo o recurso especial interposto pela PGFN.

Com relação ao prequestionamento, o recurso especial da Fazenda Nacional versa sobre “multa qualificada”, no caso, incidente sobre suposta dedução indevida de despesas de ágio – matéria expressamente debatida no acórdão recorrido, donde o preenchimento do referido pressuposto de admissibilidade.

Por fim, no que se refere à divergência interpretativa, o voto vencedor do **acórdão recorrido** adotou como razões de decidir aquelas contidas no Acórdão nº 1401-003.809, que versa sobre o mesmo ágio ora em discussão e no qual concluíram os julgadores que não havia “qualquer

¹ Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”) aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

² Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

cabimento na imputação da penalidade qualificada de 150%, já que não ocorreu qualquer ato doloso, abusivo, simulado, artificial ou fraudulento neste caso e que não houve qualquer tentativa da Recorrente de enganar, esconder ou iludir o Fisco”. Confira-se:

No que se refere às deduções de despesas com amortização de ágio, essa TO também considerou, no Acórdão 1401-003.809 que trata do mesmo ágio, por unanimidade de Votos, que não há qualquer cabimento na imputação da penalidade qualificada de 150%, já que não ocorreu qualquer ato doloso, abusivo, simulado, artificial ou fraudulento neste caso e que não houve qualquer tentativa da Recorrente de enganar, esconder ou iludir o Fisco: (...)

Por entender aplicável ao presente caso, adoto as mesmas razões de decidir: (...)

05) Da Multa qualificada Para que se possa cogitar a possível aplicação da multa de ofício em percentual qualificado, o artigo 44, § 1º da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/07, exige que o contribuinte tenha incorrido em uma das hipóteses descritas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964 (“Lei 4.502/64”), isto é, nos casos de sonegação, fraude ou conluio, respectivamente.

Entretanto essa ocorrência não pode ser presumida ou alegada de forma genérica, tampouco essas três figuras específicas podem ser genericamente referidas como um suposto “dolo” – que aliás sequer ocorre neste caso. Pelo contrário, a efetiva caracterização de sonegação, fraude ou conluio deve ser provada por meios hábeis e idôneos, de forma clara e inequívoca, e isso evidentemente não ocorreu nestes autos, até mesmo porque não houve a prática de atos jurídicos com quaisquer desses vícios.

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de dolo no seu mais puro sentido penal.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento, etc. prevista no inciso I que vai levar à duplicação da multa.

Se não houver intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido – que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável – não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete. (...)

Da leitura da peça impugnatória apresentada pelo contribuinte, não se pode refutar a hipótese de que as operações de reorganização tenham sido concebidas e executadas sob a convicção de sua inteira legalidade. Por mais exótica e desprovida de senso econômico que toda a operação possa

apresentar (além da óbvia economia tributária), não há regra tributária que conduza clara e inexoravelmente a uma interpretação que considere ilícito o procedimento adotado. Assim, por considerar que a legislação sobre o tema é confusa e apresenta aspectos controversos suficientes para sustentar posições antagônicas, entendo inaplicável a qualificação da multa de ofício. Em síntese, não se caracterizou de forma concludente uma conduta dolosa, necessária à aplicação da multa qualificada. Não é excessivo repetir: não se trata de afastar a punibilidade decorrente da ilicitude – com a qual se concorda – o que se afasta é o agravamento da sanção. Por todo o considerado, entendo que para o caso presente cabe a imposição da multa de 75%, prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, sem a qualificação prevista em seu parágrafo 1º. A legislação de ágio é bem complexa e já tivemos várias interpretações sobre o tema. Não agiu a contribuinte, ora recorrente como o dolo necessário à qualificação da multa. Não omitiu informações, não fraudou documentos. O que fez foi interpretar a norma tributária da maneira que entendia razoável, não sendo tal conduta, a meu ver, suficiente para qualificar a multa. Nesse sentido, dou provimento ao recurso voluntário da contribuinte para excluir a aplicação da multa qualificada da operação de ágio.

Face ao exposto, no que tange à multa qualificada sobre a dedução de ágio, oriento meu voto pelo seu afastamento aplicando-se, tão somente, a multa de ofício de 75%.

No **Acórdão paradigma nº 1402-003.606**, por sua vez, analisou-se a multa qualificada decorrente da glosa das despesas com amortização do ágio gerado na mesma operação, realizada pelo mesmo contribuinte, com relação ao ano-calendário de 2011. Diante de fatos idênticos aos aqui analisados, concluíram os julgadores do acórdão paradigma pela manutenção da multa de ofício qualificada, nos seguintes termos:

A multa qualificada de 150% tem fundamento legal no art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996 (redação dada pela Lei 11.488/2007).

Dispõe o dispositivo que a multa é devida nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por seu turno, os arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964, assim rezam: (...)

Há, no termo de verificação fiscal, que houve fraude pela simulação de registros fiscais e societários, visando induzir a Fiscalização a acatar a amortização do ágio praticada, produzindo os efeitos referidos no artigo 72 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, ou seja, a ocorrência de fraude.

Como relatado no termo de verificação fiscal: (...)

A questão da qualificação nestas casos vai encontrar jurisprudência ampla em ambos os sentidos.

Acompanho os que entendem que tal situação envolve adulteração do registro dos fatos para lograr puro proveito tributário. Aqui não basta arguir que foi tudo registrado e/ou lícito. O conjunto dos eventos ocorridos estarem registrados é a pretensão de dar aparência de legitimidade aos mesmos. E sua licitude está no isolamento de cada evento no conjunto, há uma nítida burla à legislação aplicável.

Cabe destacar que a multa de ofício simples (75%) tem o seu contexto de aplicação nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996 (com alteração dada pela Lei nº 11.488/2007). Note-se que não há condições de enquadramento direto em nenhuma destas hipóteses, para os atos da recorrente que objetivaram criar, artificialmente, despesas com ágio para diminuir a apuração do seu lucro real.

Não haveria, aqui, em se falar em falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e no de declaração inexata.

Há uma conduta da recorrente, nitidamente dolosa, que objetivou o impedimento da real ocorrência do fato gerador, modificando-o.

O elemento dolo, um tanto subjetivo, não há de ser extraído da mente do seu autor, mas sim das circunstâncias que envolvem os fatos a serem analisados.

No caso concreto, pelo todo o quanto aqui exposto, resta claro que a recorrente conscientemente agiu para distorcer os fatos, com a precípua finalidade de modificar as características do fato gerador, o que levou à redução da base tributável lucro real apurado.

O fato de não ter ocorrido nenhuma ilegalidade nos seus atos, e estarem todos registrados não exclui a modificação pretendida. Os atos formais, individualmente, até podem ser juridicamente válidos, mas não há substrato material, pois não refletem a realidade ocorrida.

Os atos formais deveriam espelhar a realidade, o mundo real.

Inevitavelmente, haverá a intenção de dar ares de validade aos atos e contratos ocorridos, escriturando e documentando toda a operação adulterada. Acontece que todo o preparo documental da situação, não tendo amparo material, foi colocado para evitar a fiscalização e tentar demonstrar uma situação válida da modificação pretendida das circunstâncias do fato gerador.

Apenas com uma fiscalização, e um aprofundamento da análise documental é que se poderia ver os vícios contidos neste aporte documental. Ou seja, não há condições de se alegar a transparência e licitude dos seus atos, pois estão eivados de vício material, que procuraram demonstrar outra realidade às obrigações para com o erário, só identificáveis após certa investigação.

Ou seja, a operação ocorreu com etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurando esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Isso é um típico caso de fraude e entendo como válida a multa qualificada.

Entendo que o fato de não ter sido aplicado a multa qualificada na autuação fiscal do processo administrativo 16561.720099/201458, como alega a recorrente, em nada vincula a presente autuação, pois são eventos independentes de análise dos casos, respeitando a dinâmica jurisprudencial que se constrói ao longo do tempo.

Pelo acima exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

Portanto, como, diante das mesmas operações, os julgadores do acórdão recorrido e do **Acórdão paradigma nº 1402-003.606** chegaram a conclusões diametralmente opostas, presente está a exigida similitude fática a ensejar o conhecimento do recurso especial.

Diante disso, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional.

I.2 - Recurso especial do sujeito passivo

No presente caso, o contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 1401-006.420 em 22.03.2024 (sexta-feira, fl. 29185), e, em 05.04.2024 (fl. 29274), interpôs o recurso especial ora em análise. Diante disso, é tempestivo o recurso especial.

No que se refere ao prequestionamento, o acórdão recorrido versa expressamente sobre as matérias “dedutibilidade de despesas de ágio”, “possibilidade de inclusão de valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties devidos a McDonald’s Corporation, isto é, se tais valores poderiam ser ou não considerados para fins de aplicação dos percentuais de que trata a Portaria 436/58” e “concomitância entre multa isolada de 50% e multa de ofício”, restando preenchido, portanto, tal pressuposto de admissibilidade.

Com relação à divergência interpretativa, para fins didáticos, segregaremos nossa análise em cada uma das matérias contidas no recurso especial do sujeito passivo e devidamente admitidas pelo despacho de admissibilidade.

a) Dedutibilidade das despesas com ágio

No que se refere à matéria “dedutibilidade de despesas de ágio”, o **acórdão recorrido** analisou a operação por meio por meio da qual “o grupo Arcos Dourados adquiriu a totalidade da participação societária na LatAm LLC (‘LatAm’) e na MCD, além das demais lojas do grupo localizadas em outras 17 jurisdições da América Latina” pelo montante de USD 698 milhões. Todo o processo foi concentrado em uma sociedade holding sediada nos Países Baixos, a ADBV.

