



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720143/2017-72
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-003.809 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2019
Recorrentes ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2012

LINDB. INAPLICABILIDADE

O artigo 24 da LINDB dirige-se à revisão de ato, processo ou norma emanados da Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, já que este não se ocupa da revisão de atos administrativos e não declara a invalidade de ato ou de situação plenamente constituída. A edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar.

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

Exercício: 2012

ROYALTIES. REMESSA AO EXTERIOR . LIMITE DE DEDUTIBILIDADE

A dedutibilidade das despesas com o pagamento de royalties pelo direito de utilizar a marca do franqueador e de fabricar e/ou comercializar produtos com o controle de qualidade do franqueado, sujeita-se ao limite de 4% da receita líquida das vendas dos produtos fabricados ou vendidos, incluindo-se na base de cálculo do limite de dedutibilidade as receitas líquidas das vendas de produtos fabricados ou vendidos no Brasil também pelos sub-franqueados.

ÁGIO FORMADO NO EXTERIOR. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio formado no exterior não tem a sua dedutibilidade garantida pela legislação tendo em vista que a Lei é clara em considerar que a empresa adquirente deve ser contribuinte, e somente há que se falar em contribuinte quando a empresa é nacional.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Desborda da competência do julgador administrativo deixar de aplicar norma legal com fundamento em considerações principiológicas, sob pena de infração à separação de poderes.

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.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Exercício: 2012

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de aplicação da LINDB. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso quanto à dedutibilidade do ágio, vencidos os conselheiros Eduardo Morgado Rodrigues, Thiago Dayan da Luz Barros e Daniel Ribeiro Silva. Por maioria de votos, em dar provimento ao recurso quanto à dedutibilidade dos royalties, vencidos Carlos André Soares Nogueira, Carmem Ferreira Saraiva e Cláudio de Andrade Camerano. Por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso para afastamento da multa isolada, vencidos a Relatora Leticia Domingues Costa Braga, Daniel Ribeiro Silva, Thiago Dayan da Luz Barros e Eduardo Morgado Rodrigues. Designado, neste item, para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira. Por unanimidade de votos: (i) dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício, e (ii) manter os juros de mora sobre a multa de ofício e (iii) negar provimento ao recurso de ofício da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Eduardo Morgado Rodrigues, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Cláudio de Andrade Camerano (Presidente em exercício) Carlos André Soares Nogueira e Thiago Dayan da Luz Barros (suplente convocado). Ausente os Conselheiros Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Relatório

Por bem relator os fatos, reproduzo abaixo o relatório da DRJ de Salvador complementando-o a seguir:

Trata-se de impugnação aos lançamentos fiscais de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2012, acrescidos de multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento), no caso do ágio, e de 75% (setenta e cinco por cento) em relação ao excesso de royalties, e de juros de mora e, também, de multa isolada sobre as diferenças de antecipações mensais apuradas, conforme abaixo detalhado:

IRPJ	Valor
Imposto	23.583.876,77
Juros de Mora (calculados até 12/2017)	19.546.317,06
Multa Proporcional	26.001.675,66
Multa Exigida Isoladamente	6.258.406,87
Valor do Crédito Tributário	75.390.276,36

CSLL	Valor
Contribuição	12.893.059,95
Juros de Mora (calculados até 12/2017)	10.685.768,07
Multa Proporcional	12.860.154,52
Multa Exigida Isoladamente	4.319.623,00
Valor do Crédito Tributário	40.758.605,54

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 3.875 a 3.930), a Fiscalização informa que foi efetuada verificação do cumprimento das obrigações tributárias em relação ao IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no período compreendido entre janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Entretanto, após encerramento parcial, neste processo, está sendo analisada apenas a apuração referente ao ano-calendário 2012.

Informa, ainda, que o contribuinte ora fiscalizado já havia sido objeto de outra ação fiscal, programada para a análise da apuração do IRPJ referente aos anos-calendário de 2009 e 2010. Tal ação fiscal foi encerrada em dezembro de 2014, gerando como resultado autos de infração de IRPJ e de CSLL que constam do processo de n.º 16561.720099/2014-58.

(I) Dos Royalties

Após examinar toda a legislação sobre royalties, aponta que o limite máximo para dedução de despesas com pagamentos referentes a royalties relacionados à exploração de franquias da área de produtos alimentares é de quatro por cento (4%) da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido, consoante art. 74 da Lei n.º 3.470, de 1.958, Portaria MF n.º 436, de 30 de dezembro de 1958, art. 12 da Lei n.º 4.131, de 1962, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, arts. 352, 353 e 355 do Decreto n.º 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) e conforme o disposto pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 2, de 22 de fevereiro de 2002.

Por força do art. 57 da Lei n.º 8.981/1995, com a redação dada pela Lei n.º 9.065/95, tal limite aplica-se também à apuração da base de cálculo da CSLL. Tal entendimento está ratificado na Solução de Consulta COSIT n.º 316, publicada no Diário Oficial da União em 2 de dezembro de 2014.

Na apuração do valor da Receita Líquida referente às vendas dos produtos fabricados ou vendidos, declarada na ficha 06A da DIPJ 2013 – AC 2012, no entanto,

foram consideradas outras receitas que não fazem parte da apuração da Receita de Revenda de Mercadorias no Mercado Interno.

Diante da receita líquida, a autoridade fiscal calculou o limite máximo de dedução de 4%, R\$ 133.989.489,68. Comparado com a dedução feita pelo contribuinte, foi identificado excesso da dedução dos royalties no ano-calendário:

Despesa com Royalties e Assistência Técnica - EXTERIOR	229.981.125,33
- Limite máximo dedutível de Despesas com Royalties	133.989.489,68
= Valor a ser adicionado ao Lucro Líquido para apuração do Lucro Real	95.991.635,65
- Valor já adicionado pelo contribuinte na apuração do Lucro Real	45.996.225,04
= Valor lançado de ofício a título de parcela não dedutível de despesa de Royalties	49.995.410,61

Na apuração do Lucro Real do AC 2012 foi lançado de ofício a título de despesa de royalties não dedutível o valor de R\$ 49.995.410,61.

Para a base de cálculo de CSLL, na qual o contribuinte não adicionou nenhum valor a título de despesa de royalties não dedutível, foi lançado de ofício para apuração da base de cálculo da CSLL o valor de R\$ 95.991.635,65.

(II) Da verificação da dedutibilidade da despesa com amortização de Ágio

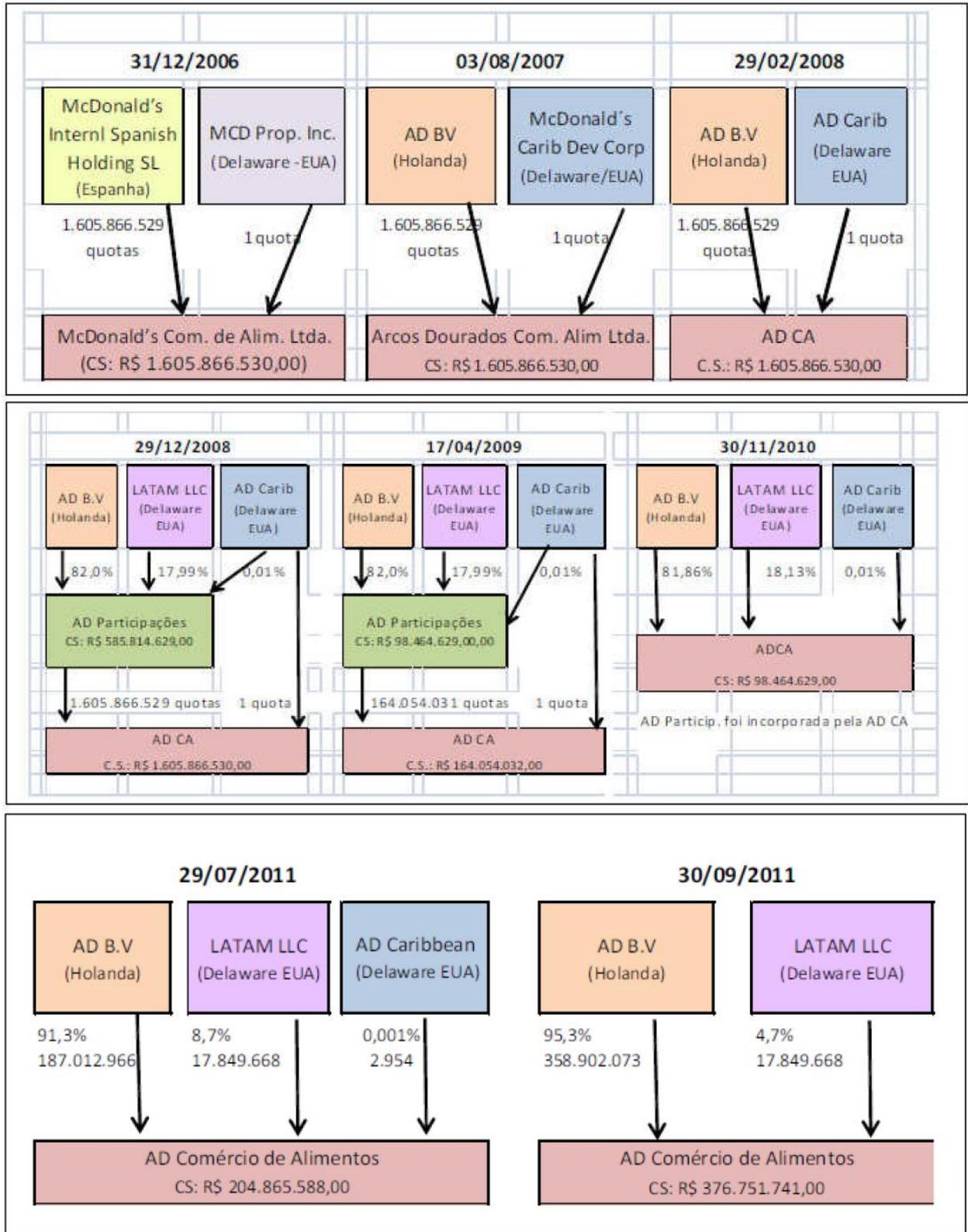
Em relação ao ágio, aduz que o contribuinte fiscalizado passou por diversas alterações societárias no período compreendido entre os anos 2007 e 2011, e que o mencionado ágio supostamente surgiu no contexto de tais reorganizações societárias.

Elabora o resumo das principais alterações societárias:

Em 31/12/2006, a razão social do contribuinte era “McDonald’s Comércio de Alimentos Ltda.” e seus sócios eram:

- “McDONALD’S INTERNATIONAL SPANISH HOLDING SL”, com sede na Espanha, que detinha 1.605.866.529 quotas no valor de R\$ 1,00 cada, e
- “MCD PROPERTIES, INC”, sociedade organizada e existente de acordo com as leis do estado de Delaware, com sede nos EUA, que detinha 1 quota no valor de R\$ 1,00.