Em seguida, o grupo promoveu uma reorganização societária no Brasil, que envolveu (i) a constituição da sociedade holding AD Participações; (ii) a transferência do grupo

Arcos Dourados para a AD Participações, pelo mesmo custo proporcionalmente incorrido na aquisição desses investimentos (isto é, aproximadamente 42% do preço pago ao grupo McDonald's), do investimento detido na Recorrente (MCD) e na Arras, por meio de integralização de capital; (iii) registro do ágio pela AD Participações em relação aos investimentos detidos na Recorrente e na Arras; e (iv) incorporação da Arras e da AD Participações pela Recorrente, que passou a amortizar fiscalmente o ágio.

No caso, como se extrai do voto do Relator, a Autoridade Fiscal questiona desde a existência do ágio na operação realizada no exterior, até a própria demonstração de que o fundamento econômico do ágio seria a expectativa de rentabilidade futura do investimento. Confira-se:

Informa a Autoridade Fiscal que o suposto “ágio” teve origem não só na aquisição da AD Comércio de Alimentos (ADCA), como também na aquisição da ARRAS. O valor do ágio registrado na DIPJ foi R\$ 515.377.834,00.

Após expor os fatos, demonstrar diversas incongruências para se registrar o ágio, expõe a Autoridade em seu Termo de Verificação Fiscal:

Pelo exposto até o momento, vislumbra-se a existência de um deságio, e não de um ágio, na operação internacional de aquisição da operação do McDonald's no Brasil

De qualquer forma, mesmo que tivesse existido um ágio nessa operação, que o contribuinte tivesse apresentado documentação comprobatória, que fosse possível corroborar o valor do ágio declarado pelo contribuinte, R\$ 515.377.834,00, e que estivesse tudo correto na apuração desse ágio, restaria ainda mais um requisito a ser cumprido para o suposto ágio ser considerado válido.

Para que o contribuinte possa efetuar a amortização tributária do ágio surgido na aquisição de participação societária, o lançamento do ágio deve indicar o seu fundamento econômico e esse deve ser valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração

(grifo do autor)

O requisito acima mencionado se refere ao “fundamento econômico”. A Autoridade Fiscal demonstrou exaustivamente que não foi possível identificar o real “custo de aquisição” e nem mesmo o valor do “Patrimônio Líquido” na época da aquisição (e-fls. 27017 e ss.).

Expõe que não há informações disponíveis sobre o valor do patrimônio líquido das empresas McDonald's Comércio de Alimentos [= ADCA, recorrente] e ARRAS por ocasião da aquisição de suas participações societárias por terceiros, agosto de 2007. Demonstra ali, diversas inconsistências e informações conflitantes. Por consequência de toda esta análise, como definir o valor do ágio?

Informa ainda que não foi apresentada nenhuma demonstração que comprove o fundamento, conforme exigência legal.

Acrescenta:

Outro documento apresentado pelo contribuinte, visando dar respaldo à amortização de ágio, foi o Laudo de Avaliação Econômica, elaborado pela Macso Legate Consultores Ltda., que teve como objetivo a avaliação econômica do Grupo Arcos Dourados do Brasil.

O referido laudo, no entanto, foi apresentado à Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. em 28/10/2008 e teve como data base 31/08/2008, ou seja, um ano após a operação de aquisição das empresas McDonald's Comércio de Alimentos e Arras Comércio de Alimentos pelo grupo Arcos Dorados. A avaliação foi feita em um momento diferente, em circunstâncias bem diferentes, em um contexto em que as empresas já pertenciam ao grupo Arcos Dorados há um ano. O laudo é extemporâneo.

Frise-se que os questionamentos da Autoridade Fiscal não se limitam à extemporaneidade do laudo apresentado para avaliar o patrimônio das empresas do grupo no Brasil, mas se referem à própria existência de ágio na operação realizada no exterior.

Em seguida, após expor detalhadamente a operação com base no TVF e na impugnação, os julgadores do acórdão recorrido concluíram pela manutenção do lançamento, nos seguintes termos:

Cumprir destacar que todos os Órgãos Julgadores de primeira e segunda instância que apreciaram esta matéria entenderam estar correta a exigência fiscal.

De fato, o ágio deve ser registrado pela adquirente. Caso ocorra a confusão patrimonial deste com a investida, em face da “baixa do investimento”, tendo em vista que não haverá mais registro contábil, a legislação autoriza a dedução à razão de um sessenta avos ao mês do valor registrado. Ocorre que a recorrente não foi a adquirente. Deste modo não há valor a ser “desdobrado” na contabilidade. O ágio pago pela controladora no exterior (primeiro momento), não pode ser transferido para pessoa jurídica no Brasil (recorrente), com o intuito de deduzir esses valores na apuração dos tributos aqui devidos.

Situação interessante: o ganho de capital do alienante foi (ou deveria ser) tributado no exterior, mas na “outra ponta”, o ágio pago pela adquirente foi deduzido aqui no Brasil! Ou seja, mediante todo o planejamento criado, transfere-se apenas o “ônus” para o nosso País.

Surge ainda a curiosidade: será que houve a transferência e dedução deste mesmo ágio em todas as jurisdições (América Latina) em que foram adquiridas as outras empresas do grupo Mc Donald's?

O ágio pago pelo adquirente em “uma ponta” equivale ao ganho de capital do alienante na “outra ponta”. E por óbvio, esses valores devem ser considerados na jurisdição em que ocorreu a alienação das respectivas participações societárias.

O julgador *a quo* abordou percucientemente a questão, de modo que mantenho suas decisões pelos seus próprios fundamentos.

Cumpre notar que, apesar de o relator afirmar que mantém a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, vez que “julgador *a quo* abordou percucientemente a questão”, não transcreve, em seu voto, os termos da decisão recorrida por ele ratificados. Disso se extrai que os fundamentos para seu entendimento foram, basicamente, (i) o fato de a Recorrente, ADCA, não ser a adquirente; (ii) a impossibilidade de o ágio pago pela controladora no exterior (primeiro momento), ser transferido para pessoa jurídica no Brasil (Recorrente), com o intuito de deduzir esses valores na apuração dos tributos aqui devidos; (iii) obrigatoriedade de tanto o ágio, como o ganho de capital, serem considerados na jurisdição em que ocorreu a alienação das participações societárias; e (iv) existência de dúvida acerca da transferência para o Brasil da parcela correspondente ao ágio gerado no exterior.

No **Acórdão paradigma nº 9101-006.290**, por sua vez, analisou-se operações por meio das quais a Vivendi S/A, empresa domiciliada no exterior, adquiriu ações da GVT Holding S/A, situada no Brasil, em duas etapas: a primeira, mediante capitalização de recursos da Vivendi S/A na VTB Participações S/A, subsidiária da Vivendi S/A no Brasil, seguida da aquisição de 12,72% das ações da GVT Holding, ainda em circulação no mercado brasileiro, por meio de oferta pública de aquisição de ações (OPA); e a segunda, mediante aquisição no exterior pela Vivendi S/A de 87,28% das ações da GVT Holding, seguida da incorporação de ações de emissão da GVT Holding pela VTB Participações, que resultou em um aumento no capital social da VTB Participações para R\$ 7.671.726.003,00, montante este composto pelo valor do patrimônio líquido da GVT (Holding) S/A, de R\$2.640.804.808,45 e ágio de R\$ 5.030.091.216,36, cujo fundamento econômico apoiou-se na expectativa de rentabilidade futura da GVT, suportada em avaliação contida no *Laudo Calyon* e no *Laudo Capital Soluções*. Por fim, houve a incorporação reversa da VTB Participações S/A pela GVT Holding, seguida da amortização fiscal do ágio.

Como ressalva o voto vencedor do **Acórdão paradigma nº 9101-006.290**, a decisão então recorrida afastou a glosa da dedução fiscal do ágio relativa à primeira etapa – que foi objeto do recurso especial da Fazenda Nacional – e manteve a glosa referente à segunda etapa. Confira-se:

Como se vê, a glosa da dedução fiscal do ágio na *primeira operação* (OPA) restou afastada em face do entendimento de que teria havido a necessária *confusão patrimonial* entre GTB e VTB, afinal foi esta última quem pagou o ágio relativo à aquisição do restante da participação societária mantida no Brasil.

Já a manutenção da glosa referente à *segunda operação* (“incorporação de ações”), além de levar em conta a ausência de *confusão patrimonial* entre a real adquirente (Vivendi França), também se manifestou sobre a impossibilidade de *transferência deste ágio* sob pena de *transformá-lo* em um *ágio interno* indedutível por excelência, bem como pela ausência de comprovação do seu próprio fundamento econômico ante a não contemporaneidade do laudo.

Esclarecidos os fatos e resumidas as razões de decidir do acórdão recorrido, passaremos a analisar cada um dos recursos especiais.

E como se extrai expressamente do recurso especial do sujeito passivo, bem como dos itens 15 a 18 do despacho de admissibilidade³, a operação invocada pela Recorrente como sendo similar à aqui discutida é apenas aquela objeto da segunda etapa, isto é, a analisada pelo **Acórdão paradigma nº 9101-006.290** no enfrentamento do recuso especial do sujeito passivo.

Naquele caso, o lançamento decorreu, de acordo com o redator do voto vencedor, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, de três principais motivos: (i) imprestabilidade do laudo para comprovar a rentabilidade futura; (ii) o fato de o ágio ser “interno”; e (iii) utilização de “empresa-veículo” visando exclusivamente a “nacionalização” do investimento e aproveitamento fiscal do ágio. E o redator do voto vencedor enfrenta cada um desses pontos, em capítulos próprios.

No que se refere ao laudo, o redator do voto vencedor valida o valor atribuído às ações incorporadas da GVT, refletido no laudo elaborado à época da incorporação, e parte da premissa de que o valor das ações incorporadas corresponde ao efetivo custo de aquisição das ações adquiridas pela Vivendi S/A no exterior. Veja-se:

Ora, tendo em vista que a norma legal não previa uma forma para a demonstração da rentabilidade futura, muito menos dispunha expressamente sob contemporaneidade entre a data de assinatura do laudo e a data do pagamento do ágio, não poderia a fiscalização exigir uma rigorosa concomitância.

O ágio de que ora se trata foi apurado pela VTB em operações societárias legítimas que resultaram na aquisição da GVT. Nesta operação entre partes não relacionadas, foi efetivamente pago ágio de mais de R\$5bilhões. Tais fatos, aliás, foram confirmados pela fiscalização, conforme exposto no TVF.

Nesse caso específico, o Protocolo de Incorporação de Ações (fls. 752/758), a propósito, afirma expressamente no item 6 (f) que o valor de R\$ 6.658.710.903,42 atribuído às ações incorporadas da GVT corresponde ao efetivo custo de aquisição das ações da Vivendi S.A. Veja-se:

A incorporação pela VTB, das Ações Incorporadas detidas pela Vivendi deverá ser feita com base no custo de aquisição de tais ações constante dos registros da Vivendi, e o número de ações a serem emitidas pela VTB - ações estas que a Vivendi, por meio do presente instrumento, se compromete a manter - foi determinado com base no seu respectivo valor patrimonial.

³ 15. Já a glosa do segundo ágio acima, decorrente da transferência de ágio gerado no exterior e internalizado no Brasil (“transferência do próprio investimento de ágio”), foi mantida pelo CARF, resultando em Recurso Especial do Contribuinte, na matéria “possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para sociedade holding do mesmo grupo econômico”, ao qual foi dado provimento pela CSRF. (...)

18. A Recorrente, em seu Recurso Especial, se refere especificamente a esse segundo ágio (e-fls. 29.285, sublinhado da transcrição): (...)

Conforme ainda restou demonstrado, esse valor representa o último parâmetro de mercado conhecido da GVT, refletindo o custo médio de R\$ 56,00 por ação que foi efetivamente pago a terceiros, sendo que o Laudo Calyon elaborado à época da incorporação, avaliou as Ações na faixa entre R\$ 51,00 a R\$ 59,00.

Especificamente quanto à significativa discrepância da avaliação do laudo da Capital Soluções, superior a R\$4B, entendo que esta não produz qualquer efeito, uma vez que os demais elementos probatórios dos autos são mais do que suficientes para demonstrar o fundamento econômico do ágio representado pelo próprio custo do investimento. (...)

Feitas essas considerações, considero demonstrado o fundamento econômico de rentabilidade futura do ágio ora em discussão.

No que se refere ao “ágio interno”, o redator do voto vencedor afastou a “caracterização de ágio interno” e validou a incorporação de ações como forma de transferência do custo de aquisição da Vivendi à VTB. No entanto, ao assim fazer, o redator igualmente parece partir da premissa de que o valor das ações incorporadas pela VTB reflete o custo de aquisição incorrido pelo grupo Vivendi no exterior. Confira-se:

A legislação concedia á época dos fatos ampla liberdade para a definição do critério de avaliação das ações ou do patrimônio a ser incorporado, exigindo apenas que seja identificado no Protocolo de Incorporação.

Também a lei societária permitia aos administradores e acionistas escolherem livremente o método de avaliação para fixação das relações de troca, que poderiam ser convencionados conforme o princípio da liberdade contratual.

Nesse caso concreto, entendo que a fixação do valor do próprio custo de aquisição incorrido pelo grupo Vivendi às ações incorporadas possui base legal e, mais ainda, está em consonância com o próprio objetivo do desenho inicial da operação, qual seja, de concentrar o investimento no próprio país.

Nesse ponto, me parece equivocado a terminologia de "ágio francês" pago a mais-valia pela Vivendi. Em sentido técnico, todo o valor pago por ela constitui, na verdade, custo de aquisição do investimento. (...)

A legislação de regência, no meu entendimento, foi estritamente observada pela VTB Participações SA, que demonstrou que o ágio tinha fundamento na rentabilidade econômica da GVT (Holding) SA com base em documentos que atestam os preços negociados e pagos entre partes independentes, bem como que a concentração do investimento e posterior "confusão" partiram de operações societárias válidas.

Por fim, com relação à “empresa-veículo”, o redator do voto vencedor afasta o óbice imposto pela Autoridade Fiscal com base em argumentos, principalmente, de direito – exceto com relação à afirmação de que a “VTB permaneceu como investida de GVT por quase 4 (quatro) anos”, que, a meu ver, se tratou de um reforço argumentativo para corroborar sua

afirmação de que “não há qualquer indício ou alegação de que a VTB seria empresa interposta de forma fictícia, ‘empresa de fachada’ ou ‘de papel’” (fl. 4479). Veja-se:

II.III) Empresa-veículo

A fiscalização ainda sustenta a glosa com base no argumento de que a VTB seria mera empresa-veículo, sendo a real adquirente a companhia francesa VIVENDI, empresa esta que manteve total independência entre seu patrimônio e o da investida, inexistindo, portanto, a necessária confusão patrimonial (incorporação ou fusão) entre investidor e investida, requisito legal para a amortização fiscal do ágio.

Esse raciocínio, porém, resta equivocado por pelo menos três motivos.

Primeiro porque, ao assim proceder, a autoridade fiscal acabou se colocando indevidamente na posição de Legislador, criando restrição legal que não existe nas normas apontadas.

Também o fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não é condição de dedutibilidade da amortização de ágio legítimo.

A incorporação em si, inclusive reversa, ainda que envolva a chamada empresa veículo, é instrumental. A participação da empresa veículo na operação, desde que o ágio seja real (como é no presente caso), não desvirtua o benefício fiscal, nem agride o espírito da lei, que trata, como demonstrado, apenas da absorção de patrimônio como condição suficiente e necessária para a dedução.

Segundo porque a jurisprudência do CARF caminha no sentido de que, uma vez demonstrado que seria possível a dedução do ágio por outros meios, não há óbices para que o grupo econômico transfira o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, ainda que veículo ou mero canal de passagem, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária.

E, finalmente, o uso de empresas veículos nesse tipo de estrutura configura conduta induzida pelo próprio ordenamento jurídico. A adoção de incorporação por intermédio de empresa veículo, em detrimento de incorporação direta entre investidora e investida, corresponde a uma política de tributação que foi amplamente consentida na busca de atrair investimento, mas que, somente após a Lei n. 12.973/2014, passou a ser mais rigorosa.

As ilações genéricas acerca de que a Vivendi S/A é quem teria sido a real adquirente e que ela teria obtido um duplo benefício, assim como que estaria ausente a confusão patrimonial na forma que entendeu, não possuem amparo em lei e não se sustentam diante do conjunto probatório acostado aos autos.

Isso porque não há qualquer indício ou alegação de que a VTB seria empresa interposta de forma fictícia, "empresa de fachada" ou "de papel".

Pelo contrário, a VTB permaneceu como investida de GVT por quase 4 (quatro) anos.

Ademais, trata a VTB de *holding* e que, como tal, tem por objeto social a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76 a seguir transcrito: (...)

A duração e objeto de uma sociedade varia conforme o interesse das partes. Segundo o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil, que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

É perfeitamente normal, ou melhor, válida a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios. A curta duração ou uma finalidade específica da empresa não constitui, por si só, nada.

Nesse contexto, entendo que a VTB sempre figurou como parte legítima na estrutura, ainda que possa ser vista como mero veículo, na linha da jurisprudência que esta E. 2ª Câmara vem adotando e conforme atestam as ementas dos julgados abaixo:

Disso se extrai que, de fato, as operações são muito similares: tanto no **acórdão recorrido**, como no **Acórdão paradigma nº 9101-006.290**, houve aquisição de participação societária no exterior, posteriormente “transferida” para o Brasil. No **acórdão recorrido**, a transferência se deu por meio de integralização de capital, enquanto, no **Acórdão paradigma nº 9101-006.290**, a transferência ocorreu por meio de incorporação de ações – o que, a meu ver, por si só, não afasta a exigida similitude fática.

No entanto, no **acórdão recorrido**, existem questionamentos da Autoridade Fiscal – não superados pelos julgadores – acerca da existência do ágio gerado na aquisição das participações societárias no exterior, bem como dos valores atribuídos às empresas do grupo no Brasil, que foram, posteriormente, integralizadas na holding AD Participações. No **Acórdão paradigma nº 9101-006.290**, por outro lado, o voto vencedor parte da premissa de que o valor das ações integralizadas – e do respectivo ágio - refletem o custo de aquisição do investimento no exterior, ou seja, não há dúvidas acerca da existência do ágio ou do valor atribuído às participações societárias objeto de incorporação de ações na VTB Participações. Diante disso, a meu ver, não há como afirmar que os julgadores do paradigma reformariam o conteúdo decisório do acórdão recorrido.

Nesse contexto, não conheço do recurso especial do sujeito passivo quando à matéria “dedutibilidade das despesas com ágio”.

b) Consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58”

No que se refere à matéria “possibilidade de inclusão de valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties devidos a McDonald’s Corporation, isto é, se tais

valores poderiam ser ou não considerados para fins de aplicação dos percentuais de que trata a Portaria 436/58”, o **acórdão recorrido** entendeu que, de acordo com a legislação, “o limite máximo para dedução de despesas com pagamentos referentes a royalties relacionados a exploração de franquia da área de produtos alimentares é de quatro por cento (4%) da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”.

E, diante disso, concluiu, com arrimo nas razões de decidir da DRJ, que “[a] relação jurídica que justifica o pagamento de royalties pelo contribuinte não se confunde com aquela outra que permite o recebimento de royalties dos subfranqueados”, e, portanto, o pagamento de royalties efetuado pela Recorrente em favor do detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald’s constitui dispêndio devido pela Recorrente, tendo em vista sua relação jurídica com o beneficiário McDonald’s Corporation, estando, pois, sujeito à dedutibilidade limitada, na apuração do IRPJ, a 4% da receita líquida das vendas do produto por ela fabricado ou vendido. Por essa razão, afastou, ainda, a argumentação no sentido de que se deveria proceder à soma das receitas da Recorrente com suas subfranqueadas para determinar o limite da dedução. Confira-se:

A Autoridade Fiscal glosou parte das despesas com pagamento de royalties pelo franqueado ao franqueador. Explica que houve excesso em relação aos limites estabelecidos pelo art. 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e art. 6º do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979.