Elabora quadro resumo com as principais alterações societárias a partir de tal data:



Resumo das principais alterações societárias da ARRAS

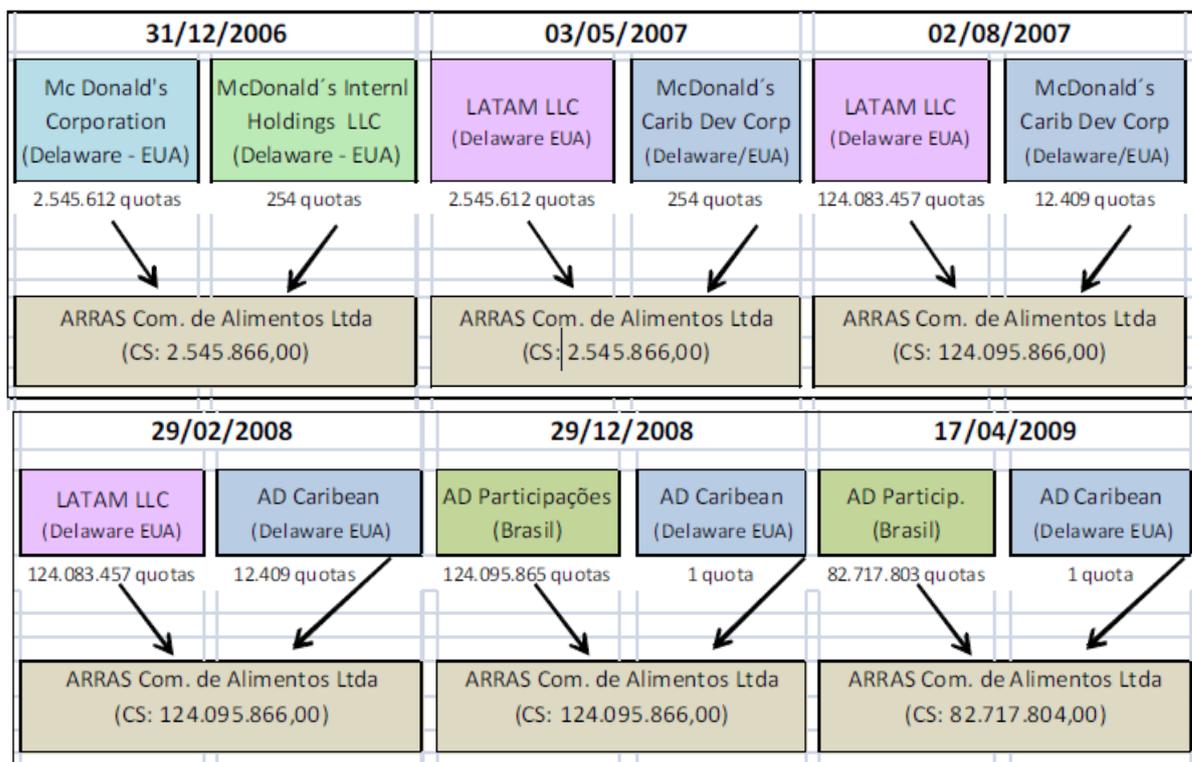
Considerando que o suposto ágio teve origem não só na aquisição da AD Comércio de Alimentos, mas também na aquisição da ARRAS, mostra também as alterações societárias desta.

Em 31/12/06, o capital social era de R\$ 2.545.866,00 e seus sócios eram:

- McDonald's Corporation - 2.545.612 quotas no valor de R\$ 1,00 cada; e
- McDonald's Internl. Holdings LLC - 254 quotas no valor de R\$ 1,00 cada,

Os dois sócios tinham sede nos EUA (Delaware).

Elabora quadro com as principais alterações societárias a partir de tal data:



Informa que em 30/11/2010 a ARRAS foi incorporada pela AD Comércio de Alimentos.

Aquisição da McDonald's Comércio de Alimentos e da LATAM pelo grupo Arcos Dourados

Feito o resumo das alterações societárias, passou a discorrer sobre o caso.

Em julho de 2007, o McDonald's Corporation (McDonald's), uma sociedade norte-americana, com sede em Delaware, vendeu, através de controladas, seus negócios no Brasil e em diversos países da América Latina e do Caribe para Arcos Dourados Limited, sociedade das Ilhas Virgens Britânicas, e Arcos Dorados B.V., sociedade do Reino dos Países Baixos (Arcos Dorados).

No contrato original de compra, assinado em 28/03/2007 (fls. 2.662 a 2.732), constavam McDonald's Latin America LLC ("MLA"), McDonald's International Spanish Holdings S.L. ("MISH") e MCD Properties Inc. ("MCD"), como vendedores, e Sage Finance Group Limited, como comprador.

O objeto do contrato era a compra e venda das unidades de participação de McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. ("CA") e da LATAM LLC, a qual era detentora de 99,99% das quotas da ARRAS, e de quotas de diversas outras empresas na América Latina.

O preço de compra base foi estabelecido em US\$ 700 milhões, o qual seria ajustado em função da diferença, positiva ou negativa, entre o capital de giro na data de fechamento e o capital de giro alvo.

A data de fechamento do contrato, ou seja, a data em que seria efetuado o pagamento e que seriam entregues as unidades de participação, dependeria de cumprimento de determinadas condições previstas no contrato.

Em 31/07/2007, antes da data de fechamento, foi assinada uma emenda ao contrato por meio da qual foram introduzidas, entre outras, as seguintes modificações (fls. 1707 a 1766):

a. Foram incluídos outros vendedores no contrato:

- McDonalds Restaurant Operations Inc. (“MRO”), proprietária de todas as quotas acionárias emitidas e pendentes da McDonald’s Sistemas de Panamá S.A. (“MSP”);

- Jessika Malek (“Malek”) proprietária de todas as quotas acionárias emitidas e pendentes da McOpCo Panamá S.A. (“SMP”) e da El Dorado-Mac S.A. (“EDM”);

b. O objeto do contrato passou a incluir a compra e venda das unidades de participação da “MSP”, da “SMP” e da “EDM”.

c. A SAGE (comprador) atribuiu todos os direitos e obrigações sob o contrato de compra a uma subsidiária de propriedade total, a Arcos Dorados B.V.

d. O preço de compra base do contrato foi reduzido de US\$ 700.000.000,00 para US\$ 690.500.000.

e. Foi acordado que, do preço base do contrato (fl. 1.709):

- US\$ 678.499.500 deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da Latam;

- US\$ 500 deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da CA adquiridas da MCD;

- €10.000 (transformados em US\$ 13.698 com base na taxa de câmbio em vigor em 30/07/2007 de €1,00 = US\$ 1,3698) deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da CA adquiridas da MISH;

- US\$ 9.300.000 deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da MSP adquiridas da MRO;

- US\$ 2.690.000 deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da SMP adquiridas da Malek;

- US\$ 10.000 deveriam ser pagos a respeito das unidades de capital da EDM adquiridas da Malek;

Foi acordado também que quaisquer ajustes do preço base do contrato deveriam ser no valor do montante pago a respeito das unidades de Capital da LatAm e das unidades de capital da CA adquiridas da MLA e da MCD.

A operação de compra e venda das participações societárias foi concluída em agosto de 2007.

Na emenda ao contrato de compra e venda, assinada em 31/07/2007, consta que o preço de compra base para todo o negócio, ou seja, para todas as operações do McDonald's na América Latina, havia sido reduzido de US\$ 700 milhões para US\$ 690.500.000 (fl. 2.801), lembrando que o preço base seria ajustado, positivamente ou negativamente, em função do capital de giro na data do fechamento do contrato.

De acordo com informação prestada pelo contribuinte, no entanto, o custo incorrido pelo grupo Arcos Dorados pela aquisição de todo negócio latino americano, considerando já os ajustes contratuais aplicáveis, foi de US\$ 698.823.683,00 e, considerando a taxa de conversão do dólar americano em 31/07/2007, de R\$ 1,8776, o custo de aquisição, em reais, teria sido de R\$ 1.312.111.347,20.

Aponta que, com o intuito de comprovar o efetivo pagamento, o contribuinte apresentou, em sua impugnação (do Auto de Infração do processo de n.º 16561.720099/2014-58), cópia de contrato de empréstimo tomado por Arcos Dorados BV em 02 agosto de 2007, no montante de R\$ 350.000.000,00 (fls. 3.647 a 3.819) e documento indicativo de crédito bancário realizado no dia 3 de agosto de 2007 em favor do McDonald's Corporation no valor de US\$ 349.810.088,00 (fl. 3.819). Não foi apresentado nenhum documento comprovando que o valor total pago pela aquisição de todo negócio latino americano foi de US\$ 698.823.683,00, conforme alegado pelo contribuinte.

O valor pago se referia a todas as operações do McDonald's na América Latina e Caribe, que incluíam além do Brasil, México, Argentina e mais 15 outros países.

Ainda de acordo com a informação prestada pelo contribuinte, do valor total, aproximadamente 42%, ou seja, R\$ 551.086.765,82, referiam-se às operações do Brasil (McDonald's Comércio de Alimentos + Arras).

Esse percentual de 42%, contudo, foi apenas uma estimativa aproximada de quanto valeriam as operações no Brasil de acordo um relatório apresentado pela Forrestal Capital à Arcos Dorados Argentina, em julho de 2007. A Forrestal Capital fez uma estimativa do valor justo de mercado do grupo de entidades, na América Latina, pertencentes à McDonald's Corporation, baseado no método do fluxo de caixa descontado, e estimou que do valor total obtido, o Brasil contabilizou aproximadamente 42%. Não se trata do valor estipulado pelas vendedoras pelas unidades de capital adquiridas.

De acordo com o definido na seção 2.1 da Emenda ao contrato de compra e venda, (fl. 2.803) o valor total que deveria ser pago pelas unidades de capital da McDonald's Comércio de Alimentos seria de US\$ 14.198, sendo US\$ 13.698 pelas unidades de capital adquiridas da McDonald's International Spanish Holding SL (MISH) e US\$ 500 pelas unidades adquiridas da MCD Properties, Inc. (MCD).

Considerando a taxa de conversão do dólar americano em 31/07/2007, de R\$ 1,8776, o custo de aquisição das unidades de capital da McDonald's Comércio de Alimentos, em reais, teria sido de R\$ 26.658,16.

Aduz que as informações são conflitantes, de forma que não há como ter a certeza de qual teria sido o valor total pago por toda a operação na América Latina, e muito menos de qual teria sido o exato custo de aquisição das duas empresas brasileiras.

O contrato de compra foi assinado em 28/03/2007 e a operação foi concluída em agosto de 2007. Não houve, porém, nesse período, o levantamento do balanço patrimonial das empresas adquiridas, não sendo possível saber o valor do patrimônio líquido por ocasião de aquisição da participação. Não foi apresentado nenhum Balanço Patrimonial referente a agosto de 2007 ou ao mês imediatamente anterior, julho de 2007.

As informações disponíveis referem-se às constantes na ficha 37A – Passivo – Balanço Patrimonial da DIPJ 2007 - AC 2006, apresentada pelas empresas McDonald's Comércio de Alimentos (fls. 2.861 a 2.898) e ARRAS (fls. 3.071 a 3.097), que tem como data base 31/12/2006.

Valor do Patrimônio Líquido (em R\$)	McDonald's Com. de Alimentos	ARRAS Com. de Alimentos
Data: 31/12/2006	317.362.028,03	R\$100.237.091,23

Quando solicitado o envio dos Balanços Patrimoniais das empresas envolvidas no processo de aquisição: McDonalds Comércio de Alimentos e ARRAS Comércio de Alimentos, na data em que o ágio foi gerado, obteve a seguinte resposta:

“A intimada encaminha cópia dos balancetes de verificação do período de apuração mensal imediatamente anterior à data do evento (novembro), bem como os recibos de entrega da Escrituração Contábil Digital do período de escrituração (DOC 01), assinados digitalmente pelos responsáveis.” (grifo nosso)

O “evento” que o contribuinte menciona não é o processo de aquisição da participação societária pela Arcos Dorados BV e, conseqüentemente, de geração do suposto ágio pago por terceiros independentes, e sim o momento em que as sócias da AD Participações, a AD BV e a LATAM LLC, aumentaram seu capital social, em R\$ 585.804.629,00, mediante a transferência da totalidade das quotas que essas detinham no capital social da AD Comércio de Alimentos e da ARRAS. Isso ocorreu em 29/12/2008. Os balancetes de verificação apresentados referem-se à data de 30/11/2008. Assim, conclui-se pela resposta do contribuinte e pelos documentos por ele apresentados que a data do surgimento do ágio foi 29/12/2008, em uma operação de subscrição de capital, mediante transferência de cotas entre membros do grupo Arcos Dourados.

Seguem abaixo os valores do patrimônio líquido de cada empresa consoante seus balancetes de verificação datados de 30/11/2008 e também os informados nas DIPJ, referentes ao encerramento de 2008, 31/12/2008.

Valor do Patrimônio Líquido (em R\$)	AD Com. de Alimentos	ARRAS Com. de Alimentos
Balancete de Verificação de 30/11/2008	99.848.780,77	-11.090.418,35
DIPJ 2009 – AC 2008 referente à data: 31/12/2008	166.788.984,05	82.717.734,65

Ressalta que o valor do Patrimônio Líquido da ARRAS, que consta no balancete de verificação apresentado em resposta à intimação, não corresponde ao valor do patrimônio líquido informado no Registro Declaratório Eletrônico – Investimento Externo Direto (RDE IED) n.º IA 060012 que é de R\$ 29.064.586,00 (fl. 2.369).