Em síntese, além do limite global de 5% da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido, há um segundo limite a ser respeitado, constante do § 1º do art. 355 do RIR. Em 30 de dezembro de 1958, foi publicada a portaria MF nº 436/58, estabelecendo os coeficientes percentuais máximos para a dedução de Royalties considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade. O limite máximo de dedutibilidade dos royalties foi estabelecido em 4% para a indústria de produtos alimentares pela Portaria MF nº 436/1958.

Reproduzo abaixo a legislação pertinente. (...)

Verifica-se então que o limite máximo para dedução de despesas com pagamentos referentes a royalties relacionados a exploração de franquia da área de produtos alimentares é de quatro por cento (4%) da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido.

Nesse ponto, destaco excerto do relatório fiscal: (...)

A Autoridade Lançadora expôs as tabelas com a composição da BC dos royalties.

Excluiu a dedução de vendas dos não-produtos McDonalds (brinquedos), resultando na BC dos royalties.

Destaco que, em relação ao AC 2013, a Autoridade utilizou o limite de 4% sobre a Receita Líquida de Vendas incluindo os brinquedos (4% da Receita Líquida Total de R\$ 3.789.503.459,48, e o correto seria 4% de R\$ 3.700.261.296,54). Ou seja, o cálculo foi realizado em benefício da autuada.

Demonstrou o total de despesa de royalties lançadas e comparou com o limite (4% sobre receitas líquidas). Como a contribuinte já havia sido adicionado parte do valor no Lalur, o excesso não adicionado foi objeto de lançamento de ofício.

Seguem as tabelas resumindo os valores: (...)

A meu ver todas as razões expostas na peça recursal não são suficientes para justificar a reforma do que foi decidido pelo Colegiado *a quo*, simplesmente pelos fundamentos expostos no voto condutor, o qual demonstrou objetivamente tratar-se de duas relações jurídicas. Por consequência, os cálculos retroexpostos efetuados pela Autoridade Lançadora estão corretos.

Destaco excerto do RV:

162. Como se pode notar, das diversas possibilidades jurídicas para qualificação dos valores incorridos pela Recorrente em relação aos valores devidos pelos subfranqueados, a única abordagem que não se pode admitir é aquela que pretende dar a D. Fiscalização e a r. decisão recorrida: comparar o valor de royalties pagos por uma parte de forma conjunta (Recorrente e subfranqueados) com base em receitas geradas por apenas uma delas (Recorrente). É uma comparação entre grandezas de origens diversas.

E essa foi exatamente a questão abordada pelo Julgador de origem, que inclusive citou o Acórdão 1301-002.154.

[em julgamento desses mesmos fatos, como também o Acórdão 1402003.606]

Entendo que a questão foi muito bem abordada pelo Julgador de origem, portanto, deve a decisão ser mantida pelos seus próprios fundamentos, adotando-os aqui como parte deste voto, transcrevendo-os a seguir. (...)

Em relação à infração de royalties deduzidos acima do limite legal verifica-se a existência de duas relações jurídicas distintas e autônomas. A relação jurídica que justifica o pagamento de royalties pelo contribuinte não se confunde com aquela outra que permite o recebimento de royalties dos subfranqueados.

Consta dos autos “**Contrato de Franquia Principal Alterado e Consolidado**” (fls. 413/508). Esse documento trata dos direitos adquiridos pela “Franqueada Principal Brasileira” (a Impugnante) e das suas respectivas obrigações frente ao cedente dos direitos. (...)

A cláusula 14.2.1 do contrato que pauta a primeira relação jurídica dispõe expressamente que o impugnante não opera como simples coletor de royalties que seriam devidos pelos subfranqueados nacionais ao detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald’s, pois estabelece que o pagamento dos royalties devidos pelo impugnante ao detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald’s independe do

recebimento, pelo primeiro, dos royalties a ele devidos pelos subfranqueados nacionais.

Por sua vez, os contratos pactuados entre o impugnante (franqueadora) e terceiros franqueados, trazidos aos autos pelo impugnante, contêm cláusulas que estabelecem o pagamento de royalties devidos pelos franqueados (os terceiros não ligados à Arcos Dorados) diretamente à franqueadora (nesse caso, a Impugnante). Confirma-se a redação dos itens 1.1, letra “AA” e 3.1, em especial as letras “C” e “F” do contrato firmado pelo impugnante com Mário Eduardo Pereira Martins Júnior (fls.11.711/11.851), abaixo transcritos: (...)

A relação entre a impugnante e suas franqueadas é que estabelece o pagamento de *royalties* destas para com a Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. Como visto, trata-se de duas relações distintas e autônomas:

- a) a primeira, entre o detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald’s, o McDonald’s Corporation, e sua afiliada McDonald’s Latin América, LCC, de um lado, e o adquirente da franquia master para a América Latina, a Arcos Dorados, pessoa da qual o impugnante é subsidiária;
- b) a segunda, entre a subsidiária brasileira do grupo Arcos Dorados (a impugnante) e os subfranqueados nacionais.

Diante disso, conclui-se ser correta a tributação dos valores recebidos pelo impugnante a título de royalties, devidos diretamente pelos subfranqueados no Brasil, por disposição contratual expressa, uma vez que essa verba constitui receita do impugnante. Já o pagamento de royalties efetuado pela impugnante, Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda., em favor do detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald’s constitui dispêndio devido pela impugnante, tendo em vista sua relação jurídica com o beneficiário McDonald’s Corporation, conforme o estabelecido entre as duas partes no **“Contrato de Franquia Principal Alterado e Consolidado”**. Esse gasto, entretanto, tem sua dedução limitada, para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ, a 4% da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido.

Essa configuração do negócio decorre expressamente, como exposto pela própria Impugnante, da intenção do McDonald’s Corporation de atuar indiretamente na América Latina, via a concessão de suas marcas e produtos para uma Franqueadora Master, com direitos exclusivos para exploração do negócio de restaurantes, inclusive o de estabelecer franquias no território nacional.

Pelo mesmo motivo, também descabe a argumentação de que se deveria proceder à soma das receitas da impugnante com suas subfranqueadas

para determinar o limite da dedução. Como verificado pelo exame dos contratos, não se trata de mero repasse de royalties ao grupo McDonald's, mas de pagamento efetuado pelos subfranqueados diretamente à impugnante.

Essa também foi a conclusão do Acórdão nº 1301.002.154, da 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, em 5 de outubro de 2016, quando tratou das despesas de royalties nos anos-calendário de 2010 e 2011:

Os **Acórdãos paradigma de números 101-95.602 e 101-95.609**, por sua vez, discutem a glosa de despesa com royalties, deduzidos em montante superior ao permitido pela legislação, em razão de o então Recorrente, Mc Donald's Comércio de Alimentos Ltda., considerar na aferição do limite as parcelas recebidas das sub-franqueadas para simples repasse ao exterior. Em breve síntese, diante de fatos muito similares, envolvendo o mesmo contribuinte, concluíram os julgadores que “valor admitido como dedução deve corresponder a 4% da soma das vendas em restaurantes próprios com a venda pelas subfranqueadas” (Acórdão paradigma nº 101-95.602). Confira-se os trechos dos acórdãos que assim decidem a matéria:

Acórdão paradigma nº 101-95.602:

O segundo aspecto do litígio relativo aos *royalties* situa-se na definição do alcance da expressão "receita bruta do produto fabricado ou vendido".

A norma permite a dedução, como despesa, de um percentual da receita auferida com a venda dos produtos. Nesse sentido, entenderam, a fiscalização e a decisão recorrida, que o valor recebido das sub-franqueadas para repasse à franqueadora no exterior não integra a base de cálculo do limite, pois não são receitas de vendas da recorrente, mas sim, receitas de *royalties*. Esta a interpretação literal da norma.

Todavia, não me parece ser essa a interpretação adequada. O sempre lembrado Calor Maxirniliano, reportando-se a Julien Bonnecase, ensina que

"Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiam à elaboração e lhe condicionara a aplicabilidade".

Na época em que surgiu a norma, as relações negociais não eram tão complexas, não existiam os contratos de franquia, com previsão para subfranquias.

Mas a análise histórica acima exposta permite visualizar com nitidez que o objetivo da fixação dos limites foi impedir a redução artificial dos lucros. Note-se, inclusive, que o projeto de lei n 2 3.950, de 1958, fala em percentuais em relação ao "volume das operações pertinentes".

Assim, no caso específico, em que em razão do contrato de franquia a Recorrente se situa entre a franqueadora no exterior e as subfranqueadas, delas recebendo os *royalties*, registrando-os como receitas e os repassando ao exterior, entendendo

que a interpretação mais razoável é no sentido de que o limite deve ser em função das receitas produzidas e tributadas no País.

Esse o espírito da lei: que os lucros tributáveis produzidos no País em razão do negócio que deu origem ao pagamento dos *royalties* não restassem reduzidos além de um limite justo.

No caso, como a Recorrente contabiliza como receita própria 5% da receita de vendas das subfranqueadas, o valor admitido como dedução deve corresponder a 4% da soma das vendas em restaurantes próprios com a venda pelas subfranqueadas.

Acórdão paradigma nº 101-95.609:

Passo agora a analisar o segundo ponto de controvérsia, isto é, se os valores escriturados pela recorrente, a título de *royalties* remetidos ao exterior, poderiam englobar os valores dos *royalties* devidos em função das vendas em restaurantes das pessoas jurídicas sub-franqueadas e se esse procedimento está de acordo com a legislação de vigência e com os contratos de franquia e de subfranquia averbados no INPI.

O contrato máster de franquia, firmado entre a recorrente e a *McDonald's Corporation*, previa a possibilidade de estabelecimento de sub-franquias por parte da recorrente, o que teria implicação no valor da remuneração a ser remetida ao franqueador. Vejamos o relato da ainda impugnante acerca do tema: (...)

Extrai-se do Termo de Verificação Fiscal às fls. 40/41 que a recorrente ao ser intimada prestou os seguintes esclarecimentos: (...)

Verifica-se que já naquela fase investigativa e posteriormente em sua impugnação e em seu recurso voluntário a contribuinte afirmava que o "excesso" dos valores de *royalties* remetidos ao exterior tinha origem contratual e decorria da venda de produtos por lojas de pessoas jurídicas sub-franqueadas. (...)

Observe-se que o contrato máster de franquia estabelecia a possibilidade de estabelecimento pela recorrente, franqueada máster no Brasil de sub-franquias a pessoas jurídicas outras 3 e que a taxa de franquia mensal seria correspondente a 5% das vendas líquidas de todos os restaurantes, inclusive os sub-franqueados. A recorrente em razão de tal contrato recebe *royalties* das subfranqueadas, registrando-os como receitas e os remetendo à *McDonalds Corporation* no exterior.

No meu entendimento o procedimento da recorrente está de acordo com a lei, posto que o limite de dedutibilidade deve ser considerado em relação ao total das receitas de vendas dos produtos fabricados no Brasil, em decorrência do contrato máster de franquia.

Tal tese pode ser comprovada, exemplificativamente, na hipótese em que a franqueada máster não possuísse restaurantes próprios. Desta forma, se o

entendimento que prevalecesse fosse o da impossibilidade de utilização da receita de terceiros sub-franqueados, a franqueada máster não poderia deduzir qualquer valor a título de despesas com *royalties*, o que contrariaria a regra geral de dedutibilidade das despesas necessárias, mesmo que limitadas a determinado percentual.

O pagamento de *royalties* pela franqueada master com base nas suas receitas e das sub-franqueadas é obrigação estabelecida no contrato firmado entre a recorrente e a *Mcdonalds Corporation*, bem como nos contratos firmado entre a recorrente e as pessoas jurídicas sub-franqueadas. Não há dúvida de que tais despesas são necessárias à manutenção da fonte produtora.

Pelo exposto, entendo quanto a este ponto deva ser reformada a decisão recorrida para incluir na base de cálculo do limite de dedução dos *royalties*, as receitas decorrentes das vendas realizadas nos restaurantes das pessoas jurídicas sub-franqueadas.

Ademais, ambos os acórdãos paradigma foram aceitos por esta E. CSRF, no Acórdão nº 9101-006.493, julgado em 08.03.2023⁴, para caracterizar a divergência em face de acórdão recorrido do mesmo contribuinte, versando sobre a mesma matéria.

Diante do exposto, conheço do recurso especial do sujeito passivo quanto à matéria “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de *royalties* para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58”.

c) Concomitância entre multa isolada de 50% e multa de ofício

Com relação à matéria “impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada de 50% com a multa de ofício após a alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007”, o acórdão recorrido adotou como suas as razões da DRJ, que, em suma, concluiu pela possibilidade de “aplicação concomitante das multas por falta de recolhimento das estimativas mensais e por lançamento de ofício”, tendo em vista que “[a] lei cuida de penalidades distintas”.

Os Acórdãos paradigma de números 9101-006.377 e 9101-006.409, julgados favoravelmente ao contribuinte por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, igualmente analisaram a multa isolada imposta com base no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação atribuída pela Lei nº 11.488/2007. E assim o fizeram com base em argumentos meramente jurídicos.

⁴ “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria ‘dedutibilidade de *royalties*’. (...) Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente)”.

Diante do exposto, deve ser conhecido o recurso especial do sujeito passivo também com relação à matéria “concomitância entre multa isolada de 50% e multa de ofício”.

II – MÉRITO

II.1 – Recurso especial da Fazenda Nacional: multa qualificada

Nos termos da redação original do art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, ao sujeito passivo será aplicada multa de ofício de 150% sobre a totalidade ou diferença de tributo sempre que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração vier acompanhada de sonegação, fraude ou conluio.

Antes de adentrar na análise da procedência da qualificação da multa de ofício no presente caso, é preciso ressaltar que a Lei nº 14.689/2023 alterou a redação do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 para estabelecer que a referida multa qualificada será exigida no aporte de 100%, exceto nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo, hipótese na qual a multa seria aplicada no percentual de 150%.

O §1º-A do art. 44 da Lei nº 9.430/96, igualmente incluído pela Lei nº 14.689/2023, determina que a reincidência será verificada quando, no prazo de 2 anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão com sonegação, fraude ou conluio, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões.

Disso se extrai que a multa, outrora exigida no patamar de 150%, nas hipóteses em que o sujeito passivo, por meio de prática sonegatória ou fraudulenta, deixa de efetuar pagamento, recolhimento ou declaração, atualmente, incide no percentual de 100%, por força das alterações introduzidas pela Lei nº 14.689/2023. E, por se tratar de lei que comina penalidade menos severa, sua aplicação alcança atos e fatos pretéritos, nos termos do art. 106, “c” do CTN.

A atual multa de 150% em caso de reincidência, por sua vez, é uma penalidade nova, que somente poderá ser imputada nos lançamentos futuros e, frise-se, desde que verificada pela Autoridade Fiscal, além da falta de pagamento, recolhimento ou declaração por meio de prática sonegatória ou fraudulenta, a caracterização da reincidência nos termos da legislação.

Portanto, a multa qualificada, objeto do recurso especial da Fazenda Nacional ora em discussão, atualmente incide no patamar de 100% e exige que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio.

Entende-se por sonegação a ação ou omissão dolosa capaz de impedir ou retardar o conhecimento pela Autoridade Fiscal (i) da ocorrência do fato gerador, sua natureza ou circunstâncias; ou (ii) das condições pessoais do contribuinte capazes de afetar a obrigação ou crédito tributário (art. 71 da Lei nº 4.502/1964). Fraude, por sua vez, é a ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou a excluir ou modificar suas características, de modo a reduzir, evitar ou diferir o pagamento do imposto

devido (art. 72 da Lei nº 4.502/1964). Por fim, conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, visando à sonegação ou à fraude (art. 73 da Lei nº 4.502/1964).

No lançamento da multa de ofício qualificada, deve a Fiscalização demonstrar a subsunção da conduta praticada pelo sujeito passivo a uma das hipóteses dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, ou seja, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo. Esse entendimento, que já era objeto de decisões do presente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, foi positivado no §1º-C do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação atribuída pela Lei nº 14.689/2023. Confira-se:

§ 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando:

I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

No presente caso, o Termo de Verificação Fiscal enquadra a conduta praticada pelo sujeito passivo no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/1996, bem como no art. 72, da Lei nº 4.502/1964, que versa sobre a fraude. E, ao fazê-lo, assim justifica:

No caso em tela, verifica-se que estamos diante de um caso que se adequa ao dispositivo, em que o contribuinte agiu dolosamente, mediante a geração artificial de ágio, resultante de transações sem essência econômica, visando única e exclusivamente a redução da carga tributária, e retardando assim a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Conforme muito bem explanado pelo Conselheiro do CARF, em seu exímio Acórdão:

... não houve pagamento nem outra espécie de desembolso, ocorreu tão somente integralização de capital subscrito entre empresas submetidas a um mesmo comando societário. O que de fato ocorreu, ao final, foi a reavaliação das empresas a valor de mercado e a tentativa de dedução do correspondente custo de reavaliação. Ágio interno, na acepção da expressão.

A arquitetura do esquema que se desenhou, apesar de aparente legalidade com a formalização e com o registro de atos em órgãos apropriados deve ser vista como causa planejada para turvar a visão do Fisco, impedindo-o de ter conhecimento da redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

As operações realizadas não podem legitimar consequências tributárias, visto que são procedimentos legais apenas no seu aspecto formal, mas ilícitas na medida em que objetivaram unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeito o contribuinte fiscalizado. Não há como aceitar que a amortização de ágio interno, resultante de transações sem essência econômica, possa reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Resta claro que o único objetivo pretendido foi a obtenção de benefício fiscal. Não há dúvida de que o contribuinte agiu intencionalmente, justificando a qualificação da multa no lançamento de ofício.

Tais imputações genéricas, a meu ver, não se prestam a individualizar a conduta do agente e a comprovar, de forma inequívoca, a existência de dolo – o que, por si só, já seria suficiente para afastar a imputação de multa qualificada no presente caso.

Ademais, conforme vem decidindo essa 1ª Turma da CSRF em diversas ocasiões, a glosa de despesas com ágio, ainda que considerado “interno”, gerado em operações entre partes dependentes, ou “transferido”, em regra, não justifica a qualificação da multa de ofício.

Isso porque nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, o que somente foi introduzido no ordenamento jurídico com a publicação do art. 22 da Lei nº 12.973/2014, que assim dispõe:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) **decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

A ausência de vedação expressa na legislação que antecedeu a Lei nº 12.973/2014 gerou inegável divergência interpretativa entre Autoridade Fiscal e contribuintes acerca da amortização fiscal do ágio interno – tema que, até o momento, não foi pacificado, havendo, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no sentido de que não se pode pressupor

a artificialidade das operações que geram ágio entre partes dependentes⁵. E, havendo dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou de seus efeitos, como ocorre com relação à dedutibilidade do ágio interno, a lei tributária que comina penalidades deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, como determina o art. 112, II, do CTN.

Ademais, como tratado acima, a sonegação exige que sejam adotadas medidas para frustrar a Autoridade Fiscal do conhecimento do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte; enquanto a fraude se verifica quando as medidas adotadas têm por objetivo impedir ou retardar a própria ocorrência do fato gerador ou modificar suas características. E, no presente caso, o ágio foi devidamente contabilizado e sua amortização informada à Autoridade Fiscal, sem que houvesse o emprego de qualquer artifício tendente a encobrir tais fatos. Assim, não procedem as afirmações contidas no TVF no sentido de que o contribuinte teria arquitetado um esquema “para turvar a visão do Fisco, impedindo-o de ter conhecimento da redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL”.