Concluí que também não há informações disponíveis sobre o valor do patrimônio líquido das empresas McDonald's Comércio de Alimentos e ARRAS por ocasião da aquisição de suas participações societárias.

Valor do ágio

O valor do ágio registrado na DIPJ foi R\$ 515.377.834,00. Embora tenha sido explicitamente questionado a respeito do cálculo do valor do ágio: "... solicitamos demonstrar exatamente como foi calculado esse valor", o cálculo de tal valor não foi demonstrado.

Conforme estabelecido no inciso II do art. 385 do RIR, o valor do ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Dado que não se tem nem o exato custo de aquisição das participações nem o valor do patrimônio líquido por ocasião da aquisição, torna-se inexequível o cálculo de eventual ágio.

As informações e documentos disponíveis apontam na direção oposta, ou seja, que tenha havido um deságio e não um ágio na operação de aquisição internacional efetuada pelo grupo Arcos Dorados.

As demonstrações financeiras, Form 10K, do grupo empresarial McDonald's Corporation, referente ao ano-calendário 2007, obtidas junto à SEC mostram que o grupo teve uma perda na alienação dos investimentos na América Latina:

In August 2007, the Company completed the sale of its businesses in Brazil, Argentina, Mexico, Puerto Rico, Venezuela and 13 other countries in Latin America and the Caribbean, which totaled 1,571 restaurants, to a developmental licensee organization. The company refers as "Latam".

.....

As a result, the Company recorded an Impairment charge of \$ 1.7 billion in 2007, substantially all of which was noncash. The charge included \$896 million for the difference between the net book value of the Latam business and approximately \$ 675 million in cash proceeds received.

De acordo com o definido na seção 2.1 da Emenda ao contrato de compra e venda, o valor total que deveria ser pago pelas unidades de capital da McDonald's Comércio de Alimentos seria de US\$ 14.198, sendo US\$ 13.698 pelas unidades de capital adquiridas da McDonald's International Spanish Holding SL (MISH) e US\$ 500 pelas unidades adquiridas da MCD Properties, Inc. (MCD). Considerando a taxa de conversão do dólar americano em 31/07/2007, de R\$ 1,8776, o custo de aquisição das unidades de capital da McDonald's Comércio de Alimentos, em reais, teria sido de R\$ 26.658,16.

Quando questionado a respeito do fundamento econômico do ágio, o contribuinte respondeu:

"O fundamento econômico dos valores apurados a tal título se justifica na expectativa de rentabilidade futura das sociedades brasileiras adquiridas pelo grupo ARCOS DOURADOS, tratando, portanto, da hipótese prevista pelo art. 385, § 2º, inc. II, do RIR/99".

Considera que não foi apresentada, contudo, nenhuma demonstração que comprove o fundamento econômico do valor do ágio.

Um dos documentos entregues foi o relatório elaborado pela empresa Forrestal Capital, a pedido da Arcos Dorados da Argentina. O mencionado relatório, que adotou a metodologia do fluxo de caixa descontado, foi um critério de dimensionamento de preço e não deve ser confundido com o fundamento de eventual ágio.

Na ocasião do processo de aquisição das empresas do grupo McDonald's pelo grupo Arcos Dorados, deveria ter sido feito o levantamento do Balanço Patrimonial das empresas adquiridas, com o objetivo de determinar o valor do Patrimônio Líquido de tais empresas, para então confirmar se o preço de aquisição da participação societária era superior ao valor de seu patrimônio líquido na data da aquisição. Caso fosse superior, estaria então configurada a existência do ágio.

Confirmada a existência do ágio, o contribuinte deveria proceder a uma avaliação atualizada dos bens para saber se existia diferença entre o valor atual, de mercado, dos bens do ativo e o custo histórico que estava registrado na contabilidade. Existindo essa diferença, o contribuinte deveria informar como fundamento econômico do ágio, da parcela referente a essa diferença, o estabelecido no inciso I do § 2º do artigo 385 do RIR, ou seja, o fato do valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada ser superior ao custo registrado na sua contabilidade.

Descontada essa parcela referente à diferença entre custo histórico e valor atual de mercado, existindo ainda algum valor remanescente, esse sim poderia ser classificado como ágio por expectativa de rentabilidade futura ou goodwill. Nada disso, porém, foi feito.

Não basta simplesmente informar que o ágio se deve à rentabilidade futura sem fazer nenhuma avaliação do valor de mercado do patrimônio líquido.

Outro documento apresentado pelo contribuinte, visando a 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.

Além disso, o mencionado laudo não mostra o valor de mercado dos bens das empresas, ele simplesmente faz uma projeção de resultados, baseada em uma série de premissas, utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado. Constata-se, por conseguinte, que tal laudo, para fins de determinação de fundamento econômico do ágio, não tem serventia alguma.

Ademais, o patrimônio da Arcos Dorados BV, que adquiriu as participações societárias da McDonald's Comércio de Alimentos e da ARRAS, supostamente com ágio, não foi absorvido.

No caso em tela, em 2007, a Arcos Dorados BV (Holanda) adquiriu as empresas do grupo McDonald's na América Latina, estas também pertencentes a Holdings sediadas no exterior. Destarte, a operação de compra e venda se deu entre entidades residentes no exterior. Não foi nenhuma pessoa jurídica domiciliada no país que

adquiriu as participações societárias e que, portanto, arcou com o custo de aquisição e eventual ágio, e sim a empresa Arcos Dorados BV, com sede na Holanda.

O previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável à Arcos Dorados BV, uma vez que se trata de sociedade domiciliada no exterior que, como tal, não se enquadra no conceito de “contribuinte”, na acepção técnica empregada no caput do art. 385 (ressalte-se que tal sociedade tampouco se enquadra no art. 147, inciso II, do RIR/99).

Diante da ciência da impossibilidade do aproveitamento de eventual ágio, o grupo Arcos Dorados decidiu fazer uma reorganização societária interna, transferindo um suposto ágio pago pela empresa holandesa Arcos Dorados BV para o Brasil, de forma que esse fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o suposto ágio foi gerado, ou seja, na Arcos Dourados Comércio de Alimentos.

Foi utilizada uma empresa veículo, a Arcos Dourados Participações, para esse fim. A AD Participações foi constituída em 19/09/2008, com um capital social de R\$ 10.000,00. Suas sócias eram AD BV (5.000 quotas), LATAM LLC (4.999 quotas) e AD Caribbean (1 quota) (fls. 2261 a 2265).

Em 29/12/2008, as sócias da AD Participações integralizaram e aumentaram seu capital social, em R\$ 585.804.629,00, mediante a transferência da totalidade das quotas que essas detinham no capital social da AD Comércio de Alimentos e da ARRAS.

Na ficha 36A – Ativo – Balanço Patrimonial da DIPJ 2009 da AD Participações, referente ao período 19/09 a 31/12/2008, foram declaradas as seguintes informações:

NÃO CIRCULANTE – INVESTIMENTOS	
24. Participações Permanentes em Coligadas ou Controladas	246.771.836,00
27. Ágios em Investimentos	515.377.834,00
31. TOTAL DOS INVESTIMENTOS	762.149.670,00

Na ficha 52 – Participação Permanente em Coligadas ou Controladas - consta:

0001. CNPJ: 42.591.651/0001-43	
País: Brasil	
Nome Empresarial: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA	
Valor:	164.054.031,00
Percentual sobre o Capital Total:	99,99%
Percentual sobre o Capital Votante:	99,99%
Resultado da Equivalência Patrimonial:	122.681.824,00
0002. CNPJ: 54.393.046/0001-47	
País: Brasil	
Nome Empresarial: ARRAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA	
Valor:	82.717.803,00
Percentual sobre o Capital Total:	99,99%
Percentual sobre o Capital Votante:	99,99%
Resultado da Equivalência Patrimonial:	53.653.217,00

Há, todavia, jurisprudência formada no sentido de coibir e condenar a tentativa de transferência de ágio. Transcreve jurisprudência.

Ademais, verificou que, em 30/11/2010, menos de dois anos após a transferência das quotas para a AD Participações, essa foi extinta por incorporação pela AD Comércio de Alimentos (incorporação às avessas), e o principal sócio da fiscalizada voltou a ser a AD BV.

A curta existência da AD Participações mostra que essa serviu apenas como veículo de transferência do suposto ágio (que, na realidade, verificamos que não existiu) para a AD Comércio de Alimentos.

Ágio interno

Considera, por outro lado, que na operação internacional de aquisição não foi gerado nenhum ágio, pelo contrário, o que existiu foi um deságio, e que o ágio alegado pelo contribuinte surgiu no momento em que a AD Participações recebeu participações societárias da AD Comércio de Alimentos e da ARRAS, conforme explicação dada pelo fiscalizado.

Estar-se-ia então diante de uma situação de ágio interno, de ágio gerado artificialmente dentro do grupo econômico.

Não houve, no momento da transferência das quotas da AD Comércio de Alimentos e da ARRAS para a AD Participações uma transação, uma operação de aquisição, entre partes independentes. Inexistiu negociação, já que se tratava de operações dos sócios com eles próprios.

A AD BV e a LATAM LLC simplesmente cederam e transferiram as suas quotas à AD Participações; foi uma operação intragrupo. Nenhuma riqueza foi gerada e a AD Participações não arcou com nenhum custo efetivo, não houve desembolso, pagamento.

O reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na Contabilidade.

Considera que mesmo que o ágio interno pudesse ser amortizado, o cálculo do valor declarado pelo contribuinte como sendo o ágio, R\$ 515.377.834,00, não foi demonstrado e muito menos comprovado.

Mesmo que o contribuinte tivesse realmente adquirido participação societária com ágio e que tivesse cumprido todos os requisitos para permitir a amortização tributária desse ágio, haveria ainda um limite a ser observado pelo contribuinte. A amortização do ágio só pode ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

O contribuinte alega que o valor do ágio gerado foi de R\$ 515.377.834,00.

Não há registro de nenhum outro ágio na DIPJ. Um sessenta avos de R\$ 515.377.834,00 é igual a R\$ 8.589.630,57, que equivale a uma amortização anual de R\$ 103.075.566,84. Foi deduzido o montante anual total de R\$ 108.660.109,83, valores que ultrapassam o limite permitido pela legislação.

O valor total de ágio amortizado no ano-calendário de 2012, R\$ 108.660.109,84, seria composto pela soma dos valores de R\$ 103.075.566,80,

referente à amortização do ágio AD Participações, e R\$ 5.584.543,03, referente à amortização do ágio ARRAS (fls. 927 e 928).

A princípio, na parte B do LALUR, haveria o controle dos saldos dos valores já amortizados e saldos restantes a amortizar. Verificou-se, no entanto, que, embora conste a expressão “SALDO TRANSFERIDO DO LIVRO ANTERIOR”, no livro anterior, no LALUR 2010 do contribuinte, não consta nada a respeito da amortização dos ágios, embora o contribuinte já tivesse iniciado a sua amortização.

Observou-se também que as informações constantes no LALUR 2011 são conflitantes e contraditórias às informações declaradas nas DIPJ.

Na fl. 129 do LALUR 2011, folha que faz menção ao ágio da ARRAS, consta como saldo transferido o valor de R\$ 28.209.560,20.

O ágio na ARRAS, o qual não foi explicado pelo contribuinte, supostamente teria surgido no ano-calendário de 2008, já que na DIPJ referente ao ano calendário de 2007 não há nenhuma menção a esse ágio. O valor do ágio seria de R\$ 10.690.211,24, conforme declarado na DIPJ do ano-calendário de 2008.

Nos dois anos seguintes, em 2009 e 2010, houve amortização, na própria ARRAS, nos montantes de R\$ 5.584.543,08 e 5.119.164,49, respectivamente, tendo assim sido abatido, exaurido, o suposto ágio. No mês de dezembro de 2010 a amortização ocorreu na Arcos Dourados Comércio de Alimentos.

Conclui que a despesa de amortização de ágio lançada pelo contribuinte deve ser glosada.

Da qualificação da multa de ofício

Constatou ofensa ao artigo 44 da Lei nº 9.430/96 combinado com o artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

No caso em tela, verificamos que estamos diante de um caso de planejamento tributário abusivo 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, retardando assim a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

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.