Igualmente não justifica a qualificação da multa de ofício a imputação realizada pela Autoridade Fiscal no sentido de que o único objetivo pretendido pelo contribuinte teria sido a obtenção de benefício fiscal. Isso porque a ausência de propósito negocial, igualmente, não é razão para a aplicação da multa de ofício qualificada nos termos do art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, vez que não há, no ordenamento jurídico atual, qualquer proibição ao contribuinte, munido de duas opções igualmente válidas, de optar por aquela que implique em maior economia tributária.

Muito se discutiu acerca da possibilidade de a Autoridade Fiscal desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, como autoriza o parágrafo único do art. 116 do CTN, o que culminou com a análise do tema pelo STF nos autos da ADI nº 2.446, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁶. Em seu voto, a Ministra Relatora, além de confirmar que a plena eficácia do parágrafo único do art. 116 do CTN depende de lei ordinária, concluiu que:

“A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada”.

Portanto, como reconheceu a Ministra Cármen Lúcia, o contribuinte pode, por meios lícitos, evitar a “relação jurídica que faria nascer obrigação tributária”. Do mesmo modo, a meu ver, o contribuinte pode organizar os seus negócios de forma mais eficiente do ponto de vista tributário.

⁵ Resp nº 2026473/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. em 05.09.2023.

⁶ J. em 11.04.2022.

Nessa mesma linha, explicam Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins que “não haverá transação sem que o aspecto tributário não influencie o comportamento do contribuinte: tirados os efeitos tributários de qualquer transação, esta teria contornos diversos”. Assim, os administradores de qualquer empreendimento com fins lucrativos têm por objetivo maximizar o resultado empresarial, o que é feito, inclusive, por meio da redução dos custos e despesas, dentre eles, a tributação, razão pela qual não faz qualquer sentido “desqualificar uma ação empresarial porque esta tem como objetivo pagar menos tributos”⁷.

Isto é, a maior eficiência tributária é um propósito comercial válido e não justifica, por si só, a qualificação da multa de ofício. Para a aplicação da multa de ofício qualificada, devem estar presentes a sonegação, a fraude ou o conluio, como exige o art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996.

Diante disso, seja por não haver vedação expressa à amortização fiscal do ágio interno – ou da “transferência” do ágio - na legislação vigente à época dos fatos, seja em razão de a conduta adotada pelo contribuinte, no presente caso, não caracterizar fraude, sonegação ou conluio, não há que se falar em aplicação de multa de ofício qualificada.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar que esta E. 1ª Turma da CSRF, no Acórdão nº 9101-006.846, julgado em 05.03.2024⁸, que analisou fatos idênticos – ou, ao menos, muito similares – aos aqui discutidos, concluiu, por maioria de votos⁹, em dar provimento ao recurso especial do contribuinte quanto à matéria “multa qualificada”, nos termos do voto do relator, Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Por essas razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional.

II.2 – Recurso especial do sujeito passivo

a) Consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58

⁷ LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 3. ed., São Paulo: Dialética, p. 67-70.

⁸ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jeferson Teodorovicz (substituto) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausentes na reunião de março o Conselheiro Luciano Bernart, substituído pelo Conselheiro Jeferson Teodorovicz, e a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pelo Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

⁹ Vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar provimento parcial para reduzir a multa de ofício para o percentual de 100% em razão do advento da Lei nº 14.689/2023.

Como se extrai do Termo de Verificação Fiscal, no que se refere à dedutibilidade das despesas com royalties, o lançamento tem por fundamento o art. 355 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 (“RIR/99”), que assim dispõe:

Art. 355. As somas das quantias devidas a título de royalties pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria ou de comércio, e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, podem ser deduzidas como despesas operacionais até o limite máximo de cinco por cento da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido (art. 280), ressalvado o disposto nos arts. 501 e 504, inciso V (Lei nº 3.470, de 1958, art. 74, e Lei nº 4.131, de 1962, art. 12, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 6º).

§ 1º Serão estabelecidos e revistos periodicamente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, os coeficientes percentuais admitidos para as deduções a que se refere este artigo, considerados os tipos de produção ou atividades reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade (Lei nº 4.131, de 1962, art. 12, § 1º).

§ 2º Não são dedutíveis as quantias devidas a título de royalties pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria e de comércio, e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, que não satisfizerem às condições previstas neste Decreto ou excederem aos limites referidos neste artigo, as quais serão consideradas como lucros distribuídos (Lei nº 4.131, de 1962, arts. 12 e 13).

§ 3º A dedutibilidade das importâncias pagas ou creditadas pelas pessoas jurídicas, a título de aluguéis ou royalties pela exploração ou cessão de patentes ou pelo uso ou cessão de marcas, bem como a título de remuneração que envolva transferência de tecnologia (assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, projetos ou serviços técnicos especializados) somente será admitida a partir da averbação do respectivo ato ou contrato no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, obedecidos o prazo e as condições da averbação e, ainda, as demais prescrições pertinentes, na forma da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

Disso se extrai, no que interessa ao presente caso, que os contribuintes podem deduzir as quantias devidas a título de royalties como despesas operacionais até o limite máximo de 5% da “receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”. Embora tal norma estabeleça o limite máximo, nos termos do §1º do referido dispositivo, o limite efetivo para cada tipo de produção ou atividades será determinado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Note-se que embora o art. 355 do RIR/99 faça referência ao percentual de 5% da “receita líquida” de vendas do produto fabricado ou vendido, os artigos 12 da Lei nº 4.131/1962 e 74 da Lei nº 3.470/1958, então vigentes, nos quais se baseiam o referido dispositivo do regulamento, aplicam o referido percentual à “receita bruta do produto fabricado ou vendido”. Entretanto, o art. 6º do Decreto-lei nº 1.730/1979, então vigente e no qual também se baseia o

art. 355 do RIR/99 esclarece que “[o] limite máximo das deduções, estabelecido no artigo 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, será calculado sobre a receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”.

O ato do Ministro de Estado da Fazenda a que se refere o §1º do art. 355 do RIR/99 é a Portaria MF nº 436/1958, que assim dispõe:

PORTARIA MF nº 436 de 30 de dezembro de 1958

Estabelece coeficientes percentuais máximos para a dedução de Royalties, pela exploração de marcas e patentes, de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, amortização, considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade.

O Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, no uso das suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no art. 74 e §§ 1º e 2º da Lei n. 3.470, de 28 de novembro de 1958, relativamente à dedução de royalties, pela exploração de marcas e patentes, de despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, bem como de quotas para amortização do valor de patentes, na determinação do lucro real das pessoas jurídicas, resolve:

a) estabelecer os seguintes coeficientes percentuais máximos para as mencionadas deduções, considerados os tipos de produção ou atividade, segundo o grau de essencialidade:

I – royalties, pelo uso de patentes de Invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante:

1º GRUPO – INDÚSTRIAS DE BASE TIPOS DE PRODUÇÃO Percentagens

2º GRUPO – INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO – ESSENCIAIS TIPOS DE PRODUÇÃO Percentagens

2 – PRODUTOS ALIMENTARES 4 %

Diante disso, não restam dúvidas da afirmação contida no TVF no sentido de que “da análise conjunta da legislação sobre a matéria, conclui-se que o limite máximo para dedução de despesas com pagamentos referentes a royalties relacionados a exploração de franquia da área de produtos alimentares é de quatro por cento (4%) da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”. A controvérsia, entretanto, reside em saber se o percentual de 4% sobre a receita líquida, para fins de cálculo do limite de dedutibilidade dos royalties, se aplica apenas à receita líquida das vendas realizadas diretamente pela Recorrente ou também das vendas realizadas por seus subfranqueados.

Note-se que o art. 355 do RIR/99, bem como a legislação por ele incorporada, utiliza a expressão “receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”, o que pode ser interpretado como sendo a receita líquida de todos os produtos fabricados ou vendidos no país,

que ensejaram o pagamento de royalties pelo contribuinte – e não apenas os produtos fabricados ou vendidos diretamente pelo contribuinte.

Essa interpretação, no sentido de que o limite deve compreender a receita líquida de todos os produtos fabricados ou vendidos no país, seja diretamente pelo contribuinte ou por intermédio de subfranqueados, e que ensejaram o pagamento dos correspondentes royalties, nos parece ser a que melhor reflete o fim buscado pelo legislador e a complexidade dos contratos de franquia.

Isso porque o modelo de negócios adotado pela Recorrente – de concentrar na “franqueada master” os royalties devidos pelas subfranqueadas – faz todo sentido do ponto de vista negocial – já que evita que cada subfranqueado precise remeter ao exterior os royalties sobre os produtos por eles fabricados e vendidos, cumprindo com todas as exigências legais e operacionais para tanto – e, ao mesmo tempo, não resulta em evasão disfarçada de divisas ou redução do lucro tributável no Brasil – vez que a “franqueada master” oferece à tributação a integralidade da receita decorrente do pagamento de royalties por seus subfranqueados.

Nesse sentido concluíram os julgadores no Acórdão n.º 1401-003.809, nos termos do voto da Relatora Letícia Domingues Costa Braga:

Entretanto, observa-se que a legislação que limita a dedutibilidade de royalties, o faz para que não ocorra a evasão de divisas de forma disfarçada, ou ainda a redução do lucro no Brasil. Por esse motivo, há na legislação um limite que se entende como razoável para que se admita a sua dedutibilidade, e esse limite é o de 4% da receita líquida do produto fabricado ou vendido.

Entretanto, o legislador o estabeleceu dessa forma para que não fossem os lucros remetidos ao exterior sobre outra vestimenta.

Deve ser observado, que um contrato de franquia que tem a complexidade e o controle de qualidade tal como se apresenta nos autos, não poderia ser verificado e exercido com a excelência necessária se a pessoa jurídica que fiscalizasse toda a operação estivesse domiciliado no exterior.

Assim, é fácil imaginar que, tendo em vista as peculiaridades do contrato e a necessidade de fiscalização de todo o processo produtivo seria necessária uma pessoa nacional com a capacidade de verificar o cumprimento de todas as regras estabelecidas no contrato. Para tanto, nada mais lógico que a recorrente assumisse essa posição e repassasse para o franquiado máster no exterior o valor dos royalties de seus contratados.

Esse é um modelo comumente utilizado nos planos de internacionalização de franquias. O Master franqueado assina um contrato que lhe dá o direito de implementar ou terceirizar outras unidade franqueadas em uma determinada região. Neste caso, os contratos são assinados pelo Master Franqueado e ele receberá parte do valor da taxa dos franqueados, responsabilizando-se pelo treinamento e suporte a eles.

Assim, esse modelo existe e é estudado na doutrina comercial com frequência, não havendo qualquer ilegalidade ao pagamento dos royalties ao master franquiado que deve repassa-los ao detentor do direito de uso da marca.

Nessa mesma linha de raciocínio, vemos que não há descumprimento à legislação ao se considerar não só a receita líquida das vendas próprias mas também aquelas receitas dos sub-franqueados.

Não caberia ao direito tributário destruir o modelo de negócio tão-somente porque não consegue compreender que o resultado da operação é o mesmo. Cumpre-se a legislação em sua integralidade. Apenas considera-se para fins de mensuração do percentual estabelecido, não só a receita do franqueado master como as receitas dos sub franqueados.

Se houvesse um descumprimento considerando-se todas essas receitas, aí sim, estaria a legislação descumprida. Mas no caso dos autos, não pode ser dada uma solução irrazoável à lide. Não é a forma do pagamento que a faz fora da lei, e sim a interpretação do fato que deve ser utilizada para verificar o cumprimento da legislação.

Interpretar a lei de maneira diversa seria torna-la ilegal. A razoabilidade na interpretação da lei é a sua própria legalidade.

Nesse sentido, tendo em vista que a realidade deve ser verificada e que não está sendo ultrapassado o limite da lei, deve ser considerado como dedutíveis os royalties pagos pela franqueada master considerando-se a receita líquida próprias de vendas do produto fabricado ou vendido e, adicionado a mesma receita de suas sub franqueadas.

Pelo acima exposto, dou provimento ao recurso voluntário da contribuinte para permitir que se adicione à sua receita a receita líquida de vendas do produto fabricado ou vendido de suas franqueadas.

No mesmo sentido decidiram os julgadores do **Acórdão paradigma nº 101-95.602**, ao afirmar que a interpretação literal da norma – no sentido de que “o valor recebido das sub-franqueadas para repasse à franqueadora no exterior não integra a base de cálculo do limite, pois não são receitas de vendas da recorrente, mas sim, receitas de *royalties*” – não é a mais razoável, de forma que “o limite deve ser [calculado] em função das receitas produzidas e tributadas no País”.

Da mesma forma, entenderam os julgadores do **Acórdão paradigma nº 101-95.609** que “o limite de dedutibilidade deve ser considerado em relação ao total das receitas de vendas dos produtos fabricados no Brasil, em decorrência do contrato máster de franquia. Para comprovar tal tese, invocaram, de forma exemplificativa, a hipótese de a “franqueada master” – no caso, a Recorrente – não possuir restaurantes próprios, o que a impediria de deduzir qualquer valor remetido ao exterior a título de royalties.

Ademais, entendo que, ao contrário do afirmado pela Autoridade Fiscal, não se trata de duas relações jurídicas independentes – uma entre a “franqueada-master” e os subfranqueados e outra entre a “franqueada-master” e o grupo McDonald’s no exterior -, mas, sim, de uma relação complexa, envolvendo as três partes e, por meio da qual, a Recorrente concentra a obrigação de remeter ao exterior não apenas os royalties devidos em razão da própria fabricação e venda de produtos, mas, também, aqueles decorrentes da fabricação e venda de produtos pelos subfranqueados. E, sendo assim, nada mais lógico do que o limite de dedutibilidade dos royalties ser aferido em função da totalidade dos produtos fabricados e vendidos no Brasil – que, frise-se, é uma interpretação perfeitamente possível do art. 355 do RIR/99.

Nem se alegue que o fato de a Recorrente ser obrigada a remeter os valores a título de royalties independente do seu efetivo pagamento pelos franqueados infirmaria tais conclusões. Isso porque as disposições contratuais nesse sentido nada mais são do que uma garantia do grupo McDonald’s no exterior de que a “franqueada master” irá empreender todos os esforços para o recebimento dos valores devidos pelos subfranqueados, não alterando a complexa relação existente entre as partes e o papel desenvolvido pela Recorrente de “concentrar” e remeter ao exterior os royalties de todos os produtos fabricados e vendidos no Brasil.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial do sujeito passivo com relação à matéria “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58” – ponto no qual restei vencida.

b) Concomitância entre multa isolada de 50% e multa de ofício

Nos autos de infração subjacentes, a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais teve por base o art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, conforme abaixo:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica”.

Acerca da possibilidade de exigência concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e multa de ofício é a Súmula CARF 105, aprovada em 08.12.2014: “A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º,

inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”.

Os precedentes que ensejaram a aprovação da Súmula CARF 105¹⁰ concluíram pela impossibilidade de concomitância entre multa isolada por falta de recolhimento de estimativa e multa de ofício por falta de recolhimento de tributo com base nos seguintes fundamentos: (i) aplicação do critério da consunção, segundo o qual a primeira conduta (falta de recolhimento da estimativa mensal) é meio de execução, é etapa preparatória da segunda (falta de recolhimento do tributo ao final do ano-calendário); (ii) a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa somente pode ser exigida no curso do ano-calendário, tendo em vista que, ao final do exercício, desaparece a base impositiva da multa isolada, surgindo uma nova base, que corresponde ao tributo efetivamente apurado, única que pode ser objeto de penalização; e (iii) não é legítima a exigência de duas penalidades (multa isolada e multa de ofício) com base no mesmo fato apurado em procedimento fiscal.

Cumprido ressaltar, entretanto, que a referida súmula versa sobre a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com base na redação original do art. 44 §1º, IV da Lei nº 9.430/1996, enquanto a multa ora em discussão foi lançada com fundamento no art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/1996, com a redação que lhe foi atribuída pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007. Confira-se, abaixo, a comparação entre a redação dos referidos dispositivos:

Art. 44 §1º, IV da Lei nº 9.430/1996 (redação original)	Art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/1996 (redação do art. 14 da Lei nº 11.488/2007)
<p>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:</p> <p>I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;</p> <p>II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades</p>	<p>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (...)</p> <p>II - de 50% (cinquenta por cento), exigida <u>isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal</u>: (...)</p> <p>b) <u>na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.</u></p>

¹⁰ Acórdãos precedentes: 101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012.

<p>administrativas ou criminais cabíveis. (...)</p> <p>§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:</p> <p>IV - <u>isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;</u></p>	
---	--

Da análise do quadro acima, pode-se concluir que não houve alteração substancial na penalidade aplicada por falta de recolhimento de estimativas mensais – exceto com relação à redução no seu percentual. Embora a redação atribuída ao dispositivo pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007 utilize a expressão “exigida isoladamente sobre o valor do pagamento mensal”, isso não a diferencia da multa isolada versada na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista que ambas as redações fazem referência expressa ao art. 2º da Lei nº 9.430/1996, que trata do pagamento mensal por estimativa.

Portanto, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com fundamento no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com redação do art. 14 da Lei nº 11.488/2007, é a mesma daquela versada na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, exceto com relação ao seu percentual. Tanto é assim que, de acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, a alteração do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 teve por objetivo *“reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa”*¹¹.

Diante disso, apesar de a aplicação da Súmula CARF 105 ser restrita à multa isolada “lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996”, entendo que os argumentos que ensejaram a aprovação da referida súmula são totalmente aplicáveis à multa isolada lançada com base no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

Ademais, o STJ, por meio de suas duas turmas, concluiu pela impossibilidade de exigência concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com multa de ofício, em razão da aplicação do princípio da consunção ou da absorção. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTIGOS 489 E 1.022, AMBOS, DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44,

¹¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Exm/EMI-3-MF-MPS-Mpv-351-07.htm, acesso em 09.08.2022.

I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...)

6. Logo, o princípio da consunção ou da absorção é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas, hipótese em que a infração mais grave absorve as de menor gravidade, como no caso em apreço. Assim, em casos como o ora analisado, deve-se imperar a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo, em detrimento da multa prevista no artigo 12, inciso III, da Lei 8.218/1991.

7. Recurso Especial conhecido e não provido. (REsp n. 2.104.963/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 19/12/2023, grifamos.)

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

1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).

2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.708.819/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023, grifamos.)

Ressalta-se que, no REsp n. 2.104.963/RJ, julgado pela Segunda Turma do STJ, o caso concreto trata da multa prevista no artigo 12, III, da Lei nº 8.218/1991, isto é, da multa por ausência de entrega ao Fisco de arquivos digitais contendo registros contábeis. No entanto, o racional adotado para afastar a concomitância da referida multa com a multa de ofício é o princípio da consunção e a jurisprudência citada no acórdão refere-se à concomitância entre multa de ofício e multa isolada por falta de recolhimento de estimativa.

Portanto, seja em razão da plena aplicação do racional da Súmula CARF 105 ao presente caso, seja em virtude da jurisprudência de ambas as turmas do STJ, deve ser dado provimento ao recurso especial do sujeito passivo, para exonerar a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER do recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

No que se refere ao recurso especial do sujeito passivo, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso apenas quanto às matérias “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58” e “concomitância entre multa isolada de 50% e multa de ofício” e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Guilherme Adolfo dos Santos Mendes**, Redator

Com todas as vênias à Conselheira Relatora, divergi do seu entendimento acerca da matéria “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58”.