Da multa isolada por insuficiência de pagamento nas estimativas do IRPJ/CSLL

No ano calendário de 2012, o contribuinte apurou estimativas mensais de IRPJ e CSLL com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução.

O excesso nas deduções de despesas de royalties levou o contribuinte a apurar bases de cálculo mensais de IRPJ e CSLL menores do que as bases reais, calculando assim estimativas de IRPJ e CSLL a pagar menores no período sob esta ação fiscal.

O inciso II, b, do artigo 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007, dispõe claramente que deverá ser lançada multa de ofício isolada de 50% sobre o valor não recolhido da estimativa.

O excesso nas deduções de despesas de royalties deverá ser adicionado para recompor a base de cálculo mensal do IRPJ e da CSLL, para cálculo do Imposto de Renda Mensal por Estimativa e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido Mensal por Estimativa.

Sobre a diferença entre os valores de IR e CSLL a pagar declarados na DIPJ e os novos valores calculados pela fiscalização será aplicada a multa isolada disposta no inciso II, b, do artigo 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, com redação da Lei n.º 11.488, de 2007.

IMPUGNAÇÃO

A impugnante aduz:

PRELIMINARES:

Tempestividade: a impugnação é tempestiva.

Erro de cálculo na determinação do lançamento: ocorreu um erro de cálculo que levou a uma exigência indevida superior a R\$ 11 milhões, pois em vez de aplicar a taxa de juros de 52,41% que corresponde à taxa de atualização do débito desde o fato gerador até o lançamento, adotou um índice de atualização de 82,88%, conforme doc. n.º 5 (fls. 78 da juntada de documentos). Entende que tal fato implica o automático cancelamento da exigência em sua totalidade.

Doc. nº 5

VERSÃO FISCO

Demonstrativo das Contingências Autuadas - Ágio + Royalties (Consolidado)

Assunto Autuado	Valor Tributável	Prejuízo Fiscal Compensado	Valor Tributável após Compensação	Aliq. (%)	Imposto Apurado	Multa (%)	Multa (R\$)	Juros (%)	Juros (R\$)	Total	Multa Isolada (%)	Multa (R\$)	Total
Royalties	49.995.410,61	0	49.995.410,61	15%	7.499.311,59	75%	5.624.483,69	82,88%	6.215.429,45	19.339.224,73	50%	0	38.490.448,09
Royalties	49.995.410,61	0	49.995.410,61	10%	4.999.541,06	75%	3.749.655,80	82,88%	4.143.639,63	12.892.816,49	50%	6.258.406,87	22.139.897,00
Ágio	108.660.109,83	-64.320.013,30	44.340.096,53	15%	6.651.014,48	150%	9.976.521,72	82,88%	5.512.360,80	22.139.897,00	0%	0	14.759.931,33
Ágio	108.660.109,83	-64.320.013,30	44.340.096,53	10%	4.434.009,65	150%	6.651.014,48	82,88%	3.674.907,20	14.759.931,33	0%	0	14.759.931,33
					23.583.876,79		26.001.675,69		19.546.317,08	69.131.869,55		6.258.406,87	75.390.276,42
Royalties	95.991.635,65	0	95.991.635,65	9%	8.639.247,21	75%	6.479.435,41	82,88%	7.160.208,09	22.278.890,70	50%	4.319.623,00	26.598.513,70
Ágio	108.660.109,83	-61.395.523,64	47.264.586,19	9%	4.253.812,76	150%	6.380.719,14	82,88%	3.525.560,01	14.160.091,91	0%	0	14.160.091,91
					12.893.059,97		12.860.154,55		10.685.768,10	36.438.982,61		4.319.623,00	40.758.605,61
					36.476.936,75		38.861.830,24		30.232.085,18	105.570.852,18		10.578.029,87	116.148.882,05

VERSÃO ARCOS DOURADOS

Demonstrativo das Contingências Autuadas - Ágio + Royalties (Consolidado)

Assunto Autuado	Valor Tributável	Prejuízo Fiscal Compensado	Valor Tributável após Compensação	Aliq. (%)	Imposto Apurado	Multa (%)	Multa (R\$)	Juros (%)	Juros (R\$)	Total	Multa Isolada (%)	Multa (R\$)	Total
Royalties	49.995.410,61	0	49.995.410,61	15%	7.499.311,59	75%	5.624.483,69	52,41%	3.930.389,21	17.054.184,49	50%	0	34.682.047,69
Royalties	49.995.410,61	0	49.995.410,61	10%	4.999.541,06	75%	3.749.655,80	52,41%	2.620.259,47	11.369.456,33	50%	6.258.406,87	24.057.323,89
Ágio	108.660.109,83	-64.320.013,30	44.340.096,53	15%	6.651.014,48	150%	9.976.521,72	52,41%	3.485.796,69	20.113.332,89	0%	0	20.113.332,89
Ágio	108.660.109,83	-64.320.013,30	44.340.096,53	10%	4.434.009,65	150%	6.651.014,48	52,41%	2.323.864,46	13.408.888,59	0%	0	13.408.888,59
					23.583.876,79		26.001.675,69		12.360.309,82	61.945.862,30		6.258.406,87	68.204.269,17
Royalties	95.991.635,65	0	95.991.635,65	9%	8.639.247,21	75%	6.479.435,41	52,41%	4.527.829,46	19.646.512,08	50%	4.319.623,00	23.966.135,08
Ágio	108.660.109,83	-61.395.523,64	47.264.586,19	9%	4.253.812,76	150%	6.380.719,14	52,41%	2.229.423,27	12.863.955,16	0%	0	12.863.955,16
					12.893.059,97		12.860.154,54		6.757.252,73	32.510.467,24		4.319.623,00	36.830.090,24
					36.476.936,75		38.861.830,23		19.117.562,55	94.456.329,53		10.578.029,87	105.034.359,40

Incompetência da Fiscalização: em 07/06/2017 ocorreu uma alteração do Procedimento de Fiscalização para excluir a autoridade fiscal, substituindo por outro. Defende que a Auditora Fiscal não poderia lavrar o auto de infração por já ter sido excluída da supervisão do procedimento de fiscalização, conforme Portaria de Delegação de Competência n.º 170, de 10/12/2014.

AUTOS DE INFRAÇÃO

Os autos de infração se referem ao ano-calendário de 2012 e visam cobrar valores supostamente devidos a título de IRPJ e CSLL sobre a glosa de despesas de royalties e de amortização de ágio.

Em relação ao ágio, discorre que este decorre de um grande processo de aquisição de mais de 30 empresas que operavam um número superior a 1.500 restaurantes em toda a América Latina. Essas empresas estavam sediadas em 18 jurisdições diferentes e por essa razão empresarial a aquisição foi realizada a partir de uma sociedade holding estrangeira.

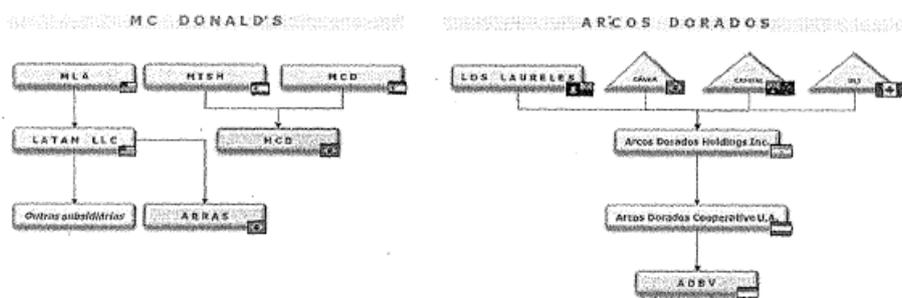
O simples local de pagamento do preço de aquisição não pode alterar a essência econômica do negócio para por fim ao direito que o grupo Arcos Dorados teria, já que se tratava de uma aquisição de investimento entre partes totalmente independentes, realizada em contexto com verdadeiros propósitos negociais. Analisado como um filme, e não como uma mera fotografia, evidencia ainda mais a impropriedade da glosa pretendida pela Fiscalização.

A penalidade de 150% somente se aplica a casos de evidente intuito de fraude, simulação ou conluio. O caso já foi discutido no MPF n.º 08.1.85.00-2012-00030-1, no qual se concluiu pela absoluta regularidade das operações ora discutidas, sendo encerrado sem a lavratura de qualquer auto de infração (doc. N.º 7) e analisado pela mesma Auditora Fiscal nos autos do Processo Administrativo n.º 16561.720099/2014-58, sendo que naquele caso não foi aplicada qualquer penalidade em percentual qualificado. Trata-se, evidentemente, de um caso de conflito de interesses possivelmente derivado da Medida Provisória no 765, de 29.12.2016 ("MP 765/16") e da Lei n.º 13.464, de 10.7.2017 ("Lei 13.464/17") e que, pelo excesso, deve ser corrigido.

No Brasil, informa que a rede operava por meio de duas principais subsidiárias: a Arras Comércio de Alimentos Ltda (“Arras”) e a McDonald’s Comércio de Alimentos Ltda (“MCD”). A partir da década de 1990, o grupo McDonald’s passou a adotar novo modelo de franquias, denominado “Developmental Licensee”, em que os franqueados aportariam todos os recursos necessários para a operação dos restaurantes e o grupo McDonald’s não incorreria em qualquer dispêndio, cedendo os direitos de exploração da marca e das operações, recebendo por essa cessão receitas de royalties.

Esse processo ocorreu no Brasil, América Latina e Caribe, a partir de 2006, quando o grupo McDonald’s passou a negociar a venda de sua participação societária detida em mais de 30 subsidiárias em 18 países.

O grupo Arcos Dorados, que era independente e não-relacionado ao grupo McDonald’s, era formado pelo investidor colombiano Woods Staton (por meio de sua sociedade holding Los Laureles Ltd – “Los Laureles”) e pelos fundos de investimento Capital International (“Capital”), Gávea Investimentos (“Gávea”) e DLJ South American Partners (“DLJ”):



Em 28/03/2007 foi celebrado contrato de Compra e Venda de Unidades de Participação, por meio do qual o grupo Arcos Dorados 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. Foi acordado o preço-base de aquisição de USD 700 milhões.

Após a determinação dos ajustes contratualmente previstos, esse preço de compra passou a ser de USD 698 milhões, efetivamente pago em dinheiro pelo grupo Arcos Dorados, em 03/08/2007.

Custo de aquisição incorrido pelo grupo Arcos Dorados e o preço das sociedades brasileiras Arras e MCD.

O custo de USD 698 milhões foi efetivamente pago em dinheiro, em duas parcelas:

(i) transferência de fundos correspondentes a USD 349.810.088,00 realizada pela holding Arcos Dorados B.V. (“ADBV”) para conta da McDonald’s Latin America, LLC (MLA) junto ao JP Morgan Chase Bank – New York (doc. 9), decorrente de recursos captados sob forma de capital (“equity”); e

(ii) recursos obtidos pela ADBV em 02/08/2007, em financiamento (“debt”) de USD 350 milhões, concedido por quatro instituições financeiras no exterior Banco Santander Central Hispano, S.A., New York, Branch; Banco Bradesco S.A., Grand

Cayman Branch; The Bank of New Scotia — International Banking Entity; e The Standard Bank Plc (doc. N° 10).

Tratando-se de documentos hábeis e idôneos a demonstrar a efetividade do custo incorrido pelo grupo Arcos Dorados para adquirir as operações latino-americanas então detidas pelo McDonald's, que foram apresentados pela Requerente no curso do procedimento de fiscalização do qual resultou este processo administrativo, não poderia a D. Fiscalização simplesmente desconsiderá-los sob a alegação de que não houve comprovação do pagamento.

Apresenta documentos que comprovariam o custo de aquisição incorrido pelo grupo Arcos Dourados:

Formulários 8-K e 10-Q registrados por McDonald's Corporation perante a SEC (Securities and Exchange Commission), órgão do governo dos EUA e prospecto registrado perante a SEC em 14/04/2011 quando a matriz do grupo Arcos Dorados abriu seu capital na Bolsa de Valores de Nova Iorque.

A partir do preço-base de USD 700 milhões, constante nos primeiros relatórios submetidos por McDonald's Corporation à SEC, houve um ajuste negativo de USD 20.643 milhões que levou o custo de aquisição para quase USD 680 milhões. Após o fechamento do negócio, houve ainda outros ajustes que acabaram levando o preço de aquisição para USD 701 milhões. Contudo, devido à devolução de parte do preço em decorrência do segundo ajuste, houve a redução em USD 21,877 milhões (levando-o novamente para cerca de USD 680 milhões) e, finalmente, após ajustes relativos a despesas transacionais, o preço de compra foi acrescido de USD 18.723 milhões, sendo fixado em USD 698 milhões.

Do valor de 698 milhões pagos pelas mais de 30 sociedades estabelecidas em 18 jurisdições diferentes, cerca de 42% eram atribuíveis às operações brasileiras, desenvolvidas pela Arras e pela MCD. Percentual que está comprovado pelo laudo de avaliação preparado um mês antes do fechamento da operação pela Forrestal Capital, empresa independente e especializada neste tipo de análise (doc 14) e por matérias na imprensa (doc. 15).

Sendo o Brasil um dos principais mercados onde o grupo atuava, não faria sentido que o contrato de compra e venda atribuísse valor de pouco mais de quatorze mil dólares a esse negócio específico.

Nos termos da Emenda nº 1 ao Contrato de Compra e Venda de Unidades de Participação (doc 16), o preço de USD 690.500,000,00 (descontado USD 9,5 milhões em razão de um exercício de compra exercido contra o Sr. Woods Staton) seria dividido da seguinte forma:

- (a) USD 678.499.500,00 em razão da aquisição da LatAm – sociedade que no Brasil detinha a Arras;
- (b) USD 500,00 à holding MCD Properties, Inc.
- (c) USD 13.698,00 à holding McDonald's International Spanish Holdings, S.L.;
- (d) USD 12 milhões às sociedades panamenhas do grupo.

No valor de USD 678.499.500,00 estava incluída a participação detida pela LatAm na Arras, custo que foi ignorado pelo Fisco, e que daria suporte ao custo registrado pelo grupo Arcos Dorados em relação às operações adquiridas no Brasil.

As razões empresariais para a participação da ADVB na aquisição das empresas latino-americanas do grupo McDonald's.

A escolha da ADBV, holding do grupo residente nos Países Baixos, é natural e motivada por razões empresariais verdadeiras.

Primeiramente, a legislação dos Países Baixos conferia bastante flexibilidade para criação de sociedades holdings, com regimes específicos que poderiam assegurar neutralidade a suas operações, sem requisitos relacionados a capital mínimo ou necessidade de laudos de avaliação para contribuição de ativos em aumento de seu capital social e com legislação fiscal que asseguraria mecanismos mais eficazes para obtenção do financiamento de US\$ 350 milhões.

Os Países Baixos apresentavam extensa rede de acordos para evitar a dupla tributação com praticamente todas as jurisdições envolvidas no processo de aquisição das sociedades e com os EUA.

Entende que, por isso, não poderia o Fisco questionar a legitimidade desse processo de aquisição.

No caso brasileiro – aquisição da Arras e da MCD – essa forma de aquisição tampouco poderia tirar do grupo Arcos Dorados o direito ao subsequente aproveitamento do ágio, já que o mero local de pagamento do custo de aquisição não é fator determinante ao impedimento do aproveitamento desse benefício para a aquisição de empresas brasileiras.

Síntese do processo de aquisição

Elabora uma síntese do processo de aquisição.

Informa que o grupo Arcos Dorados, parte independente e não-relacionada ao grupo McDonald's, decidiu adquirir a totalidade das operações dos restaurantes McDonald's nessa região, isto é, mais de 1.500 restaurantes controlados por cerca de 30 subsidiárias estabelecidas em 18 jurisdições diferentes.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em sessão realizada em 14/08/2007, concluiu pela regularidade do negócio sem fazer quaisquer ressalvas ou restrições (doc 18).

Essa operação também foi submetida à análise das autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos, da Argentina, de Guadalupe, de Martinica, do México e da Colômbia, apenas demonstrando a improcedência das tentativas do Fisco brasileiro de reputar essa aquisição como algo intencionalmente estruturado pelo grupo Arcos Dorados sem a devida substância econômica.

Reorganização societária do grupo Arcos Dorados no Brasil

Ao aceitar realizar o negócio em uma única aquisição realizada desde o exterior, o grupo Arcos Dorados deixou de registrar, naquele momento o valor do ágio a que teria direito, em relação à aquisição da MCD e da Arras.

Considera que era natural que o grupo Arcos Dorados esperasse registrar os valores correspondentes ao ágio, pois o racional para aplicação do benefício previsto na Lei n.º 9.532, de 10/12/1997, independe do local em que o preço do negócio tenha sido originalmente pago. Tratava-se de razão empresarial legítima, pois era o modo mais viável de concluir a operação.

Assim, o grupo Arcos Dorados inicialmente constituiu a sociedade holding brasileira Arcos Dourados Participações Ltda (AD Participações), que teria atribuição de consolidar o investimento adquirido no país, lembrando que o grupo Arcos Dorados, até então, não tinha qualquer presença no país. Na mesma época, houve a mudança na denominação social da MCD, que passou a se chamar Arcos Dourados Comércio de Alimentos.

O grupo Arcos Dorados solicitou um segundo laudo de avaliação dos investimentos brasileiros, produzido pela Macso Legate Consultores Ltda, com base na sistemática de Fluxo de Caixa Descontado.

O processo de constituição da AD Participações, avaliação do investimento adquirido no país e conhecimento das particularidades do mercado local pelo grupo Arcos Dorados levou aproximadamente um ano. Somente em 29/12/2008 o grupo Arcos Dorados transferiu para a AD Participações, pelo mesmo custo proporcionalmente incorrido na aquisição desses investimentos em 03/08/2007 (isto é, aproximadamente 42% do preço pago ao grupo McDonald's), o investimento detido na requerente e na Arras.

Esse custo, longe de representar qualquer estranheza, correspondia aos mesmos valores praticados pelo grupo Arcos Dorados em uma aquisição feita de partes não-relacionadas, que foi efetivamente suportado por documentação hábil e idônea, e cujo percentual estava devidamente baseado em laudo de avaliação elaborado por empresa independente e especializada nesse tipo de análise.

A AD Participações passou a ser a sociedade controladora da requerente e da Arras e, em obediência ao art. 248 da Lei n.º 6.404/1976, art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/1977 e artigos 384 e 385 do Regulamento do Imposto de Renda, passou a ser legalmente obrigada a desdobrar o custo total do investimento que passou a deter nessas sociedades em subcontas de (i) patrimônio líquido da MCD e Arras e (ii) ágio.

Defende que apenas a partir deste momento, a AD Participações apurou ágio em relação aos investimentos que passou a deter. Não houve qualquer ágio estrangeiro ou transferência de ágio amortizado no exterior.

Como o aumento de capital da AD Participações com as quotas da requerente e da Arras correspondeu a R\$ 585.804.629,00 e o patrimônio líquido das sociedades adquiridas era de R\$ 70.426.795,00, o ágio registrado nesse momento pela AD Participações seria de R\$ 515.377.834,00.

CÁLCULO DO ÁGIO RECONHECIDO PELA AD PARTICIPAÇÕES	
Custo de aquisição - Valor do aumento de capital (A)	R\$ 585.804.629,00
Patrimônio líquido das sociedades adquiridas (B)	R\$ 70.426.795,00
Ágio (C = A-B)	R\$ 515.377.834,00

Essa aquisição estava originalmente suportada por uma compra realizada entre partes não-relacionadas, com base na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas e razões empresariais legítimas.

Passados mais de dois anos desde sua constituição e tendo a AD Participações cumprido com seus objetivos sociais, em 13/12/2010, foi deliberada a incorporação da Arras e da AD Participações pela requerente. Consequentemente, os valores que haviam sido registrados pela AD Participações a título de ágio passaram a ser considerados como amortizáveis para fins fiscais, de acordo com o disposto nos artigos 7o e 8o da Lei 9.532/1997 (artigos 385 e 386 do RIR/99).

Fosse a AD Participações sociedade-veículo não teria sentido o grupo Arcos Dorados deixá-la ativa por mais de dois anos, bastaria receber o investimento na requerente e na Arras e ser imediatamente incorporada, sem o desenvolvimento de nenhuma outra função, o que não ocorreu.

Royalties: o “Master Franchise Agreement” e o modelo de subfranqueamento de lojas

O grupo Arcos Dorados e a McDonald’s celebraram acordo de “Master Franchise Agreement”, complementado, pelo “Amended and Restated “Master Franchise Agreement”, posto que a MCD já possuía um contrato de franquia tradicional com o McDonald’s Corporation.

Tais acordos autorizam os franqueados principais a subfranquearem seus direitos de exploração da rede de restaurantes, devendo os subfranqueados pagar royalties ao grupo McDonald’s. 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. Por tal razão, os subfranqueados ficam absolutamente impedidos de remeter royalties ao grupo McDonald’s diretamente no exterior.

Dessa forma, na condição de franqueada principal do grupo McDonald’s, a requerente celebra contratos de subfranquia, com terceiros, que pagam royalties equivalentes a 5% de suas próprias receitas brutas de venda para a requerente, que, atua como uma verdadeira gerenciadora dos valores devidos à sociedade estrangeira. Além de pagar seus próprios royalties, a requerente repassa os valores de royalties recebidos dos subfranqueados, também no valor de 5% das receitas brutas de vendas por eles realizadas.

Ao receber os recursos provenientes dos subfranqueados, a Requerente oferece à tributação a totalidade dos valores, o que, aliás, não chega a ser considerado pela D. Fiscalização. Por ter oferecido a tributação as receitas de royalties dos subfranqueados e se tratarem de despesas necessárias à sua própria atividade como franqueada master da rede McDonald’s no Brasil, a Requerente deduz os pagamentos realizados, até mesmo para que tais valores não estejam sujeitos a uma indevida dupla tributação.

Sua atuação como gerenciadora dos royalties devidos pelos subfranqueados ao grupo McDonald’s também se justifica pelo ponto de vista negocial.

Os royalties pagos pela requerente ao grupo McDonald’s não são compostos apenas pelas receitas próprias de vendas da requerente, contêm parcelas de repasse de royalties devidos pelos subfranqueados.

A Fiscalização considerou em seu cálculo apenas as receitas de vendas realizadas pela Impugnante. Como a parcela de royalties devidos pela Requerente ao grupo McDonald's também dependia das vendas realizadas pelos subfranqueados, essa parcela deveria ser considerada, caso, subsidiariamente, se considere que a Requerente não teria atuado como mera agenciadora desses pagamentos devidos pelos subfranqueados diretamente ao grupo McDonald's, o que, mais uma vez, se admite apenas para argumentar.

Em outras palavras, ou devem ser considerados apenas royalties próprios da requerente contra suas receitas de vendas próprias e, de forma independente, os royalties de subfranqueados em comparação com as receitas por eles geradas; ou se considera a somatória de receitas da requerente e dos subfranqueados contra o total de royalties remetidos (próprios e de subfranqueados). Não se pode comparar royalties de um contra receita de outro.

É importante que na análise desse caso sejam considerados: (i) as particularidades do modelo de negócios e da forma de exploração das redes de restaurantes da rede McDonald's; e (ii) o próprio fato de a Portaria 436/58 ter sido instituída somente para evitar o excesso de dedução de royalties de forma abusiva por empresas estrangeiras que exploram negócios no Brasil, como será demonstrado nas razões de Direito a seguir.

A dedutibilidade das despesas de royalties

Na condição de franqueadora máster dos restaurantes McDonald's no Brasil, a Requerente está autorizada a subfranquear parte dos restaurantes a terceiros. Por outro lado, estes subfranqueados igualmente devem pagar royalties ao grupo McDonald's.

Ocorre que devido à ausência de contratos estabelecidos diretamente entre subfranqueados e McDonald's Corporation no exterior, e à conseqüente ausência de averbação dessa relação jurídica junto ao INPI, não há meios jurídicos disponíveis no Brasil para que esses subfranqueados remetam seus royalties próprios ao grupo McDonald's. Daí a participação da Requerente como franqueadora master, que dispõe de um canal próprio de remessas de royalties.

Apesar de não existir uma previsão clara na legislação quanto ao tratamento aplicável nessa situação de subfranqueamento – justamente daí defende decorrer o equívoco cometido pela Fiscalização – duas seriam as alternativas:

Se a natureza jurídica dessas remessas for considerada como simples repasse feito pela requerente em nome de terceiros, na condição de agente coletora, o fato de ter ocorrido tributação pela requerente quando do seu recebimento justificaria a dedutibilidade, para evitar dupla tributação dessas parcelas.

Alternativamente, assumindo que os referidos pagamentos assumam também na perspectiva da requerente a natureza jurídica de royalties, não haveria qualquer violação aos limites previstos na Portaria 436/58, considerando de forma independente royalties da requerente, em razão de sua receita, e dos subfranqueados em razão de suas vendas próprias ou de forma conjunta, royalties devidos em relação à somatória de receitas de vendas realizadas pela requerente e pelos subfranqueados.

Essa segunda abordagem chegou a ser expressamente validada pelo antigo Conselho de Contribuintes em casos envolvendo o próprio grupo McDonald's nos Acórdãos 101-95.602 e 101-95.609, de 22/06/2006.

Independentemente da natureza jurídica atribuída aos valores pagos pela requerente ao grupo McDonald's, vale notar que os procedimentos adotados pela requerente não causaram dano ou recolhimento a menor de tributos. Pelo contrário, como a requerente tributou receitas correspondentes a 5% das vendas realizadas pelos subfranqueados, mas deduziu apenas o equivalente a 4%, houve um tratamento mais vantajoso ao Fisco.

Entende que a única abordagem que não se pode admitir neste caso é aquela que pretende dar a D. Fiscalização: comparar o valor de royalties pagos por uma parte de forma conjunta (Requerente e subfranqueados) com base em receitas geradas por apenas uma delas (Requerente). Trata-se de uma comparação equivocada entre grandezas diversas.

Impossibilidade de glosa das despesas de royalties para fins da CSLL

No que diz respeito à apuração da base de cálculo da CSLL, as limitações aplicáveis para o IRPJ se aplicam. Considera que isso fica evidente pelo fato de a Lei n.º 3.470, de 28.11.1958 ("Lei 3.470/58"), Lei n.º 4.506, de 30.11.1964 ("Lei 4.506/64") e Lei n.º 8.383, de 30.12.1991 ("Lei 8.383/91") fazerem menção apenas à expressão "lucro real", ao tratarem das limitações à dedução de despesas de royalties. A própria Receita Federal do Brasil reconheceu expressamente a inaplicabilidade dessa limitação para fins da CSLL na recente publicação da Instrução Normativa n.º 1.700, de 14.3.2017 ("IN 1.700/17"). Destaca o item 99 do Anexo I, da referida Instrução Normativa:

Número	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN
99	Royalties e Assistência Técnica, Científica e Administrativa	O valor dos royalties e das importâncias pagas a título de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, que forem indedutíveis nos termos: (1) dos arts. 52 e 71, caput, alínea 'a', e parágrafo único, alíneas 'c' a 'g', da Lei n.º 4.506, de 1964; (2) do art. 50 da Lei n.º 8.383, de 1991; (3) do art. 74, caput, da Lei n.º 3.470, de 1958; (4) do art. 12 da Lei n.º 4.131, de 1962; e (5) do art. 6º do Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979.	Sim	Não	Arts. 85 a 88

Destaca decisão do CSRF no caso "IBM Brasil" (Acórdão 9103-003.063 e 9101-003.062, de 13.09.2017); e considera que a Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil ("COSIT") reconheceu expressamente, na Solução de Consulta 310, de 14.6.2017, proferida sob a eficácia vinculante à Administração Tributária a que se refere a Instrução Normativa n.º 1.396, de 16.9.2013 ("IN 1.396/13"), que os limites de dedutibilidade referidos na Portaria 435/58 não se aplicam à CSLL.

Entende-se, assim, que o valor pago a título de royalties pela exploração de processos de fabricação é dedutível para fins de apuração do resultado ajustado se configurado como despesa necessária à atividade da empresa, não se subordinando aos limites estabelecidos nela legislação do Imposto sobre a Renda.

(...)

De acordo com este artigo, as despesas necessárias à atividade da empresa serão dedutíveis na apuração do resultado ajustado. E, conforme explicado no item 20, o Anexo I — Tabela de Adições ao Lucro Líquido da IN RFB no 1.700, de 2014, em seu

item 99, não impõe limite de dedutibilidade de valor pago a título de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante no tocante à CSLL.

Na hipótese de a legislação fiscal apenas limitar a dedutibilidade de despesas para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, tal limitação não pode ser automaticamente estendida para os fins de apuração do lucro líquido, base de cálculo da CSLL, por ausência de qualquer previsão legal que confira autorização para tal analogia.

Portanto, independentemente da análise quanto à natureza dos valores deduzidos pela Requerente em relação às parcelas recebidas de subfranqueados e pagas a McDonald's Corporation a título de royalties, tem-se que as limitações que a D. Fiscalização pretende aplicar simplesmente não se aplicam. Os royalties em questão são dedutíveis independentemente do volume de vendas realizadas.

A dedutibilidade das despesas de amortização de ágio

Relativamente à dedução de despesas de amortização de ágio, considera legítimo e válido, pois: (1) decorreu de aquisição entre partes não-relacionadas em condições de mercado; (2) com efetivo pagamento de preço; (3) com demonstrações hábeis e idôneas quanto à expectativa de rentabilidade futura; (4) com razões empresariais para que a aquisição se desse desde o exterior pela ADVB. O custo de aquisição incorrido pelo grupo Arcos Dorados nessa operação foi igualmente evidenciado pela Requerente nos autos deste processo administrativo.

O local de pagamento do preço não pode alterar a essência econômica do negócio para pôr fim ao direito do grupo Arcos Dorados ao registro e aproveitamento do ágio em relação às participações societárias adquiridas no Brasil, notadamente na Requerente e na Arras.

i) não houve qualquer “transferência” de ágio ou ágio decorrente de operações realizadas entre partes relacionadas. Como visto, somente se pode falar em “ágio” no momento em que a AD Participações, ao receber a participação na Requerente e na Arras em decorrência de aumento de seu capital social, passa a ser obrigada pela legislação brasileira a desdobrar seu custo de aquisição de acordo com o MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

ii) os laudos de avaliação são demonstrações hábeis e idôneas elaboradas por empresas independentes e especializadas nesse tipo de análise, atendendo plenamente ao disposto no artigo 20 do DL 1.598/77.

(iii) com duração superior a dois anos e razões empresariais verdadeiras, a AD Participações não poderia ser considerada como uma “sociedade veículo”.

(iv) não houve qualquer “ágio interno” neste caso e, além de serem posteriores aos fatos aqui tratados, todos os normativos contábeis citados pela D. Fiscalização em seu Termo de Verificação Fiscal não são aplicáveis ao presente caso;

(v) não houve qualquer “planejamento tributário abusivo” ou “reorganizações societárias desprovidas de substância econômica”, sendo essas alegações uma indevida tentativa de aplicação do disposto no artigo 116, parágrafo único, do CTN pelo Fisco. Ocorre que além de carecer de regulamentação, essa regra não pode ser aplicada a este caso.

Passa a destacar seus argumentos:

Não houve transferência de ágio.

O ágio ora discutido não resultou de transferência de qualquer ágio pago ou incorrido no exterior, tampouco corresponde a ágio interno.

O art. 385 do RIR/99 dispõe que o ágio registrado em relação a determinada participação societária pode ser genericamente definido como a diferença positiva entre o custo de aquisição dessa participação para seu investidor e seu valor de patrimônio líquido dessa mesma participação.

O fato do grupo Arcos Dorados ter optado por adquirir a totalidade das participações nas mais de 30 empresas em 18 países desde o exterior, por meio da ADBV, não fez com que essa sociedade registrasse um ágio para fins do artigo 385 do RIR/99, mas apenas um “custo de aquisição”, já que esse dispositivo legal não poderia obrigar essa sociedade no exterior.

Ainda que se pretenda alegar que a ADVB tenha pago um ágio no exterior em relação à MCD e à Arras, a contribuição dessas sociedades em aumento de capital da AD Participações não faria com que esse suposto ágio fosse “transferido” a sociedade holding. Essa contribuição apenas faria com que a AD Participações se visse obrigada a avaliar a MCD e a Arras segundo o método da equivalência patrimonial, a teor do artigo 248 da Lei das S/A e, nesse momento, registrasse um ágio em relação a essas sociedades, conforme o artigo 385 do RIR/99.

Ademais, não há vedação no artigo 20 do DL 1.598/77, a que o ágio a ser registrado pela sociedade tenha sido originalmente registrado por sociedade estrangeira. 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.

Laudos de avaliação e justificativa econômica do ágio.

A fundamentação econômica do ágio, conforme autorizada pelo artigo 20 do DL 1.598/77, depende efetivamente da intenção do adquirente do investimento no momento de sua aquisição.

Apenas com a publicação da MP n.º 627, de 11/11/2013 e sua posterior conversão na Lei n.º 12.973, de 13/05/2014, que a legislação fiscal passou a impor a obrigatoriedade desse tipo de análise quando do registro do ágio.

A Fiscalização não poderia lançar dúvidas quanto ao teor e a justificativa econômica apresentada no laudo de avaliação preparado pela Macso Legate. Tampouco apresentou qualquer elemento concreto que confirmasse seus questionamentos a respeito da justificativa econômica do ágio ora tratado.

Entende que a Fiscalização se equivocou ao assumir que o método do fluxo de caixa (Modelo DCF) supostamente abrangeria apenas o valor de mercado das sociedades adquiridas e não contemplaria uma análise dos bens detidos pelas empresas em questão. A apuração da expectativa de rentabilidade futura engloba o cálculo da mais-valia de ativos tangíveis e intangíveis da controlada ou coligada.

Defende que o laudo de avaliação produzido pela Macso Legate, em 28/10/2008, com data-base de 31/08/2008, foi um estudo de fato anterior ao registro de qualquer ágio na operação – que só veio a ocorrer em 29/12/2008, com a contribuição da requerente e da Arras em aumento de capital da AD Participações.

O art. 20 do DL 1.598/77 não endereçava essa questão, regulamentada apenas pela MP 627/12 e Lei n.º 12.973/14, que conferiram prazo de 13 meses para a confecção de laudo de avaliação.

A AD Participações não era mera sociedade-veículo.

Sob o ponto de vista operacional teve a função de consolidar as atividades brasileiras da rede McDonald's sob o controle e administração do grupo Arcos Dorados após a aquisição realizada em 2007, responsável por estruturar no país um comitê para deliberação quanto às diretrizes do grupo e quanto às campanhas de marketing, tendo efetivamente incorrido em despesas no exercício dessas atividades.

O mero fato de a AD Participações eventualmente ser caracterizada como sociedade-veículo, isto é, sem ativos, passivos ou operações próprias, não invalida sua existência, até mesmo porque a legislação expressamente admite a constituição de uma companhia cujo objeto social seja a simples detenção de outra sociedade.

A CVM também disciplina o tratamento contábil do ágio quando da incorporação de sociedade que tenha apenas ágio como ativo (Instruções Normativas n.º 246/96, 319/99 e 349/01).

Inexistência de “ágio interno”

O ágio aqui discutido não corresponde a um “ágio intragrupo”.

À época dos fatos discutidos neste caso, não havia qualquer vedação na legislação fiscal, explícita ou implícita, quanto ao registro de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas (mesmo que essa não seja a forma mais adequada para se analisar uma complexa operação de combinação de negócios).

Inaplicabilidade dos dispositivos contábeis mencionados pela Fiscalização.

Os normativos contábeis citados no TVF não se aplicam ao presente caso.

O CPC-04 não se aplica no campo contábil para tratar do tema discutido nos autos, conforme item 32 dos Esclarecimentos sobre as Demonstrações Contábeis de 2008 emitidas pelo CPC.

Indevida tentativa de descon sideração do negócio jurídico legitimamente realizado pelo grupo Arcos Dorados

Ocorreu uma tentativa equivocada de aplicação da chamada “teoria da substância econômica”, encampada especialmente pelo disposto no artigo 116, parágrafo único, do CTN.

A forma de aquisição do investimento na requerente e na Arras pela ADVB resultou da única opção viável, tanto para o grupo McDonald's quanto para o grupo Arcos Dorados.

Quando muito, deve ser visto como resultado de uma verdadeira “opção legal”. Ocorreu o legítimo exercício de seu direito de estruturar e reorganizar empresas legitimamente adquiridas junto a terceiros não-relacionados, por meio de uma sociedade holding brasileira.

Diferentemente de operações conhecidas como “planejamentos tributários”, nas opções fiscais o contribuinte não se aproveita de nenhuma lacuna da lei para contornar

uma regra proibitiva. Pelo contrário, diante de uma regra permissiva, o contribuinte opta por um caminho plenamente regulado para estruturar suas operações conforme lhe pareça mais conveniente, não só do ponto de vista negocial e empresarial, como foi o caso destes autos, mas também eventualmente tributário.

Das Multas

(a) Descabimento da Multa Qualificada (150%) sobre a glosa de ágio

A Fiscalização não comprovou a prática de simulação, fraude ou conluio.

A multa qualificada no percentual de 150% é inaplicável.

O presente caso diz respeito apenas a uma mera questão de interpretação da legislação. No máximo, se poderia falar em erro de proibição.

O art. 76 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível, dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte no caso. O art. 112 diz que a norma tributária que comine penalidades deverá ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte, em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato.

(b) Descabimento da multa de ofício (75%)

Entende que relativamente à glosa de despesas de royalties, mesmo a penalidade de 75% se mostra desproporcional. A requerente demonstrou que agiu em conformidade com a legislação em vigor, de forma que a multa ultrapassa os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Cita jurisprudência do STF. Entende que a multa deveria ser, caso entenda aplicável, reduzida para um valor proporcional e adequado.

(c) O total descabimento da multa isolada (50%)

Argumenta sobre a impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício, sobretudo após o encerramento do ano-calendário.

Defende que o artigo 15 da Instrução Normativa nº 93, de 24/12/1997, vigente à época dos fatos, levava a conclusão da aplicabilidade apenas de multas de ofício nas situações em que haja tributo a ser exigido ao final do ano-calendário.

Argumenta que dizer que a multa isolada seria aplicada em infração distinta daquela da multa de ofício, mesmo em razão das alterações promovidas pela Lei nº 11.488/07 no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, revela um formalismo descabido e dissonante de razoabilidade jurídica e interpretativa.

A Súmula CSRF 105, de 08/12/2014 não impôs limitações temporais à vedação para aplicação concomitante de multa isolada e multa de ofício.

A impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada decorre do princípio penal da consunção, pelo qual quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevaleça sobre a da primeira. Por essa razão, apenas a multa de ofício pode ser aplicada ao final do ano-calendário, que é a segunda e principal conduta. Cita jurisprudência.

(d) Impossibilidade de aplicação dos juros sobre a multa de ofício

Argumenta que a atualização dos valores a título de multa não poderá ser feita com a incidência de juros pela taxa SELIC, pois o CARF já se manifestou diversas vezes no sentido de que tais multas não são atualizáveis.

Inclusive, em sessão realizada em 08/12/2014, o Pleno do CSRF rejeitou proposta de Súmula que autorizaria a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, o que apenas confirmaria a impossibilidade de cobrança de quaisquer multas com atualização por tal índice.

Pedido

Reitera todos seus argumentos e pleiteia o cancelamento dos autos de infração.

Protesta pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4o, alínea “a”, do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material.

Quando do julgamento pela DRJ, a decisão restou ementada conforme se vê abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

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 impugnante 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 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 impugnante, ao pagar os royalties, paga em nome próprio.

ÁGIO. ETAPA INTERNACIONAL. PROVA. ETAPA NACIONAL. ÁGIO INTERNO. EMPRESA-VEÍCULO. INDEDUTIBILIDADE. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Na etapa internacional das operações, em que a aquisição das participações societárias de empresas brasileiras se deu entre partes independentes, os documentos acostados aos autos são insuficientes para permitir a convicção acerca do valor efetivamente pago correspondente a cada uma delas, bem assim da formação de um eventual ágio ou deságio. Em decorrência, na posterior etapa nacional não se há de cogitar da “transferência” de um ágio anteriormente formado em condições de livre mercado. Sendo essa segunda etapa realizada exclusivamente entre sociedades sob controle societário único, sem qualquer desembolso, via empresa-veículo, a mais valia assim formada, conhecida como “ágio interno”, se revela sem qualquer fundamento econômico.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012

CSLL. ROYALTIES. LIMITE PARA DEDUÇÃO DE DESPESAS COM PAGAMENTO DE ROYALTIES. NÃO SE APLICA À CSLL.

Não se aplica o limite máximo para dedução de despesas com pagamento de royalties à CSLL, conforme a IN RFB nº 1.700, de 14/03/2017.

Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF). ATO DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. O TDPF é um ato de controle interno da administração tributária, de caráter gerencial e utilizado para a determinar a distribuição do procedimento fiscal relativo aos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Foi dado provimento em parte à impugnação ao contribuinte apenas para corrigir a taxa de atualização do débito e permitir a dedutibilidade da receita de Royalties da CSLL, conforme IN 1700/17.

Recurso de ofício interposto em relação à parte desonerada. Com relação à parte que restou sucumbente a contribuinte, inconformada, apresentou recurso voluntário alegando em síntese:

01) LINDB –

01-a) principalmente em relação aos acórdãos 101-95.602 e 101-95.609, julgados pelos CARF em 2006, dando provimento ao recurso da mesma contribuinte onde se permitiu 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 e remetidas ao exterior por meio da franqueada máster no Brasil.

01-b) Que não existia a época dos fatos qualquer limitação ao aproveitamento do ágio.

02) Possibilidade da amortização dos royalties tendo em vista a peculiaridade dos contratos de franquia firmados com rede.

03) Possibilidade de amortização do ágio

3.1) Requer o retorno dos autos à instância de origem para que se apreciem as provas colacionadas aos autos quando da impugnação comprovando o pagamento do valor de U\$698MM.

3.2) Avaliação dos laudos juntados aos autos que comprovam o valor da compra no Brasil.

Repete a argumentação da impugnação bem como fatos históricos.

04) Improcedência da multa qualificada

05) Descabimento da multa isolada

06) Juros Selic

Este é o relatório do essencial.

Voto Vencido

Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Relatora.

Os recursos são tempestivos e deles conheço.

Cuidam os autos basicamente de dois assuntos diversos, todos referentes à base de cálculo do IRPJ e CSLL. A divergência de entendimento entre o Contribuinte e a Fazenda são (i) Royalties – limite de dedutibilidade e (ii) ágio.

01) Preliminar – aplicação da LINDB

02 - LINDB

Preliminarmente, impõe-se a análise da aplicabilidade e do alcance do artigo 24 da LINDB, tanto em relação aos royalties, tendo em vista que fora julgado caso da própria empresa nesse Conselho por mais de uma vez e a posição foi favorável à empresa, tanto no caso do ágio, pois na época dos fatos não existiam as limitações que hoje são vistas.

Contudo, deve ser analisado o dispositivo, para verificar a sua aplicabilidade em matéria tributária. Veja-se à redação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Adoto o entendimento exposto pela Ilustre Conselheira Lívia De Carli Germano e gravado no Acórdão nº 1401002.993, de 20 de novembro de 2018.

Defende a Recorrente que tal dispositivo tem aplicação imediata ao caso, devendo ser cancelada a autuação fiscal, já que o procedimento por ela adotado se deu com base nas orientações da época, ou seja, foi pautado na jurisprudência majoritária deste CARF sobre a matéria.

Todavia, entendo que não é este o alcance da norma.

É que o campo tributário possui regramento próprio na Constituição Federal que não pode ser ignorado, em especial quando se analisa a hierarquia das fontes normativas.

De fato, o artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar. E não é à toa. É que em um ambiente em que todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm competência e capacidade tributária ativa, a edição de normas gerais não pode emanar de um desses entes (lei federal), devendo advir de norma especial com caráter de legislação nacional, papel da lei complementar.

É esse o status do Código Tributário Nacional e de qualquer norma que pretenda veicular norma geral em matéria tributária.

Assim, já causa estranheza que o legislador tenha pretendido o alcance que defende a Recorrente por meio da edição de uma lei ordinária federal.

Vale lembrar, ademais, que o CTN possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos) exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Jamais o principal de tributo. Da mesma forma, o artigo 146 do CTN traz regramento próprio sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário. Diante disso, dar ao artigo 24 da LINDB o alcance que a Recorrente pretende é, ao fim e ao cabo, acreditar que lei ordinária federal poderia trazer uma espécie de exceção à norma do artigo 100 do CTN, o que vai de encontro a regras básicas de interpretação das normas em um sistema constitucional complexo como o brasileiro.

Na verdade, a análise mais detida do teor do artigo 24 da LINDB também leva à conclusão de que ele não tem o alcance que a Recorrente pretende.

A começar pelo contexto em que tal norma foi editada, eis que a exposição de motivos do projeto de lei indica que suas disposições tiveram como pano de fundo os processos de controle das contratações públicas, em especial aqueles das instâncias de controle dos gastos públicos, como o TCU e a CGU.

Ademais, a análise do texto indica que o dispositivo se dirige-se à revisão de ato, processo ou norma emanados da própria Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, eis que lançamento não configura procedimento de “revisão”, uma vez que não cuida de “revisar” a validade de quaisquer atos ou contratos da Administração.

Assim, o lançamento tributário não se ocupa da revisão de atos administrativos e jamais declara a invalidade de ato ou de “situação plenamente constituída”. A entrega de declaração pelo contribuinte, pelo que se opera o “auto-lançamento” ou o “lançamento por homologação”, não gera situação plenamente constituída, já que por definição a apuração feita pelo contribuinte é sempre provisória e precária, sujeita a homologação da autoridade competente, não havendo que se falar em “situação plenamente constituída” antes da homologação (expressa ou tácita) pela autoridade fiscal.

Vale notar que dar ao artigo 24 da LINDB o alcance pretendido pela Recorrente em nome da "segurança jurídica" acabaria por "engessar" o contencioso administrativo, impossibilitando-o de evoluir com eficiência, retirando dos debates tributários a tecnicidade da especialização dos Tribunais/Conselhos de Recursos Fiscais, que diuturnamente lidam com casos que envolvem critérios contábeis, situações e documentos específicos que o Poder Judiciário não tem condição (e nem estrutura) para analisar, o que acabaria por aumentar a vulnerabilidade dos contribuintes trazendo, veja só, insegurança jurídica.

Ante o exposto, oriento meu voto por rejeitar a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB ao caso em questão.

02) Recurso de Ofício

Quanto à questão dos royalties, tendo em vista que a contribuinte restou vencedora na parte referente à CSLL, tendo a Delegacia de origem considerado que não há limite na legislação daquela contribuição das despesas de royalties, passemos à análise do Recurso de ofício:

Com relação a essa matéria não há mais o que se discutir, tendo em vista que se encontra o entendimento devidamente sumulada nesse Conselho, conforme abaixo:

Súmula CARF n.º 117

A indedutibilidade de despesas com "royalties" prevista no art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei n.º 4.506, de 1964, não é aplicável à apuração da CSLL. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Pelas razões acima expostas, nego provimento ao Recurso de ofício.

03) Dedutibilidade dos royalties do IRPJ

Com relação aos limites de dedutibilidade dos royalties pagos, vamos a análise das operações de franquias para verificar o melhor entendimento:

Importante destacar que o contrato de franquia não é um simples contrato que as partes resolveram estabelecer entre si. Ele é um contrato complexo que tem variadas peculiaridades que de per si, não deveria ser tratado pelo legislador como um simples royalties, conforme anteriormente julgado por esse CARF, acórdãos 105-16.140 e 105-16.169.

Contudo, não posso como julgadora administrativa extrapolar os limites legais para driblar a legislação.

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, ai 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.

04) Da possibilidade de dedução do ágio

Com relação ao ágio gerado, não tenho qualquer dúvida que houve a operação, que houve um pagamento de preço entre partes não relacionadas e que o custo de aquisição foi superior ao PL.

Apesar de alegar a contribuinte que as provas não foram analisadas pela instância de origem, pela leitura do voto, verifica-se que a fundamentação para a negativa do recurso foi de direito e não de fato, conforme abaixo:

Portanto, não foi comprovada a existência de ágio nesta etapa negocial, quando da venda pelo grupo McDonald's de suas operações na América Latina e Caribe efetuadas via negócios no exterior para a holding holandesa Arcos Dorados B.V. A operação, como menciona a impugnante, foi efetuada no exterior por uma comodidade dos vendedores e compradores, tendo em vista que foi efetuada a aquisição pelo grupo Arcos Dorados de toda a operação do grupo McDonald's na América Latina e no Caribe. Em razão desta comodidade, o grupo Arcos Dorados optou por efetuar a compra via uma controlada nos Países Baixos.

Ou seja, a problemática envolve uma situação inusitada e que não encontra abrigo na lei ou na jurisprudência, ou seja, a formação do ágio no exterior.

Vê-se com frequências vários julgamentos nesse Conselho que tem considerado ilegítimos inúmeros ágios, por ter sido a real adquirente empresa diversa da que foi incorporada e para que se permitisse a amortização do ágio, deveria ter sido feita a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.

A argumentação é de que ser não for a real investida, poderíamos ter a venda de inúmeras empresas com ágio preexistentes a outras e que ocasionaria um verdadeiro “comércio de ágios”.

Contudo, não posso concordar com tal argumentação. Afinal, a Lei não prescreve os caminhos que devem ser percorridos até que se possa amortizar o ágio. Ademais, qual o motivo de se “imobilizar” o ágio na real investidora?

Não seria criar factoides onde a lei não o faz.

Entretanto, a questão aqui é outra. O problema se deu quando da formação do ágio e não há tese que possa sustentar a argumentação da recorrente, conforme abaixo. A Legislação prevê que:

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

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

Pois bem, quem adquiriu a participação societária não era contribuinte, pois não estava domiciliada no Brasil.

Conforme exposto no TVF, a operação se deu no exterior:

No contrato original de compra, assinado em 28/03/07 (fls. 2.662 a 2.732), constavam McDonald's Latin America LLC ("MLA"), McDonald's International Spanish Holdings S.L. ("MISH") e MCD Properties Inc. ("MCD"), como vendedores, e Sage Finance Group Limited, como comprador.

O objeto do contrato era a compra e venda das unidades de participação de McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. ("CA") e da LATAM LLC, a qual era detentora de 99,99% das quotas da ARRAS, e de quotas de diversas outras empresas na América Latina.

O preço de compra base foi estabelecido em US\$ 700 milhões, o qual seria ajustado em função da diferença, positiva ou negativa, entre o capital de giro na data de fechamento e o capital de giro alvo.

E continua:

No caso em tela tem-se que Arcos Dorados BV (Holanda) adquiriu, em 2007, as empresas do grupo McDonald's na América Latina, estas também pertencentes a Holdings sediadas no exterior. Destarte, a operação de compra e venda se deu entre entidades residentes no exterior. Não foi nenhuma pessoa jurídica domiciliada no país que adquiriu as participações societárias e que, portanto, arcou com o custo de aquisição e eventual ágio, e sim a empresa Arcos Dorados BV, com sede na Holanda.

É incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável à Arcos Dorados BV, uma vez que se trata de sociedade domiciliada no exterior que, como tal, não se enquadra no conceito de "contribuinte", na acepção técnica empregada no "caput" do art. 385 (ressalte-se que tal sociedade tampouco se enquadra no art. 147, inciso II, do RIR/99).

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no art. 385 do RIR/99, não há como se empregar a norma prevista no art. 386 do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

Nesse sentido, tendo em vista a impossibilidade de se aproveitar o ágio pois a compra foi realizada por empresa não contribuinte, nego provimento ao recurso voluntário com relação ao aproveitamento do ágio.

Por outro lado, não considero que seja esse um ágio interno, aliás a figura do ágio interno deve ser vista com muita parcimônia pois qualquer ágio desconsiderado pelo fisco transforma-se em ágio interno. Aqui o que temos é uma não formação do ágio, tendo em vista que quando da formação do ágio, não existia uma contribuinte, pois a pessoa jurídica estava domiciliada no exterior.

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.

Ora, na medida em se trata de recrudescimento na aplicação de uma sanção, surge a necessidade de se buscar, na conduta que se avalia, elemento subjetivo diferenciado que justifique tal “sobre-apenamento”. A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se, constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. Portanto, é razoável supor que a qualificação da multa revista-se da natureza de excepcionalidade. Se da interpretação de tais hipóteses agravantes resulta uma situação reconhecidamente recorrente, ou seja, presente na maioria das situações em que se aplica a sanção, então a qualificação da multa perde a natureza de excepcionalidade, convertendo-se em regra. Ao se identificar o dolo previsto na legislação fiscal com a mera vontade de se obter o resultado, ocorre exatamente essa ampliação, a qual inverte o entendimento quanto ao caráter excepcional da multa qualificada – metamorfoseando-a em regra.

Para que se evite tal inversão, exige-se uma interpretação mais restritiva de conduta dolosa, que pode ser obtida ao adicionar-lhe – ademais da vontade de se obter o resultado – o claro intuito de enganar/iludir, que vem necessariamente acompanhada da consciência da reprobabilidade da conduta. Sob esse conceito mais restrito, exigem-se elementos que comprovem não apenas que a ação do contribuinte estivesse direcionada à obtenção de um resultado específico (redução no pagamento de tributos), mas que, ademais, estivesse presente a intenção e consciência de se ludibriar e prejudicar terceiro interessado no evento (no caso, o fisco federal).

Assim, tendo por pressuposto que a conduta dolosa é devidamente caracterizada por esse dois elementos (vontade de se obter o resultado e intenção de enganar/ludibriar), constata-se que, no caso em tela, a consciência quanto à subsunção ao tipo legal não foi caracterizada pela autoridade lançadora. O contribuinte, por seu turno, insiste na legalidade de todas as operações, fundamentando sua convicção tanto nos dispositivos legais, que entende

suportar os atos praticados, quanto em jurisprudência e doutrina.

Inegável que 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, ao meu ver, 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. O entendimento da autoridade tributária quanto à ilicitude da operação (ou, mais precisamente, do aproveitamento fiscal do ágio gerado em tais operações) – interpretação da qual não discordo – mostra-se passível de contestação.

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.

06) Multa de mora e multa de ofício – consunção

A questão da multa em razão de falta ou insuficiência de pagamento das estimativas mensais não está pacificada neste CARF. Dos inúmeros julgados a respeito do tema extraem-se, pelo menos, três correntes de entendimento.

Utilizo voto da Conselheira Lívia, ex-componente desse turma que muito bem fundamenta a tese:

Em um extremo está a corrente que defende que, mesmo após a Lei 11.488/2007, uma vez encerrado o ano-calendário não mais cabe aplicar a multa isolada por falta ou insuficiência de estimativas, pois essas ficam absorvidas pelo tributo incidente sobre o resultado anual. Por outro lado, há os que entendem que a imposição da multa independe do resultado apurado no encerramento do exercício financeiro, devendo ser aplicada sempre sobre o valor da estimativa não recolhida.

Em uma posição intermediária está a corrente adotada pelo presente voto, há muito sustentada pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que fora integrante desta Turma.

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

É a máxima do direito punitivo que, para uma mesma conduta deve-se aplicar uma só punição.

A título ilustrativo reproduzo trecho do acórdão 1201-00.235, de 7 de abril de 2010, da lavra do ilustre Conselheiro:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Assim, consideramos imperioso verificar se houve, em relação aos fatos que ensejaram a autuação de multas isoladas, também a imposição de multa proporcional e em que medida.

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 - R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Faz toda a diferença considerar que estamos tratando de direito sancionatório e, nesta seara, não se pode admitir que se trate como independentes penas aplicadas sobre uma infração conteúdo (provisório) e sobre uma infração continente (e efetiva).

Em outros termos: não há dúvida de que estamos tratando de multas relacionadas a um mesmo fato gerador de tributo (isto é, IRPJ/CSLL devidos em 31 de dezembro do ano-calendário), de maneira que, mesmo que se queira dizer que não se trata da mesma infração (conduta), impõe-se considerar que o bem jurídico maior é o tributo efetivamente devido, do que é conteúdo provisório ou *iter* preparatório o bem jurídico representado pelo dever de adiantar estimativas de "algo" (e não "algo efetivo"). Desse modo, se por um lado é preciso dar sentido à norma que prevê a aplicação da multa pelo não recolhimento de estimativas mesmo em caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa (redação do art. 44 da Lei 9.430/1996 dada pela Lei 11.488/2007), por outro mantém-se a premissa de que não se pode penalizar mais a infração-conteúdo que a infração-continente.

Assim, no caso em questão, entendo que as multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

06) Da incidência de juros sobre multa de ofício

Esta questão já está superada no âmbito deste Colegiado, por força de súmula vinculante:

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.

Portanto, nego provimento ao recurso voluntário em relação a incidência de juros sobre multa.

07) Juros selic

Com relação a inaplicabilidade da selic, também a Súmula 4 desse Conselho não permite qualquer dúvidas sobre a sua aplicabilidade:

Súmula CARFnº 4: 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.

Conclusão

Pelo acima exposto,

- (i) Nego provimento à preliminar de aplicação da LINDB;
- (ii) nego provimento ao recurso de ofício
- (iii) dou provimento parcial ao recurso voluntário para permitir a dedução dos royalties pagos considerando 4% da receitas líquida de venda dos produtos fabricados e vendidos da recorrente e das sub franquizadas,
- (iv) nego provimento ao recurso com relação à dedutibilidade do ágio;
- (v) dou provimento ao recurso para excluir a multa qualificada e
- (vi) dou provimento ao recurso para a consunção da multa isolada;
- (vii) nego provimento ao recurso para não incidência da multa sobre juros e não aplicação da Selic.

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga

Voto Vencedor

Carlos André Soares Nogueira, Redator designado.

À partida é preciso festejar o bem fundado voto da ilustre relatora. Em relação às posições esposadas pela conselheira, a Turma discordou, por voto de qualidade, tão-somente em relação ao afastamento da multa isolada.

Em homenagem ao princípio da colegialidade, este redator foi, então, designado pela Turma para registrar a posição vencedora.

A relatora sustenta com argumentos sólidos, fundados na teoria do direito sancionatório, que é indevida a aplicação integral da multa isolada em conjunto com a multa de ofício que violaria o princípio da consunção.

Nesta matéria, impende lembrar que a jurisprudência deste Conselho consolidou-se, ao longo do tempo, no sentido de que não seria correta a aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada. Tal posição está refletida na Súmula CARF n.º 105, *verbis*:

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.

Entretanto, tal posicionamento alterou-se substancialmente com a nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 11.488/2007. Para ilustrar esse posicionamento, trago à colação a ementa do Acórdão CARF nº 9101-004.106, de 09/04/2019:

MULTA ISOLADA PELO NÃO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. COBRANÇA APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO-CALENDÁRIO. POSSIBILIDADE.

Só faz sentido falar-se em multa isolada quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-base, caberia à fiscalização exigir também o principal de tributo devido (por estimativa) e os juros correspondentes.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. NOVA REDAÇÃO DA LEI. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

De minha parte, tenho que desborda da competência do julgador administrativo deixar de aplicar o comando legal por força de considerações de cunho principiológico, sob pena de ferir a separação de poderes.

Ao elaborar o texto legal que prevê a multa isolada, *ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa*, ou seja, após o encerramento do período de apuração, o legislador realizou a ponderação entre os princípios jurídicos atinentes à matéria. Tal ponderação pode ser submetida ao crivo do poder judiciário, que pode editar norma expulsando a regra da multa isolada do sistema jurídico (em abstrato) ou norma individual e concreta afastando a aplicação em determinado caso concreto. Mas, até lá, ao julgador administrativo, é vedado deixar de aplicar a lei.

Neste sentido, recorro ao artigo 62 do RICARF que determina:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
- b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)
- c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002;
- d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; e
- e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei 73 Complementar n.º 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF n.º 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

No mesmo sentido é a Súmula CARF n.º 02:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Com base no exposto, considerando que os fatos jurídicos tributários ocorreram no exercício 2012, ou seja, após a mudança do texto legal acima mencionada, voto por negar provimento ao recurso voluntário neste ponto.

(assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira – Redator designado