Na verdade, já examinei o modelo de negócios da recorrente em outros julgados. Cito, dentre eles, o Acórdão nº 9101-006.493, de 8 de março de 2023. Naquela oportunidade, apresentei as seguintes razões:

O acórdão recorrido apresentou a seguinte fundamentação para negar provimento ao contribuinte:

A primeira infração diz respeito à glosa de despesas com pagamento de royalties pelo franqueado ao franqueador. Segundo o Fisco, houve excesso em relação aos limites estabelecidos pelo art. 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e art. 6º do Decreto-lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Eis os dispositivos em comento:

(...)

O limite máximo de dedutibilidade dos royalties foi estabelecido em 4% para a indústria de produtos alimentares pela Portaria MF nº 436/1958.

Desde a fase impugnatória, a interessada sustenta que não haveria qualquer excesso. Em suas palavras: “os royalties pagos pela Recorrente ao grupo McDonald's em razão do 'Master Franchise Agreement' e do 'Amended and Restated Master Franchise Agreement' não são compostos apenas pelas receitas próprias de vendas da Recorrente; contêm parcelas de

repasses de royalties devidos pelos subfranqueados, que, por sua vez, são calculadas com base nas receitas de vendas realizadas por subfranqueados”.

O litígio se estabeleceu, então, diante de peculiaridades do sistema de franquias e subfranquias adotado pelo grupo McDonald's. Importa, então, verificar o conteúdo dos contratos firmados não apenas entre o McDonald's no exterior e a franqueadora master (a interessada) no Brasil, mas também os contratos de subfranquias firmados entre a interessada e os subfranqueados no Brasil.

(...)

[reproduz análise da DRJ e trechos dos contratos]

Dessas disposições, considero correta a conclusão a que chegou o julgador a quo. De fato, constata-se que as relações jurídicas estabelecidas entre a interessada e o grupo McDonald's, por um lado, e entre a interessada e os subfranqueados no Brasil, por outro, são autônomas, não se podendo falar em repasses, como pretende a recorrente. Os valores pagos pelos subfranqueados são devidos diretamente à interessada (franqueadora principal no Brasil), por disposição contratual expressa, e constituem despesas para aqueles que pagam e receitas tributáveis para a interessada.

Já os valores pagos pela interessada ao grupo McDonald's, também por disposição contratual, decorrem de relação jurídica firmada entre essas duas partes. Muito embora sejam, em parte, calculados sobre as receitas de vendas de terceiros (as subfranqueadas), independem de qualquer recebimento desses terceiros, o que reafirma seu caráter autônomo e, ademais, que não se trata de “repasses”. Não se questiona que tais pagamentos constituam despesas da interessada. Mas sua dedutibilidade não se restringe ao exame dos requisitos gerais de necessidade, habitualidade e usualidade. Aqui, por se tratar de royalties, as disposições específicas da legislação supramencionada impõem um limite de 4%, calculado sobre a “receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido”. Nesse sentido, não faço qualquer reparo ao quanto decidido em primeira instância.

A recorrente busca desenvolver um raciocínio segundo o qual, ainda que se entenda (como é o caso) que as relações jurídicas são distintas e independentes, o correto seria calcular o limite “nos termos do ADI 2/02, ou seja, de forma individualizada em relação às receitas de vendas próprias da Recorrente e em relação às receitas de vendas dos subfranqueados, não podendo ser consideradas para fins dos limites de dedutibilidade em ambos os casos apenas as receitas de vendas da Recorrente”.

O Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2/2002 dispõe:

Artigo único. A remuneração paga pelo franqueado ao franqueador é dedutível da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, aplicando-se, cumulativamente, os limites percentuais previstos nas Portarias específicas do Ministro da Fazenda, para cada tipo de royalty contratado, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos. Parágrafo único. À dedutibilidade prevista no caput aplica-se o limite máximo de cinco por cento previsto no art. 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 6º do Decreto-lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979.

A pretensão da recorrente é de que existissem, no caso concreto, dois tipos de royalties contratados entre ela e o Grupo McDonald's, um calculado sobre receitas próprias e outro calculado sobre receitas de terceiros. Não é como penso. As portarias específicas do Ministro da Fazenda (particularmente, a Portaria MF nº 436/1958, aplicável ao presente caso) apenas consideram os tipos de produção ou atividade, segundo o grau de essencialidade. Por exemplo, indústria de base ou indústria de transformação. Não se faz qualquer menção a um eventual subfranqueamento. Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário, quanto a esta primeira infração.

O voto condutor do acórdão paradigma 101.95.602 assim fundamentou a posição para considerar as vendas das franqueadas no cálculo do limite da dedutibilidade de royalties:

Na época em que surgiu a norma, as relações negociais não eram tão complexas, não existiam os contratos de franquia, com previsão para subfranquias. Mas a análise histórica acima exposta permite visualizar com nitidez que o objetivo da fixação dos limites foi impedir a redução artificial dos lucros. Note-se, inclusive, que o projeto de lei n 2 3.950, de 1958, fala em percentuais em relação ao “volume das operações pertinentes”.

Assim, no caso específico, em que em razão do contrato de franquia a Recorrente se situa entre a franqueadora no exterior e as subfranqueadas, delas recebendo os royalties, registrando-os como receitas e os repassando ao exterior, entendo que a interpretação mais razoável é no sentido de que o limite deve ser em função das receitas produzidas e tributadas no País.

Esse o espírito da lei: que os lucros tributáveis produzidos no País em razão do negócio que deu origem ao pagamento dos royalties não restassem reduzidos além de um limite justo.

No caso, como a Recorrente contabiliza como receita própria 5% da receita de vendas das subfranqueadas, o valor admitido como dedução deve corresponder a 4% da soma das vendas em restaurantes próprios com a venda pelas subfranqueadas.

Por seu turno, o segundo paradigma, de nº 101.95.609, assim fundamentou a mesma posição, conforme trecho do voto condutor:

No meu entendimento o procedimento da recorrente está de acordo com a lei, posto que o limite de dedutibilidade deve ser considerado em relação ao total das receitas de vendas dos produtos fabricados no Brasil, em decorrência do contrato máster de franquia.

Tal tese pode ser comprovada, exemplificativamente, na hipótese em que a franqueada máster não possuísse restaurantes próprios. Desta forma, se o entendimento que prevalecesse fosse o da impossibilidade de utilização da receita de terceiros sub-franqueados, a franqueada máster não poderia deduzir qualquer valor a título de despesas com royalties, o que contrariaria a regra geral de dedutibilidade das despesas necessárias, mesmo que limitadas a determinado percentual.

Pois bem, é o art. 6º do Decreto-lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979, que estabelece a base de cálculo do limite para dedução das despesas com royalties. Abaixo, segue sua transcrição:

Art 6º - O limite máximo das deduções, estabelecido no artigo 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, será calculado sobre a receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido.

Ora, uma vez que a lei está a tratar de limites de dedução de despesa de uma empresa, todos os demais referenciais legais são a ela referenciados; no caso específico, a receita líquida é da própria empresa em relação a qual se limita a despesa. Interpretação ampliativa para abarcar a receita de outras empresas das etapas posteriores da cadeia de consumo corresponde a uma extrapolação do potencial hermenêutico do próprio texto legal. É criar norma, onde o legislador não pretendeu. É agir como legislador positivo.

O fato de os royalties serem, por força contratual, eventualmente, determinados com base nas vendas dos subfranqueados, não desnatura nem requalifica a determinação legal de que o limite é determinado em função das vendas próprias. Ora, se tais royalties fossem determinados com base no capital das empresas, na sua folha salarial, no PIB, no índice de Gini, na taxa internacional de juros, no preço do barril de petróleo ou qualquer outro parâmetro diverso da própria receita da contribuinte teria o condão de alterar o limite legal calculado com base na sua própria receita? A resposta óbvia é **não!**

Então, por qual razão o significado desse limite legal deve ser transmutado pelo fato de o cálculo do valor pago ser determinado com base em receita de outras empresas?

Ademais, no Brasil, vigora claramente, para fins de tributação da renda, o critério da entidade. O lucro tributável é determinado com base nos resultados de cada pessoa jurídica e não do grupo econômico da qual faça parte. Desse modo, não é razoável pressupor que a disciplina jurídica de um dos elementos componentes do lucro de uma entidade deva ser determinado com base em elementos de outras pessoas jurídicas, ainda que vinculadas contratualmente, sem haver expressa previsão legal nesse sentido.

No recurso especial, o contribuinte alega também que parte dos valores, no caso os calculados com base na venda das subcontratadas, corresponderia a simples repasse. Ora, o item 14.2.1 do Contrato de Franquia Principal Alterado e Consolidado, transcrito pelo acórdão recorrido, afasta completamente esse argumento. Abaixo, segue sua reprodução:

14.2.1 A obrigação da Franqueada Principal Brasileira de pagar qualquer taxa ou de efetuar qualquer pagamento à McDonald's em todos os momentos e em qualquer maneira exigida segundo o presente Contrato em nenhuma hipótese estará condicionada ao recebimento pela Franqueada Principal Brasileira de qualquer valor de qualquer Subfranqueada.

Desse modo, entendo que deve ser ratificada a decisão do acórdão recorrido.

Pois bem, o presente feito em tudo se assemelha àquele, diferenciando-se apenas em relação ao ano-calendário. Desse modo, não vejo razões para alterar meu entendimento sobre a questão.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso do contribuinte em relação à matéria “consideração dos valores transferidos por subfranqueados à Recorrente a título de royalties para fins de aplicação dos percentuais da Portaria 436/58”. No mais, sigo o entendimento manifestado no excelente voto da Ilustre Relatora.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes