



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

Processo n° 16561.720237/2016-61
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.606 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de dezembro de 2018
Matéria ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) não conhecer das matérias de cunho constitucional suscitadas (Súmula CARF nº 2); ii) dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a autuação fiscal da glosa do excesso de royalties deduzidos relativamente à CSLL; iii) negar provimento ao recurso voluntário para manter a autuação fiscal, iii.i) em relação à glosa do excesso de royalties deduzidos relativamente ao IRPJ; iii.ii) em relação à dedutibilidade da amortização do ágio; iii.iii) no que tange à incidência dos juros sobre a multa de ofício (Súmula CARF nº 108); por voto de qualidade, iv) negar provimento ao recurso voluntário para, iv.i) manter os lançamentos de multas isoladas por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativas, vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento; iv.ii) manter a qualificação da multa em 150%, vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que afastavam a exasperação.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros:

Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edeli Pereira Bessa, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador - BA, que julgou IMPROCEDENTE, integralmente, a impugnação do contribuinte em epígrafe, doravante chamado de recorrente.

Da autuação:

Trata o presente processo de Autos de Infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) referente ao ano-calendário de 2011.

A Fiscalização apurou, no curso do procedimento fiscal, as seguintes infrações:

1. despesas relacionadas aos pagamentos de royalties (multa aplicada de 75%)
2. despesas referentes à amortização de ágio fundamentado na rentabilidade futura de investimento adquirido (multa aplicada de 150%)
3. multa isolada sobre as diferenças de antecipações mensais apuradas.

Em decorrência das infrações, foram apurados os seguintes valores de crédito tributário constituído:

	Imposto/Cont.	Juros de Mora	Multa	Total
IRPJ	23.574.320,22	12.074.766,81	27.241.276,99	62.890.364,02
CSLL	11.074.114,08	5.672.161,22	10.915.727,77	27.662.003,07
Sub-Total	34.648.434,3	17.746.928,03	38.157.004,76	90.552.367,09
Multa Isol - IRPJ	-	-	10.443.651,21	-
Multa Isol. - CSLL	-	-	5.607.827,88	-
Total	34.648.434,3	17.746.928,03	54.208.483,85	106.603.846,18

Valores em R\$ 1,00 - juros corrigidos até dezembro/2016.

A contribuinte, agora recorrente, já fora objeto de ação fiscal sobre as mesmas infrações, referente aos anos-calendário de 2009 e 2010, que constam no processo

administrativo fiscal nº 16561.720099/2014-58, que no momento aguarda análise recurso especial do contribuinte, que fora parcialmente admitido.

Por bem retratar a descrição dos eventos que motivaram a autuação fiscal, transcrevo a parte concernente no relatório da decisão *a quo*:

Os focos da averiguação foram: (I) as despesas relacionadas aos pagamentos de royalties e (II) as despesas referentes à amortização de ágio fundamentado na rentabilidade futura de investimento adquirido.

(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 franquia 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 nº 3.470, de 1958, Portaria MF nº 436, de 30 de dezembro de 1958, art. 12 da Lei nº 4.131, de 1962, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, arts. 352, 353 e 355 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) e conforme o disposto pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2, de 22 de fevereiro de 2002.

Por força do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 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 2012, no entanto, foram consideradas outras receitas que não fazem parte da apuração da Receita de Revenda de Mercadorias e, por outro lado, foram também consideradas deduções referentes a COFINS e PIS sobre royalties. Foram, portanto, analisados os arquivos de Escrituração Contábil Digital e consideradas apenas a receita referente às vendas de produtos fabricados ou vendidos e as deduções de impostos referentes exclusivamente a essas vendas.

Aplicando o percentual de 4% sobre a Receita Líquida de vendas dos produtos fabricados ou vendidos do ano-calendário de 2011, a Fiscalização encontrou o montante de R\$ 120.968.998,96, que é valor do limite máximo dedutível de despesas de royalties, para o fim de apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

Entretanto, na linha 30 da ficha 05A - Despesas Operacionais - PJ em Geral da DIPJ 2012 - AC 2011 o contribuinte declarou como Royalties e Assistência Técnica -EXTERIOR, o valor de R\$ 205.345.937,51, e como parcelas não dedutíveis o valor de R\$ 41.069.187,44. Esse valor total de despesas de royalties é composto pela somatória dos valores lançados nas seguintes contas contábeis:

Cod.Conta	Descrição	Valor lançado
532011	Taxa De Franquia - Saopco	125.048.020,04
532025	IRRF S/Taxa De Franquia	22.067.297,56
532015	Taxa De Franquia - Franco	49.088.014,24
532020	IRRF S/ Taxa De Franquia - Franco	8.662.590,57
532030	Taxa Inicial De Franquia	408.012,80
532031	IRRF S/ Taxa Inicial De Franquia.	72.002,30
Total	Royalties e Assistência Técnica-EXTERIOR	205.345.937,51

Desse valor total declarado como despesa de Royalties, somente o montante de R\$ 120.968.998,96 seria dedutível. Desta forma, para efeito da apuração do Lucro Real e da Base de cálculo da CSLL, o valor correto a ser adicionado de

parcela não dedutível de despesa de royalties no ano-calendário de 2011 é de R\$ 84.376.938,55.

Na apuração do Lucro Real, o contribuinte já adicionou o montante de R\$ 41.069.187,44, a título de despesa de royalties não dedutíveis, restando, portanto, o valor de R\$ 42.424.115,82 a ser lançado de ofício.

Para apuração da Base de Cálculo da CSLL, no entanto, o contribuinte não adicionou nenhum valor a título de despesa de royalties não dedutíveis. Desta forma, o valor a ser lançado de ofício para a apuração da base de cálculo da CSLL é de R\$ 84.376.938,55.

Acrescenta que na ação fiscal referente aos anos-calendário 2009 e 2010, concluída no processo de nº 16561.720099/2014-58, o contribuinte já havia sido autuado por excesso de dedução de despesas de royalties.

(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:

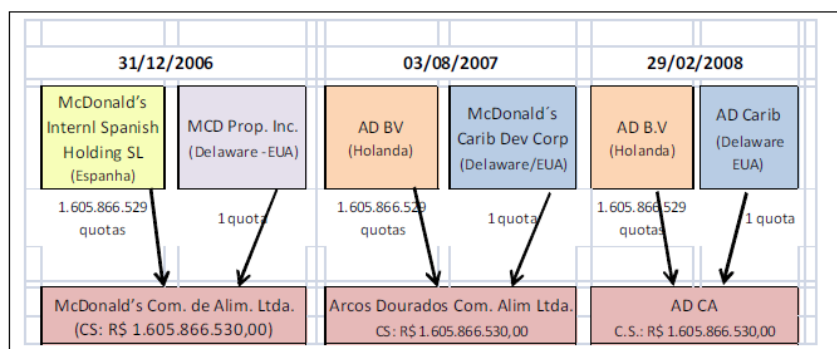
- "McDONALD'S INTERNATIONAL SPANISH HOLDING SL", com sede na Espanha, que detinha 1.605.866.529 quotas no valor de R\$ 1,00 cada, e
- "MCD PROPERTIES, INC", sociedade organizada e existente de acordo com as leis do estado de Delaware, com sede nos EUA, que detinha 1 quota no valor de R\$ 1,00.

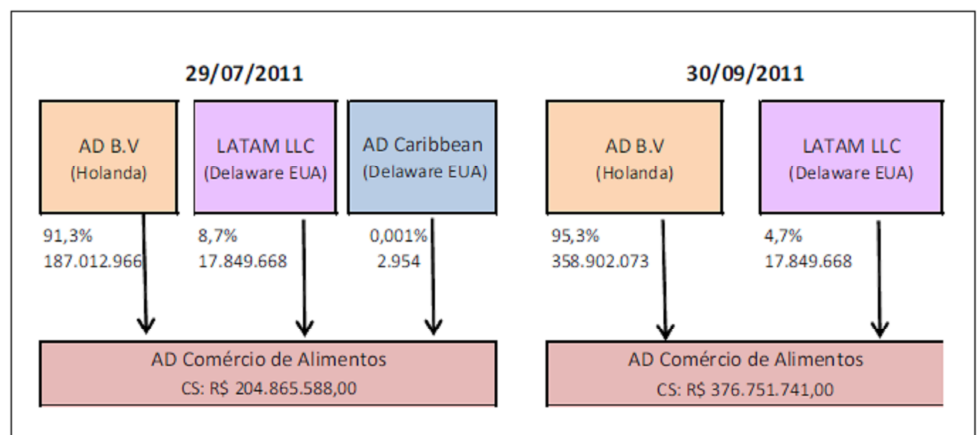
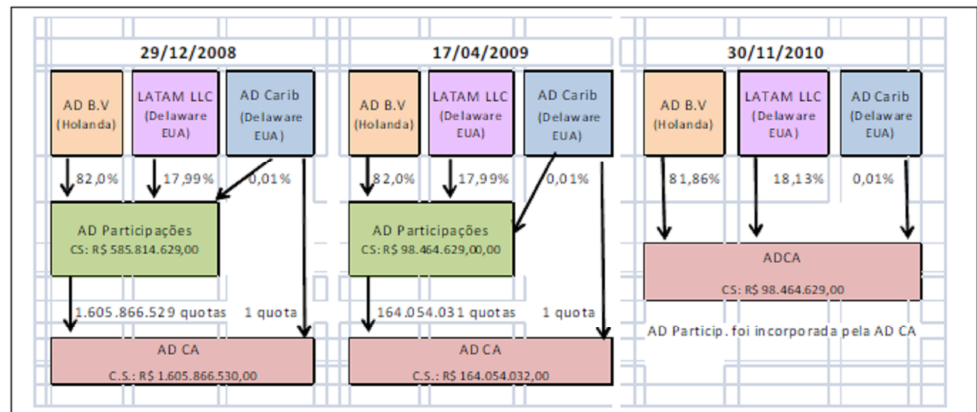
Elabora quadro com as principais alterações societárias a partir de tal data:

Data	Nº Alt.	Principais alterações societárias do contribuinte
03/08/07	61ª	<u>Venda da McDonald's Com de Alimentos para o grupo Arcos Dorados</u> <ul style="list-style-type: none"> • McDonald's International Spanish Holding SL (Espanha) cedeu e transferiu, a título oneroso, a totalidade de suas quotas a ARCOS DORADOS B.V., holding com sede na Holanda. • MCD Properties, Inc. cedeu e transferiu sua única quota a McDonald's Caribbean Development Corporation (EUA Delaware).
03/08/07	62ª	• <u>Nova Razão Social "Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda."</u> (doravante denominada AD Comércio de Alimentos).
29/02/08	63ª	• <u>Designou como administrador da sociedade o Sr. Marcelo Rabach.</u>
29/10/08	64ª	• Alteração da cláusula 7ª – Deliberações sociais.
29/12/08	65ª	• A sócia <u>Arcos Dorados BV cedeu e transferiu todas as suas quotas para Arcos Dourados Participações Ltda.</u> (doravante denominada AD Participações) <u>também administrada pelo Sr. Marcelo Rabach</u>
17/04/09	66ª	• <u>Redução do capital social: de R\$ 1.605.866.530,00 para R\$ 164.054.032,00</u> <ul style="list-style-type: none"> • A sócia AD Participações ficou com 164.054.031 quotas e a AD Caribbean com 1 quota da sociedade.

30/11/10	67ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Incorporação da Arras Comércio de Alimentos (ARRAS)</u> • <u>Aumento do capital social de R\$ 164.054.032,00 para R\$ 246.771.836,00</u> com a conseqüente criação e integralização de 82.717.804 quotas idênticas às anteriormente existentes. • <u>Todas as quotas ora criadas e integralizadas foram atribuídas à sócia AD Participações.</u> • <u>Incorporação da sócia AD Participações (incorporação às avessas)</u> • Foram extintas as 246.771.836 quotas sendo criadas 98.464.629 novas quotas da sociedade no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, atribuídas aos sócios da AD Participações na proporção da participação antes detida por cada um deles no capital social da AD Participações. • O capital social, totalmente subscrito e integralizado, passou a ser de R\$ 98.464.629,00, dividido em 98.464.629 quotas no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, assim divididas entre os sócios: <ul style="list-style-type: none"> - AD B.V - 80.612.007 quotas - LATAM, LLC - 17.849.668 quotas - AD Caribbean - 2.954 quotas
29/07/11	68ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Aumento do capital social mediante a emissão de 106.400.959 novas quotas</u>, as quais foram totalmente subscritas e integralizadas pela sócia AD BV. • Desta forma o capital social passou a ser de R\$ 204.865.588,00, dividido em 204.865.588 quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, assim divididas entre os sócios: <ul style="list-style-type: none"> - AD B.V - 187.012.966 quotas - LATAM, LLC - 17.849.668 quotas - AD Caribbean - 2.954 quotas
26/10/11	69ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Novo aumento no capital social mediante a emissão de 171.886.153 novas quotas</u> • A sócia AD BV subscreve e integraliza a totalidade do aumento de capital por meio da contribuição de 100 ações ordinárias, sem valor nominal, as quais representam 100% do capital social da AD Caribbean, de R\$ 171.886.153,00. • As 2.954 quotas até então detidas pela sócia AD Caribbean foram canceladas e essa passou a ser uma subsidiária integral da sociedade. Foram emitidas 2.954 novas quotas e entregues à AD BV. • <u>O capital social passou a ser de R\$ 376.751.741,00</u>, dividido em 376.751.741 quotas no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas: <ul style="list-style-type: none"> - AD B.V - 358.902.073 quotas - LATAM, LLC - 17.849.668 quotas

Para demonstrar as mudanças societárias, apresenta o esquema a seguir:





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:

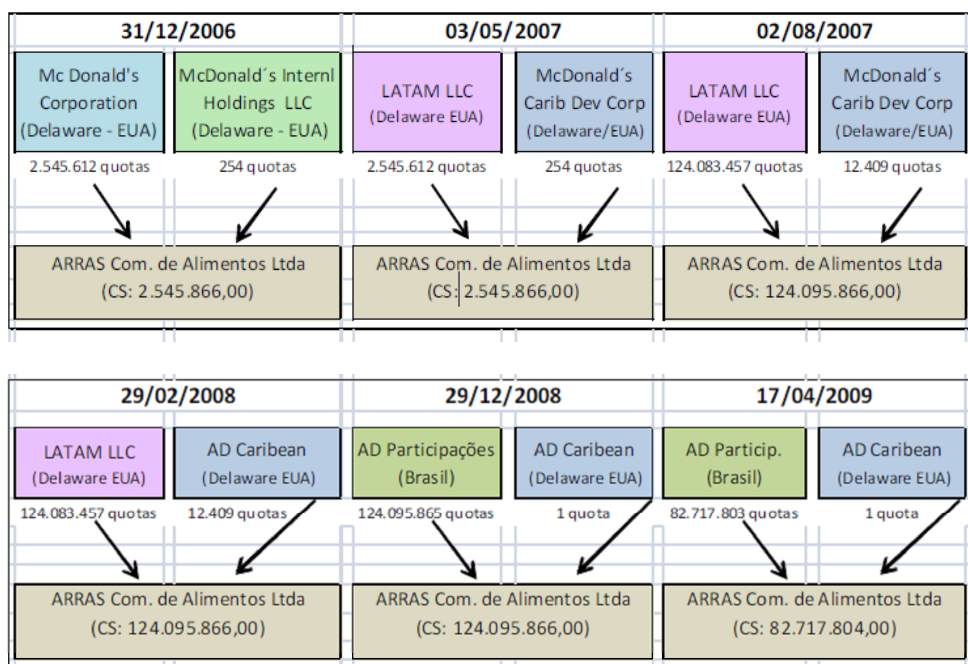
- McDonald's Corporation - 2.545.612 quotas no valor de R\$ 1,00 cada; e
- McDonald's Internl. Holdings LLC - 254 quotas no valor de R\$ 1,00 cada,

Os dois sócios tinham sede nos EUA (Delaware).

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

Data	Nº Alt.	Principais alterações societárias da ARRAS
03/05/07	11ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>McDonald's Corporation e McDonald's International Holdings LLC se retiraram da sociedade cedendo e transferindo a totalidade de suas quotas à LATAM LLC e à McDonald's Caribbean Development Corporation</u>, ambas também com sede nos EUA / Delaware.
02/08/07	12ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Capital social aumentou de R\$ 2.545.866,00 para R\$ 124.095.866,00</u>. Os percentuais dos sócios foram mantidos e, portanto, a LATAM LLC passou a ter 124.083.457 quotas e a McDonald's Caribbean Development Corporation 12.409 quotas. • <u>As quotas foram integralizadas com o produto da conversão de créditos detidos pela LATAM LLC na sociedade</u>, relativos a empréstimos em moeda estrangeira.
03/08/07	13ª	<ul style="list-style-type: none"> • Todas as quotas foram penhoradas em penhor de primeiro grau em favor de Deutsche Bank Trust Company Americas e em penhor de 2º grau em favor de McDonald's Latin America LLC.
29/02/08	14ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>O Diretor presidente da sociedade passou a ser o Sr. Marcelo Rabach</u> que era também o Dir. presidente da AD Com. de Alimentos e da AD Participações.
29/12/08	15ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>LATAM LLC retirou-se da sociedade cedendo e transferindo a totalidade de suas quotas para a AD Participações</u>, também administrada pelo Sr. Marcelo Rabach. • <u>AD Caribbean Development Corp.</u> (antiga McDonald's Caribbean Dev. Corp.) <u>transferiu 12.408 quotas à AD Participações</u>.
17/04/09	16ª	<ul style="list-style-type: none"> • <u>O capital social foi reduzido</u> em R\$ 41.378.062,00, passando de R\$ 124.095.866,00 <u>para R\$ 82.717.804,00</u>. • A AD Participações ficou com 82.717.803 quotas e a AD Caribbean com 1 quota.
30/11/10		<ul style="list-style-type: none"> • Foi <u>incorporada pela Arcos Dourados Comércio De Alimentos</u>.

Apresenta as alterações societárias:



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

Acrescenta que, no decorrer da ação fiscal referente aos anos-calendário 2009 e 2010, foram enviadas algumas intimações a respeito da origem e fundamentação do ágio, cuja amortização pelo contribuinte tinha se iniciado em dezembro de 2010. Assim, neste Termo de Verificação Fiscal faz referência a essas intimações e às respectivas respostas apresentadas pelo contribuinte, assim como aos documentos por este entregues, que estão sendo utilizados também nessa ação fiscal. Informa que intimou o contribuinte a prestar esclarecimentos sobre a real dedutibilidade da despesa de amortização de ágio.

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

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 Dorados 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. 1568 a 1638), 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.

Da análise de dedutibilidade da despesa de amortização de ágio.

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. 8662), lembrando que o preço base seria ajustado, positivamente ou negativamente, em função do capital de giro na data do fechamento do contrato.

Consta no FORM 10-K apresentado pela McDonald's Corporation à UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, do qual o contribuinte extraiu um trecho e o inseriu em sua resposta à Intimação nº 13 (fls. 1088 e 1089), que a companhia recebeu aproximadamente US\$ 675 milhões em dinheiro.

"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. " (grifo do TVF)

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.

Com o intuito de comprovar o efetivo pagamento, o contribuinte apresentou, em sua impugnação (do Auto de Infração do processo de nº 16561.720099/201458), cópia de contrato de empréstimo tomado por Arcos Dorados BV em 02 agosto de 2007, no montante de R\$ 350.000.000 (fls. 2553 a 2725) 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. 2725). 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.

Vale lembrar que 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. Qual seria então o valor pago especificamente pelas operações e negócios do Brasil? (grifos do TVF)

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 Forrester Capital à Arcos Dorados Argentina, em julho de 2007.

A Forrester 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. 1709) 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 (grifos do TVF).

Conforme pode ser notado, as informações são conflitantes. Deduz-se 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.

Valor do Patrimônio Líquido na época da aquisição

O contrato de compra foi assinado em 28/03/07 e 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. 1767 a 1804) e ARRAS (fls. 1977 a 2003), 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

Vale ressaltar 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) nº IA 060012 que é de R\$ 29.064.586,00 (fl. 1217).

Concluimos, por conseguinte, 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.

Dado que não temos 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, no entanto, 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.** (grifos do TVF)

Fundamento econômico do suposto ágio:

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

Caso o preço de aquisição da participação societária seja superior ao valor de seu patrimônio líquido na data da aquisição, surgirá a figura do ágio. Nesse caso, estabelece o dispositivo que o lançamento do ágio "deverá indicar" seu fundamento econômico dentre três fundamentos possíveis. O ágio pode ter mais de um fundamento econômico. O montante total do ágio pode ser desmembrado em distintos valores conforme o respectivo fundamento econômico pertinente. Não é um ato de vontade do contribuinte e sim fruto da constatação da realidade fática.

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.

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.

Absorção do patrimônio da pessoa jurídica

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 temos que, 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.

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).

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 31/12/08, 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 - Particip. 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-se 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

Se considerarmos, 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, estamos 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. O Comitê de Pronunciamentos Contábeis, em seu pronunciamento Técnico CPC-04, item 47, assim prescreveu:

"o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo".

Na mesma linha, a Resolução CFC nº 1.110/07, do Conselho Federal de Contabilidade, em seu item 120, assim determina:

"O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado. [g.n.]

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários, também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico, e expressou seu entendimento por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007.

Se o ágio intragrupo não é reconhecido pela lei societária e pela Contabilidade, também não o será pela lei tributária. O lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ, não se confunde com o lucro contábil, mas é a partir desse que se chega àquele.

A lei tributária determina que a base imponible do IRPJ tenha como ponto de partida o lucro líquido que, por conseguinte, será apurado com observância das leis comerciais e, em especial, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), que posteriormente foi alterada pela Lei nº 11.638/07, consoante dispõe o art. 274 do RIR/1999.

O contribuinte é obrigado, pela lei tributária, a apurar o lucro líquido de acordo com a lei societária que, por seu turno, determina que este lucro seja obtido através da observância da escrituração e dos preceitos da Ciência Contábil.

A despesa de amortização de ágio interno evidentemente não se enquadra no conceito de despesa necessária e nem sequer é despesa, já que não implica o sacrifício de nenhum ativo.

Cita julgados do CARF neste sentido: Acórdão 1101000.968 de 09/10/2013, Acórdão 1102-000933/ 08-10-2013, Acórdão 1402001.337 de 06/03/2013, Acórdão 101-95.537/2006, ACÓRDÃO 104-21.675 em 22.06.2006.

Transcreve trecho sobre o caso específico ora analisado, que foi objeto do processo nº 16561.720099/2014-58, em que o CARF também já se pronunciou:

Quanto aos requisitos formais, registre-se que a etapa internacional das operações era aquela em que figuravam partes independentes nos pólos da compra e venda de participações societárias. Dada a obscuridade e a falta de registro e documentação individualizada para as participações negociadas de empresas brasileiras, o valor pago e o suposto ágio carecem de prova e de fundamentação. Em decorrência, resta a etapa doméstica, levada a efeito a partir de 2008, quando passam a estar envolvidas tão somente empresas do grupo Arcos Dorados e não há qualquer pagamento. Eventual ágio assim formado é caracterizado como "interno", sem a participação de uma parte independente a validar, em condições de livre mercado, as operações e valores. No entender deste relator, o laudo de fls.11166 e segs. (M/Legate) é insuficiente, visto que sua validação decorreria da existência de partes independentes e com interesses antagônicos, uma disposta a alienar o ativo pelo valor avaliado, outra disposta a pagar o valor de avaliação para sua aquisição. Mas não houve pagamento nem outra espécie de desembolso, ocorreu tão somente integralização de capital subscrito entre empresas submetidas a um mesmo comando societário. O que de fato ocorreu, ao final, foi a reavaliação das empresas a valor de mercado e a tentativa de dedução do correspondente custo de reavaliação. Ágio interno, na acepção da expressão.

Sobre o tema, transcrevo, abaixo, excerto de meu voto no Acórdão nº 1301001.982, de 06/04/2016, que entendo aplicáveis ao caso sob exame: Em tais circunstâncias, tenho que o cerne da questão não é a possibilidade, ou não de aproveitamento do ágio, autorizado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, mas sim a própria formação dessa mais valia, desvinculada de qualquer fundamento

econômico e originada de atos meramente aparentes, sem substância ou existência real, ainda que formalmente regulares. Já me manifestei, em outras oportunidades, acerca da unicidade das legislações tributária e societária no que toca às definições pertinentes ao ágio. O art. 20 do Decreto Lei nº 1.598/77 define o ágio (ou deságio) como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. A controvérsia surge quanto ao que seria o custo de aquisição aqui referido, em especial quando se cuida de operações societárias realizadas internamente a um grupo econômico.

....

O "ágio" assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Trata-se, de fato, de uma reavaliação espontânea de participação societária, à qual não se pode atribuir o condão de reduzir o resultado tributável. Não se trata do ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto lei nº 1.598/1977, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Transcreve trecho da ementa do acórdão do CARF, referente ao caso em tela, que trata do ágio:

AGIO. ETAPA INTERNACIONAL. PROVA. ETAPA NACIONAL. AGIO INTERNO. INDED UTIBILIDADE. 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, a mais valia assim formada, conhecida como "ágio interno", se revela sem qualquer fundamento econômico.

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. No mês de dezembro de 2010, todavia, foi deduzido o valor de R\$ 9.055.009,15, e no ano-calendário 2011, o montante total de R\$ 108.660.109,83, valores que ultrapassam o limite permitido pela legislação.

Da Amortização do ágio

O valor total de ágio amortizado no ano-calendário de 2011, 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.

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 já Arcos Dourados Comércio de Alimentos.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Recálculo do Lucro Real antes da compensação de prejuízo após adições a título de parcela não dedutível de despesa de Royalties e a título de despesa não dedutível de amortização de ágio.

Lucro Real antes da Compensação de prejuízo	181.967.998,21
+ Adição a título de parcela não dedutível de despesa de Royalties	43.307.751,11
+ Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	108.660.109,84
Lucro Real antes da Compensação de prejuízo após lançamento de ofício	333.935.859,16

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Recálculo da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) antes da compensação de Base de Cálculo Negativa de CSLL de períodos anteriores após adição a título de parcela não dedutível de despesa de Royalties e a título de despesa não dedutível de amortização de ágio:

Base de Cálculo antes da Compensação de BC Negativa de períodos anteriores	140.898.810,77
+ Adição a título de parcela não dedutível de despesa de Royalties	84.376.938,55
+ Adição a título de despesa não dedutível de amortização de ágio	108.660.109,84
Base de Cálculo antes da Comp de BC Negativa de per ant após lançamento de ofício	333.935.859,16

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 2011, 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 44º da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 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 nº 9.430, de 1996, com redação da Lei nº 11.488, de 2007.

Da Impugnação:

Inconformada com a autuação, a recorrente apresentou impugnação, a qual aproveitou a sua descrição no relatório do v. acórdão recorrido:

A impugnante aduz que:

Os autos de infração se referem ao ano-calendário de 2011 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.

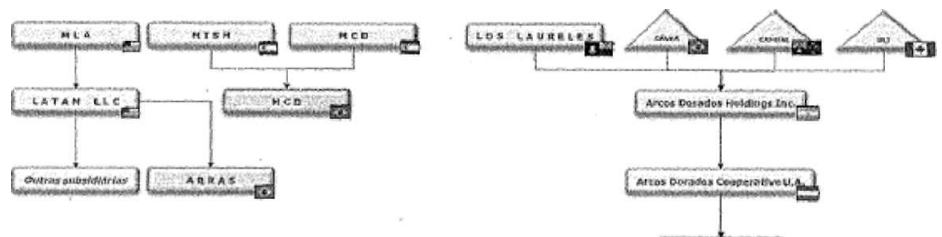
O simples local de pagamento do preço de aquisição não pode alterar a essência econômica do negócio para por fim ao direito que o grupo Arcos Dorados teria, já que se tratava de uma aquisição de investimento entre partes totalmente independentes, realizada em contexto com verdadeiros propósitos negociais. 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 nº 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. Nº 6) e analisado pela mesma Auditora Fiscal nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720099/2014-58, sendo que naquele caso não foi aplicada qualquer penalidade em percentual qualificado.

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 McDonalds 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. 8), 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 (doc. N° 9)

A idoneidade destes documentos não foi questionada pelo Fisco.

Apresenta documentos que comprovam o custo de aquisição incorrido pelo grupo Arcos Dorados:

Formulários 8-K e 10-Q registrados por McDonalds 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.

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 13) e por matérias na imprensa.

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

Nos termos da Emenda n° 1 ao Contrato de Compra e Venda de Unidades de Participação (doc 15), 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:

1. USD 678.499.500,00 em razão da aquisição da LatAm - sociedade que no Brasil detinha a Arras;
2. USD 500,00 à holding MCD Properties, Inc.
3. USD 13.698,00 à holding McDonald's International Spanish Holdings, S.L.;
4. 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 ADBV 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.

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 17).

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 nº 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, o investimento devido na requerente e na Arras.

A AD Participações passou a ser a sociedade controladora da requerente e da Arras e, em obediência ao art. 248 da Lei nº 6.404/1976, art. 20 do Decreto-lei nº 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.

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. Conseqüentemente, 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.

Por se tratarem de despesas necessárias à sua atividade como franqueada master, a requerente deduz os pagamentos realizados, para que tais valores não estejam submetidos a uma 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.

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.

Descabimento da glosa de despesas 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.

Descabimento da glosa de despesas de Ágio

Relativamente à dedução de despesas de amortização de ágio, considera legítimo e válido, pois:

decorreu de aquisição entre partes não-relacionadas em condições de mercado;

com efetivo pagamento de preço;

com demonstrações hábeis e idôneas quanto à expectativa de rentabilidade futura;

com razões empresariais para que a aquisição se desse desde o exterior pela ADVB.

Cita jurisprudência administrativa em seu favor.

Não houve transferência de ágio ou ágio decorrente de partes relacionadas.

A AD Participações não é sociedade-veículo.

Os normativos contábeis citados pela Fiscalização não são aplicáveis ao presente caso.

Não ocorreu planejamento tributário abusivo ou reorganizações societárias desprovidas de substância econômica. O art 116, parágrafo único, do CTN carece de regulamentação.

(i) 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.

Cita jurisprudência do CARF, que entende justificar sua posição.

(ii) 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.

Cita doutrina.

Apenas com a publicação da MP nº 627, de 11/11/2013 e sua posterior conversão na Lei nº 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 nº 12.973/14, que conferiram prazo de 13 meses para a confecção de laudo de avaliação.

(iii) AD Participações não é 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 nº 246/96, 319/99 e 349/01).

Cita jurisprudência do CARF.

(iv) A 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.

(v) Indevida tentativa de desconsideração do negócio jurídico legitimamente realizado pelo grupo Arcos Dorados

Ocorreu uma tentativa indevida de aplicação equivocada da chamada "teoria da substância econômica".

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".

Das Multas

(a) Descabimento da Multa Qualificada (150%)

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 a 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.

Da decisão da DRJ:

A ementa da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

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.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário:

Irresignada com o a decisão, a qual tomou ciência em 22/08/2017, apresentou recurso voluntário em 21/09/2017, ou seja, tempestivamente.

Neste expõe os seguintes elementos e argumentos, repisando praticamente os mesmos elementos suscitados na sua peça impugnatória, e rebatendo alguns pontos suscitados no v. acórdão recorrido.

Em síntese:

- a dedutibilidade das despesas de royalties - a atuação da recorrente decorre de uma particularidade do seu modelo de exploração do negócio franquias master e subfranquias no país. A recorrente atua como repassadora dos royalties entre as subfranqueadas e a McDonald's Corporation no exterior, e que os valores pagos seriam integralmente dedutíveis, sem ofensa aos limites definidos na Portaria 436/58;

- impossibilidade de glosa das despesas de royalties para fins de CSLL;

- dedutibilidade das despesas de amortização de ágio:

. necessidade de apreciação das provas apresentadas;

. validade dos laudos de avaliação produzidos;

. as condições que autorizam a dedutibilidade das contrapartidas de amortização de ágio foram rigorosamente cumpridas;

. a AD Participações não pode ser equiparada a uma mera "sociedade veículo";

. inocorrência de "transferência" de ágio;

. ainda que se tratasse de uma operação dentro do mesmo grupo econômico, a legislação não vedava o registro do ágio;

. inaplicabilidade das regras contábeis mencionadas pela r. decisão recorrida;

- improcedência das multas e juros:

. total descabimento da penalidade isolada (50%);

. total descabimento da penalidade qualificada (150%);

. descabimento da multa de ofício (75%) no que tange à glosa de despesas de amortização de royalties;

. impossibilidade de aplicação dos juros sobre a multa de ofício.

- Nestes termos, conclui e pede:

VI. CONCLUSÃO E PEDIDO

214. Com base em todo o acima exposto, a Recorrente tem como plenamente demonstrada a necessidade de integral reforma da r. decisão recorrida por esse E. CARF, já que totalmente improcedentes as glosas de despesas de royalties e de ágio realizadas pela D. Fiscalização no ano-calendário de 2011. Em síntese, as razões que justificam essa posição podem ser assim resumidas:

(i) o equívoco da E. D RJ/SDR e as corretas premissas que justificam este caso - o ágio discutido neste caso decorre de uma aquisição efetiva, pelo grupo Arcos Dorados, das sociedades e operações então detidas pelo grupo McDonald's na América Latina, visando a implementação do modelo de negócios denominado "Developmental Licensee". O contexto era exatamente o mesmo de outras operações análogas realizadas na Europa, Ásia e Oceania, por meio daquela McDonald's Corporation alienava suas controladas e operações para apenas receber royalties;

(ii) essa operação envolveu a aquisição de mais de 1.500 restaurantes controlados por cerca de 30 sociedades sediadas em 18 países diferentes pelo grupo Arcos Dorados, ao custo total de aproximadamente USD 698 milhões. A forma pela qual foi estruturada também se dava por questões negociais independentes de quaisquer possíveis reflexos fiscais. Foi uma aquisição entre partes não-relacionadas, com pagamento efetivo de preço, conforme documentos anexados a este processo administrativo e novamente colacionados neste Recurso Especial;

(iii) a forma de estruturação dessa aquisição e o local original de pagamento do preço não poderiam alterar a essência econômica do negócio e o conseqüente direito do grupo Arcos Dorados ao registro do ágio em relação às sociedades brasileiras que foram adquiridas;

(iv) dedutibilidade de royalties - inexistência de excesso aos limites da Portaria 436/58 - a estrutura adotada pelo grupo Arcos Dorados em relação aos restaurantes subfranqueados da rede McDonald's no Brasil não levou a qualquer prejuízo às autoridades fiscais, nem tampouco a deduções em excesso aos limites estipulados na Portaria 436/58. Pelo contrário, o procedimento adotado pela Recorrente levou à maior tributação desses valores, na medida que, ao receber royalties equivalentes a 5% das vendas dos subfranqueados, ofereceu a tributação a totalidade desses valores, tendo deduzido apenas o equivalente a 4%, em observância às disposições da Portaria 436/58;

(v) o cálculo mantido pela E. DPJ/SDR se mostrou equivocado, ao comparar o total dos valores pagos ao grupo McDonald's

apenas com a receita de vendas da Recorrente, quando, na verdade, ter-se-ia mera situação de repasses em razão da inexistência de canais de remessas pelos subfranqueados, ou ainda, o total de vendas realizadas deveria levar em consideração o conjunto "vendas próprias +vendas realizadas por subfranqueados". O que não se pode fazer é comparar royalties de uma parte com receitas geradas por outra parte;

(vi) o modelo de negócios do grupo McDonald's no Brasil e seu subfranqueamento já foi objeto de análise pelo antigo Conselho de Contribuintes nos acórdãos paradigmas 101-95.602, 101-95.609, tendo-se concluído que o mero repasse de valores recebidos de subfranqueados não viola os limites da Portaria 436/58, já que (a) o modelo de negócios da rede é bastante particular; e (b) o escopo dessa Portaria é limitar situações de abuso e erosão de base tributável, o que não seria o caso envolvendo as subfranquias da rede McDonald's:

"IRPJ e CSLL - DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS COM ROYALTIES - A dedutibilidade das despesas com o pagamento de royalties pelo direito de utilizar a marca do franqueador e de fabricar ou comercializar os mesmos produtos por ela fabricados ou comercializados, utilizando os mesmos processos de fabricação, comercialização ou de exploração do negócio, relativamente a produtos alimentares, sujeita-se ao limite de 4% da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido e às demais condições previstas nos artigos 291 a 294 do RIR/94, combinados com a Portaria MF 436, de 1958. O percentual incide sobre a soma das vendas em restaurantes próprios com as vendas das sub-franqueadas."

"ROYALTIES - REMESSA AO EXTERIOR - LIMITE DE DEDUTIBILIDADE - BASE DE CÁLCULO - 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."

(vii) a presença da Recorrente na estrutura de pagamentos de royalties por subfranqueados se dava precipuamente como uma "gerenciadora / Intermediária", e visava (a) facilitar os recebimentos de royalties pelo grupo McDonald's; (b) melhorar o controle de recebimentos para a sociedade estrangeira em relação às subfranquias locais; e (c) evitar que os subfranqueados precisassem contratar mensalmente operações de câmbio, o que não é tão simples quanto a realização de TEDs locais;

(viii) a impossibilidade de glosa dos royalties para fins da CSL - considerando que as limitações percentuais à dedutibilidade de royalties se aplicam exclusivamente para fins da determinação do lucro real, não havendo qualquer referência ao lucro líquido ajustado na Lei 3.470/58, na Lei 4.506/64 nem na Lei 8,383/91, a glosa realizada pela D. Fiscalização não se sustentaria para fins dessa contribuição;

(ix) a própria Receita Federal do Brasil reconheceu a impossibilidade de aplicação dessas limitações para a CSL na IN 1.700/17 (Anexo I, item 991, como se pode verificar abaixo:

Número	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN
99	Royalties e Assistência Técnica e 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 nº 4.506, de 1964; (2) do art. 50 da Lei nº 8.383, de 1991; (3) do art. 74, caput, de Lei nº 3.470, de 1958; (4) do art. 12 da Lei nº 4.131, de 1962; e (5) do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.730, de 1979.	Sim	Não	Arts. 85 a 88

(x) comprovação do custo e necessidade de apreciação dessas provas - a Recorrente deixou muito claro neste caso que o custo de USD 698 milhões foi efetivamente desembolsado e incorrido. Demonstrou também com diversos documentos que o custo das operações da rede McDonald's no Brasil no ano de 2006 não valiam USD 14 mil, não sendo sequer razoável supor tal fato. Havia um laudo produzido por empresa independente e especializada confirmando que 42% do custo incorrido seria atribuível às operações brasileiras (MCD -Recorrente - e Arras). Esse conjunto de documentos deveria ter sido detidamente avaliado pela E. D RJ/SDR, em observância ao princípio da verdade material que rege e fundamenta o processo administrativo fiscal;

(xi) cumprimento de todos os requisitos legais autorizativos à amortização e dedução - os próprios fatos discutidos neste caso, por si sós, deixam claro que o ágio ora discutido é válido e legítimo, pois decorreu: (1) de aquisição entre PARTES NÃO-RELACIONADAS; (2) na qual houve EFETIVO PAGAMENTO de preço; (3) JUSTIFICATIVAS ECONÓMICAS válidas e contemporâneas à aquisição; e, sobretudo, (4) com PROPÓSITOS NEGOCIAIS NÃO TRIBUTÁRIOS:

(xii) não houve "transferência" de ágio - o ágio finalmente registrado pela AD Participações, a rigor, não foi "transferido" pelo grupo Arcos Dorados, uma vez que não se pode cogitar no Brasil do tratamento fiscal ou contábil atribuído ao preço pago pela ADBV desde sua jurisdição de origem. O ágio registrado pela AD Participações resultou da aplicação do método da equivalência patrimonial por essa sociedade em relação aos Investimentos que ela passou a deter na MCD (Recorrente) e na Arras em 29.12.2008. E, mesmo que assim não fosse, o que se considera apenas para argumentar, essa possível "transferência" não poderia ser considerada ilegítima, tendo em vista diversos precedentes desse E. CARF nesse sentido;

(xiii) a fundamentação econômica do ágio - a parcela do custo incorrido pela ADBV para adquirir as operações brasileiras junto ao grupo McDonald's estava devidamente suportada por laudo de avaliação preparado por duas empresas independentes e especializadas nesse tipo de análise, sendo que, até o advento da MP 627/13 e da sua conversão na Lei 12.973/14, a legislação

fiscal não impunha qualquer requisito quanto a metodologia, forma, critério ou prazo para sua elaboração. A D. Fiscalização e as DD. Autoridades administrativas tampouco poderiam lançar dúvidas sobre o conteúdo desses laudos de avaliação, conforme decidido diversas vezes por esse E. CARF;

(xiv) indevida alegação de que esse ágio seria interno - como visto, esse caso envolve uma legítima e verdadeira aquisição realizada entre partes absolutamente independentes e não-relacionadas, não havendo qualquer fundamento que justifique a alegação feita pela r. decisão recorrida de que o ágio ora discutido seria interno. Mas mesmo que assim não se entendesse, também ficou claro neste Recurso Voluntário que esse fato, no contexto da Lei 9.532/97, diferentemente do que atualmente ocorre em relação à Lei 12.973/14, não teria o condão de invalidar a dedutibilidade das contrapartidas de amortização de ágio. Quando muito, esse caso deve ser considerado como o legítimo exercício de uma opção fiscal;

(xv) o descabimento da multa isolada de 50% - a multa isolada de 50% não pode ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício ou a qualificada, tendo em vista não apenas a posição já sumulada pela E. CSRF a esse respeito (Súmula 105, de 8.12.2014) e a necessidade de aplicação do princípio penal da consunção, como também esclarecem diversos precedentes do E. STJ e desse mesmo E. CARF. As alegações da D. Fiscalização e da I. D RJ/SDR de que a Lei 11.488/07 teria supostamente alterado o artigo 44 da Lei 9.430/96 para autorizar a aplicação de duas penalidades distintas são manifestamente equivocadas, e já foram expressamente rechaçadas pela jurisprudência mais recente;

(xvi) o descabimento da multa qualificada de 150% - a severa e desproporcional multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização, equivocadamente mantida pela r. decisão recorrida, deve ser prontamente afastada, pois, nos termos da legislação aplicável e jurisprudência já consolidada na esfera administrativa, essa penalidade somente poderia ser imposta em casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Contudo, é claro que a Recorrente não agiu de modo algum mediante fraude ou abuso. Ademais, mesmo no mérito este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio;

(xvii) inclusive, chega a ser contraditória a aplicação da penalidade em percentual qualificado, já que (a) os fatos ora discutidos já chegaram a ser analisados pela E. Receita Federal do Brasil no Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.85.00-2012-00030-1, no qual se concluiu pela absoluta regularidade das operações ora discutidas, tendo sido encerrado sem a lavratura de qualquer auto de infração {doe, nº 6 da Impugnação}; (b) a mesma I. Auditora Fiscal, ao analisar este caso nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720099/2014-58 concluiu não ter ocorrido qualquer ato simulado, fraudulento ou em conluio; e (c) todos os atos foram realizados em ambiente absolutamente transparente e sujeitos ao exame e aprovação do CADE, não sendo cabível admitir que um

órgão técnico da Administração Pública Federal pudesse cancelar uma operação simulada; e

(xviii) no que diz respeito à multa de ofício aplicada em relação à glosa de royalties deduzidos da base de cálculo da CSL, nos termos do artigo 100, parágrafo único, do CTN, bem como do artigo 76, inciso II, alínea "a" da Lei 4.502/64, não caberia ao Fisco aplicar qualquer penalidade, na medida em que o procedimento adotado pela Recorrente, em última instância, se baseou em expressa disposição convalidada pela IN 1.700/17, tendo essa questão sido corroborada pela E. CSRF no Acórdão 9101-002.788, de 9.5.2017.

215. Assim, deve ser integralmente afastada a glosa indevidamente mantida pela E. D RJ/SDR, juntamente com as penalidades de ofício de 150% e isolada de 50% e juros também indevidos.

216. A Recorrente pede a esse E. CARF, portanto, para que, dando INTEGRAL PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário: (a) reforme a r, decisão recorrida {Acórdão 15-43.077, proferido em 9.8.2017 pela I. 2ª Turma da D RJ/SDR}, reconhecendo, com isso, a correção quanto à dedução das despesas de royalties no ano-calendário de 2011, bem como a validade e legitimidade do ágio amortizado e deduzido fiscalmente no mesmo período; (b) reconheça a integral improcedência do lançamento fiscal discutido nestes autos, com o consequente cancelamento de principal, multas e juros aplicados pela D. Fiscalização; e (c) determine o arquivamento dos autos deste processo administrativo.

217. E, subsidiariamente, na eventualidade de esse caso acabar sendo decidido por voto de qualidade, levando assim a uma situação de nítida dúvida objetiva, restaria ainda mais nítida a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN, pelo qual, ao menos, não se poderia exigir da Recorrente quaisquer valores a título de multa ou de juros, quaisquer que sejam.

218. Por oportuno, a Recorrente também protesta pela apresentação de Memoriais quando da inclusão deste caso em pauta de julgamentos e pela realização da sustentação oral por ocasião do seu julgamento por esse E. CARF.

Termos em que, pede deferimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges - Relator

O Recurso Voluntário, como já analisado no relatório, é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que o recebo e dele conheço.

Das operações em litígio

O presente processo versa, sucintamente, sobre as seguintes matérias autuadas:

- glosa de dedução excessiva de despesas com royalties;
- glosa de amortização de ágio;

Sobre a amortização de ágio foi aplicada a multa qualificada.

Em decorrência das glosas acima, também foi apurada estimativa mensal de IRPJ e CSLL não recolhida, sobre às quais foi aplicada a multa isolada.

Das alegações suscitadas na peça recursal - do mérito

- *quanto à glosa do excesso de dedutibilidade das despesas de royalties*

Alega a recorrente que sua atuação decorre de uma particularidade do seu modelo de exploração do negócio franquias máster e subfranquias no país. A recorrente atua como repassadora dos royalties entre as subfranqueadas e a McDonald's Corporation no exterior, e que os valores pagos seriam integralmente dedutíveis, sem ofensa aos limites definidos na Portaria 436/58.

Nas suas palavras:

(iv) dedutibilidade de royalties - inexistência de excesso aos limites da Portaria 436/58 - a estrutura adotada pelo grupo Arcos Dourados em relação aos restaurantes subfranqueados da rede McDonald's no Brasil não levou a qualquer prejuízo às autoridades fiscais, nem tampouco a deduções em excesso aos limites estipulados na Portaria 436/58. Pelo contrário, o procedimento adotado pela Recorrente levou à maior tributação desses valores, na medida que, ao receber royalties equivalentes a 5% das vendas dos subfranqueados, ofereceu a tributação a totalidade desses valores, tendo deduzido apenas o equivalente a 4%, em observância às disposições da Portaria 436/58;

(v) o cálculo mantido pela E. DPJ/SDR se mostrou equivocado, ao comparar o total dos valores pagos ao grupo McDonald's apenas com a receita de vendas da Recorrente, quando, na verdade, ter-se-ia mera situação de repasses em razão da inexistência de canais de remessas pelos subfranqueados, ou ainda, o total de vendas realizadas deveria levar em consideração o conjunto "vendas próprias + vendas realizadas por subfranqueados". O que não se pode fazer é comparar royalties de uma parte com receitas geradas por outra parte;

A decisão *a quo* enfrentou esta questão, na qual assim consigna:

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

Consta dos autos "Contrato de Franquia Principal Alterado e Consolidado" (fls. 191/234). Esse documento trata dos direitos adquiridos pela "Franqueada Principal Brasileira" (a Impugnante) e das suas respectivas obrigações frente ao cedente dos direitos.

Após faz uma análise das relações contratuais existentes entre a franqueada principal brasileira e a franqueadora, bem como com as subfranqueadas, concluindo que a recorrente não opera como simples coletora de royalties que seriam devidos pelos subfranqueados nacionais ao detentor nacional do nome comercial e da marca McDonald's, pois estabelece que o pagamento dos royalties devidos pela recorrente ao detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald's independe do recebimento, pelo primeiro, dos royalties a ele devidos pelos subfranqueados nacionais.

Como consigna na decisão *a quo*:

Por sua vez, os contratos pactuados entre o impugnante (franqueadora) e terceiros franqueados, trazidos aos autos pelo impugnante, contêm cláusulas que estabelecem o pagamento de royalties devidos pelos franqueados (os terceiros não ligados à Arco Dourado) diretamente à franqueadora (nesse caso, a Impugnante). Confira-se a redação dos itens 1.1, letra "AA" e 3.1, em especial as letras "C" e "F" do contrato firmado pelo impugnante com Cezar Cesa, em 27 de outubro de 2010, abaixo transcritos.

Primeiramente, a legislação abarcada (bem detalhada na decisão *a quo*) envolve basicamente a Portaria MF nº 436/1958, por sua vez, estabelece em 4% o limite máximo de dedutibilidade dos royalties para a indústria de produtos alimentares.

Em relação à infração em questão, verifica-se existir duas relações jurídicas distintas e autônomas. A relação jurídica que justifica o pagamento de royalties pela recorrente não se confunde com aquela outra que permite o recebimento de royalties dos subfranqueados.

Compulsando os elementos trazidos aos autos e as alegações da recorrente, que replicam basicamente a que já apresentara na sua peça impugnatória, verifica-se a

existência do *contrato de franquia principal alterado e consolidado* (fls. 191/234), que trata dos direitos adquiridos pela franqueada principal brasileira (a recorrente) e das suas respectivas obrigações frente ao cedente dos direitos.

Estabelece que a recorrente poderá conceder subfranquias:

CONSIDERANDO QUE, a McDonald's Corporation deseja que a McDonald's atue na qualidade de Franqueadora e a Franqueadora e a Franqueada Principal Brasileira desejam alterar algumas outras disposições do MFA Original; e

CONSIDERANDO QUE, a Franqueada Principal Brasileira deseja ser licenciada no Brasil para possuir e operar, e para conceder a Subfranqueadas (conforme definido abaixo) direitos de operar as Lanchonetes McDonald's e a McDonald's deseja conceder à Franqueada Principal Brasileira esses direitos nos termos e nas condições estipulados abaixo e com base nas declarações e acordos da Franqueada Principal Brasileira contidos neste instrumento.

Verifica-se trecho do referido contrato no que diz respeito aos direitos adquiridos:

"3. Concessão de Direitos

3.1 Direitos da Franqueada Principal Brasileira. Observados os termos e as condições do presente Contrato, inclusive todos os direitos reservados McDonald's segundo este instrumento, a McDonald's concede à Franqueada Principal Brasileira os seguintes direitos (conjuntamente, os "Direitos da Franqueada Principal Brasileira"):

3.1.1 O direito de possuir e operar, direta e indiretamente, Lanchonetes Franqueadas no Brasil;

3.1.2 O direito e a licença para conceder subfranquias relativas a Lanchonetes Franqueadas a Subfranqueados no Brasil, em conformidade com o processo de aprovação de subfranqueada e o Contrato de Subfranquia aplicável, ficando entendido e acordado que qualquer Subfranqueada poderá constituir e operar uma Lanchonete Franqueada por cada Contrato de Subfranquia;

3.1.3 O direito de adotar e usar e de conceder o direito e licença a Subfranqueadas para adotar e usar o Sistema nas Lanchonetes Franqueadas no Brasil; e

3.1.4 O direito de anunciar ao público que é uma franqueada da McDonald's.

3.3 Exclusividade. A McDonald's em nenhum momento durante o Prazo (a) operará, direta ou indiretamente, qualquer Lanchonete McDonald's no Brasil; (b) concederá a outra Pessoa qualquer direito para possuir e/ou operar qualquer Lanchonete McDonald's no Brasil; ou (c) concederá o direito ou licença para a concessão de subfranquias a qualquer outra Pessoa para operar qualquer Lanchonete McDonald's no Brasil.

Quanto à remuneração da cessão de direitos, crucial para compreensão do contexto envolvido inerente à autuação fiscal, o que consta no conjunto dos itens 5.2, 5.2.1, 14.2 e 14.2.1 do contrato:

5.2 Taxas de Franquia Contínua

5.2.1 Exceto conforme de outro modo previsto neste Contrato, a Franqueada Principal Brasileira pagará à McDonald's Taxas de Franquia Contínua totais ("Taxas de Franquia Contínua") com relação a cada mês civil (ou parcela proporcional do mesmo, inclusive no caso de qualquer Lanchonete Franqueada sujeita a um Fechamento Aprovado durante esse mês civil) durante o Prazo aplicável em um valor igual a 7% do equivalente em Dólares Norte-Americanos às Vendas Brutas de cada uma das Lanchonetes Franqueadas no Brasil no referido mês civil (ou a referida parcela proporcional do mesmo), menos conforme aplicável o Ajuste de Criação de Marca (o "Royalty Mínimo");

5.3.3 As Taxas de Franquia Contínua relativas a qualquer mês civil serão pagas pela Franqueada Principal Brasileira à McDonald's até o sétimo Dia Útil do mês civil imediatamente seguinte.

14.2 Pagamentos

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

Ou seja, a cláusula 14.2.1 do contrato que pauta a primeira relação jurídica fica bem claro que a recorrente não atua como mera coletora de royalties que seriam devidos pelos subfranqueados nacionais ao detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald's, pois estabelece que o pagamento dos royalties devidos pela recorrente ao detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald's independe do recebimento, pelo primeiro, dos royalties a ele devidos pelos subfranqueados nacionais.

De outro lado, os contratos pactuados entre o recorrente (franqueadora) e terceiros franqueados, trazidos aos autos pelo recorrente na sua peça impugnatória, contêm cláusulas que estabelecem o pagamento de royalties devidos pelos franqueados (os terceiros não ligados à Arco Dourado) diretamente à franqueadora (nesse caso, a recorrente).

Valendo-me do mesmo exemplo da decisão *a quo*, da redação dos itens 1.1, letra "AA" e 3.1, em especial as letras "C" e "F" do contrato firmado pelo recorrente com Cezar Cesa, em 27 de outubro de 2010, abaixo transcritos.

1.1 - Para os fins do presente instrumento, são desde já estabelecidas as seguintes definições utilizadas indistintamente no singular ou plural, conforme o caso:

(...)

(AA): "ROYALTY": remuneração periódica paga pelo FRANQUEADO a FRANQUEADORA pelo uso do SISTEMA McDONALD'S pelo apoio contínuo prestado pela FRANQUEADORA ao FRANQUEADO;

3.1. - Neste ato, como fiel e legítima demonstração de sua real intenção, e como condição essencial à validade, vigência e eficácia do presente acordo, as partes, de boa fé, prestam as declarações e assumem os compromissos abaixo relacionados, a saber:

(A) A McDONALD'S e suas AFILIADAS, desenvolvem uma modalidade de restaurantes (os RESTAURANTES McDONALD'S), a cuja operação se dedicam, obedecendo aos princípios que constituem o SISTEMA McDONALD'S. O SISTEMA McDONALD'S abrange direitos de propriedade com respeito a valiosos nomes comerciais, marcas de serviço e marcas registradas, incluindo-se, dentre outros, os nomes comerciais McDonald's e McDonald's Hamburgers, projetos e combinações de cores para prédios, letreiros e disposição de equipamentos (lay-out) para RESTAURANTES McDONALD'S, fórmulas e especificações para determinados alimentos, métodos de controle de inventário, de operação, escrituração e contabilidade, manuais acerca de práticas políticas comerciais, etc. Os RESTAURANTES McDONALD'S são operados largamente nos Estados Unidos da América e em muitos outros países;

(B) A McDONALD 'S e suas AFILIADAS detêm, direta e indiretamente, todos os devidos direitos para autorizar a adoção e o uso do SISTEMA McDONALD 'S. A base do SISTEMA McDONALD 'S é o estrito cumprimento dos PADRÕES por todas as suas franqueadas, incluindo a FRANQUEADORA e seus subfranqueados - inclusive, mas não se limitando, o FRANQUEADO -, e a observância do ora disposto fornece a base para o SISTEMA McDONALD 'S e seu intangível e significativo valor, assim como o estabelecimento e a manutenção, pelo FRANQUEADO, de uma relação estreita de trabalho com a FRANQUEADORA na operação do RESTAURANTE, constituem, juntos, a essência do presente contrato;

(C) A McDONALD'S autorizou sua AFILIADA McD LATIN AMERICA a celebrar o MFA com a FRANQUEADORA, regularmente celebrado e averbado perante o INPI, pelo qual McD LATIN AMERICA concedeu à FRANQUEADORA os direitos de franquia máster para operar, e conceder a subfranqueados o direito de operar RESTAURANTES McDONALD 'S no TERRITÓRIO;

(...)

(F) O FRANQUEADO compromete-se a remeter à FRANQUEADORA quaisquer documentos que esta solicitar de tempos em tempos, com o propósito de assegurar a FRANQUEADORA de que a residência e a participação societária do FRANQUEADO permaneçam da forma representada no presente instrumento. O FRANQUEADO

reconhece também que não está celebrando qualquer contrato e/ou outro acordo com a McDONALDS e/ou quaisquer de suas AFILIADAS; (grifo meu).

E em atenção ao cerne da questão, os royalties pagos, o contrato determina o seu pagamento em favor da franqueadora, ou seja, a recorrente:

"10.1. - O FRANQUEADO obriga-se a pagar a FRANQUEADORA, sob pena de caracterização de infração de natureza grave, conforme 23.1 abaixo, e impreterivelmente no 5º (quinto) dia útil do mês imediatamente subsequente ao vencido, ROYALTIES mensalmente devidos no montante de 5% (cinco por cento) calculado sobre as VENDAS BRUTAS.

10.2. - O pagamento dos ROYALTIES e quaisquer outros valores devidos à FRANQUEADORA serão realizados no local e na forma que vierem a indicados pela FRANQUEADORA."

Ou seja, é baseado apenas na relação entre a recorrente e suas franqueadas que se estabelece o pagamento de royalties.

Neste caso, fica definido que a relação internacional da recorrente (com o detentor internacional do nome comercial e da marca McDonald's - McDonald's Corporation e sua afilhada McDonald's Latin America - LCC) é totalmente distinta e autônoma da sua relação com os subfranqueados nacionais.

Por conseguinte, entendo os royalties recebidos pela recorrente como sua receita, e por consequência, correta a glosa do excesso de royalties efetuada pela autoridade fiscal autuadora, no que tange ao excesso dos 4% permitidos pela legislação já supramencionada, no que tange à receita líquida das vendas de produtos fabricados ou vendidos.

No que tange à repercussão de tal glosa de royalties para fins da CSLL, com o advento da IN RFB nº 1700/17, no seu Anexo I (tabela de adições ao lucro líquido), item 99, há a especificação seguinte:

- Item: 99

- Assunto: Royalties e Assistência Técnica, Científica e Administrativa

- Descrição do Ajuste: 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 nº 4.506, de 1964; (2) do art. 50 da Lei nº 8.383, de 1991; (3) do art. 74, caput, da Lei nº 3.470, de 1958; (4) do art. 12 da Lei nº 4.131, de 1962; e (5) do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.730, de 1979.

- Aplica-se ao IRPJ: Sim

- Aplica-se à CSLL: Não

- Dispositivo da IN: Arts. 85 a 88

Com a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre a determinação e o pagamento de imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas. Nesta instrução normativa consta, no seu anexo I, uma tabela de adições ao lucro líquido, e dispõe não ser aplicada à CSLL a adição do art. 58 do DL nº 1.598, de 1977.

Isto tudo posto, e para o caso concreto, em que há manifestação expressa e direta sobre a matéria, pelo órgão responsável pela administração dos tributos de competência da União, entendo que deva ser afastada esta parte da autuação fiscal.

Por conseguinte, em relação aos royalties autuados, dou PROVIMENTO PARCIAL, para afastar a autuação fiscal da glosa do excesso de royalties deduzidos relativa à CSLL, mantendo-a no IRPJ.

- quanto à glosa da amortização do ágio

Conforme relatado, o presente processo versa sobre operações glosadas de ágio inerentes ao ano-calendário de 2011.

Contudo, já partir do ano-calendário 2009 (e mais 2010), a recorrente passou a registrar as despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL, referentes, exatamente, às mesmas operações societárias do presente processo, redundando em outra autuação fiscal - processo administrativo nº 16561.720099/2014-58.

Esta processo, no que tange à discussão da matéria do ágio, já foi transitado em definitivo na esfera administrativa do Carf não tendo sido acolhido o recurso especial deste ponto. Esta matéria resolveu-se em definitivo no acórdão deste Carf de nº 1301.002.154, da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinárias, em 5 de outubro de 2016.

O presente Auto de Infração, no que tange à dedutibilidade do ágio e sua formação, trata de operações idênticas daquele Auto de Infração. Os únicos fatores que diferenciam este processo do outro, é o ano-calendário, neste sendo 2011, e naquele supracitado de 2009 a 2010.

Já a decisão *a quo* do presente processo menciona, em vários pontos que fora ao encontro da decisão deste Carf no outro processo (acórdão nº 1301.002.154), principalmente no que tange à matéria do ágio.

Neste sentido, destaca-se que atualmente a jurisprudência deste E. Carf está pacificada no sentido de condenar a amortização do ágio da forma como foi perpetrada pela autuada. A criação de um ágio por meio de operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, inclusive com partes conduzidas no exterior, que na realidade nem se configura como um ágio, não pode ser aceita para justificar sua amortização.

Isto posto, como os fatos e direitos são idênticos nos dois processos, utilizo como fundamento de decidir, o entendimento que prevaleceu no v. acórdão 1301-002.154, *ipsis litteris*:

As operações societárias nas quais se formou e transferiu o ágio que veio, afinal, a ser amortizado pela recorrente e glosado pelo Fisco tiveram início em 2007. O primeiro grupo de operações teve como escopo a venda, por empresas do grupo

McDonald's no exterior, de diversas subsidiárias na América Latina e Caribe, entre elas a Arras Comércio de Alimentos Ltda. (Arras) e a McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. (MCD). A própria recorrente afirma que essa aquisição correspondia a "mais de 30 sociedades em 18 jurisdições diferentes" (fl. 11723). O adquirente, grupo Arcos Dorados, centralizou as operações na empresa Arcos Dorados B.V. (ADBV), domiciliada na Holanda. Relevante observar que a MCD pertencia diretamente a duas das empresas do grupo, a McDonald's International Spanish Holdings (MISH, domiciliada na Espanha) e a MCD Properties Inc., sediada nos Estados Unidos. A Arras pertencia à LatAm juntamente com diversas outras subsidiárias em variado número de outros países. Por sua vez, a LatAm pertencia à McDonald's Latin América (MLA, sediada nos Estados Unidos).

A decisão de primeira instância firmou a convicção de que, já nessa etapa, não teria havido pagamento de ágio, antes teria sido apurado prejuízo pela alienante e, conseqüentemente, as indicações são de que teria havido deságio na operação.

A recorrente combate tal assertiva, afirmando que o total pago em dinheiro montaria a US\$ 698 milhões, suportado em laudo de avaliação de julho/2007, e que o valor das sociedades brasileiras (Arras e MCD) equivaleria a aproximadamente 42% do total pago.

O instrumento contratual se encontra, por tradução juramentada, às fls. 8662/8721. Trata-se da Emenda nº 1 de Contrato de Compra, de 31/07/2007, sendo o Contrato de Compra original datado de 28/03/2007.

No que toca ao preço, à fl. 8664, a seção 2.1 estipula que o preço base de compra (correspondente ao total das sociedades objeto da compra e venda) era de US\$ 690.500.000 (e não os US\$ 698 milhões afirmados pela recorrente). A mesma seção contratual especifica a parcela desse valor correspondente à MCD, a ser paga pela adquirente (ADBV) às alienantes (MISH e MCD Properties Inc.): US\$ 13.698 à primeira e US\$ 500 à segunda, totalizando US\$ 14.198. Também é estipulado o valor correspondente à aquisição da LatAm, a ser pago pela adquirente (ADBV) à alienante (MLA): US\$ 678.499.500.

Particularmente no que se refere à MCD, o valor da transação (comparado aos demais valores envolvidos) leva de imediato à conclusão de que não haveria qualquer ágio a ser apropriado pelo adquirente.

Acerca da Arras, o referido contrato não especifica qual seria o valor a ela correspondente, mas somente o valor a ser pago pela aquisição da LatAm, a qual, lembre-se, era dona não apenas da Arras mas de um grande número de subsidiárias em diversos países. Assim, apenas pelo contrato não é possível identificar o valor pago pela Arras. Os demonstrativos acostados aos autos não são claros quanto ao valor que corresponderia, na avaliação econômica, a uma e outra empresas. Registre-se, ainda, que o laudo da Forrester Capital (fls. 9834/9835) faz uma avaliação econômico-financeira do Grupo Arcos Dorados na América Latina (US\$ 776 milhões) afirmando que o Brasil corresponde a 42% ou US\$ 325 milhões. No entanto, essa discriminação é por país, não se encontrando segregação por sociedade dentro do país (Arras e MCD). Ademais, o valor global afinal contratado foi substancialmente menor do que essa avaliação (US\$ 690 milhões, contra US\$ 776 milhões), não sendo possível, a meu ver, fazer uma aplicação meramente proporcional, principalmente diante do valor irrisório (US\$ 14 mil), comparativamente, atribuído à MCD no contrato de compra afinal firmado.

Foi nesse contexto que a Turma Julgadora a quo firmou seu entendimento de que não teria havido ágio, mas sim deságio. Sua análise se fez não apenas da análise

dos documentos acima mencionados, mas de outros documentos constantes dos autos. Confira-se (grifos no original):

Quanto à existência de ágio na operação internacional, não constam elementos nos autos que comprovem esse fato. Pelo contrário, existem elementos que indicam tenha havido deságio na operação. As demonstrações financeiras (Form 10K) do McDonald's (McDonald's Corporation) atinentes ao ano-calendário 2007, obtidas junto à Sec, elemento juntado aos autos pelo impugnante (fls. 10.198 a 10.261), indicam a existência de deságio na operação (fl. 10.237). O documento antes referido aponta que o McDonald's registrou uma perda de aproximadamente US\$ 830.000.000,00 decorrente da diferença entre o valor do investimento registrado nos livros e o valor de alienação do referido investimento, no valor aproximado de US\$ 700.000.000,00. Essa perda, indica o documento, decorreu de dificuldades econômicas históricas e da volatilidade experimentada nos mercados latino-americano e caribenho. Decorrência dessa perda foi o registro, pelo McDonald's, de benefício fiscal no montante de US\$ 12.800.000,00. Não bastasse isso, as sociedades brasileiras objeto do negócio internacional passaram por redução do capital social em função do acúmulo de prejuízos (fls. 8.375 e 8.461). Essa redução de capital se deu quando a Arcos Dourados Participações Ltda. já era a controladora das sociedades brasileiras. Observe-se que o capital social do impugnante passou de R\$ 1.605.866.530,00 para R\$ 164.054.032,00, enquanto o capital social da Arras Comércio de Alimentos Ltda. passou de R\$ 124.095.866,00 para R\$ 82.717.804,00. Esse fato corrobora a fundamentação que McDonald's Corporation adotou ao apontar a perda com a alienação dos negócios explorados na América Latina e no Caribe. Assim, sem sentido querer alegar que tenha havido a transferência do ágio pago em operação internacional, tendo em vista que não houve ágio no negócio, mas deságio.

Diante de todo o exposto, penso não haver provas suficientes acerca do valor da aquisição em 2007, pelo grupo Arcos Dorados, das operações brasileiras do McDonald's. Especialmente por se tratar de operação totalmente conduzida no exterior, entre empresas sediadas em países diversos, haveria a necessidade de que os valores ficassem rigorosamente demonstrados e registrados, sem qualquer sombra de dúvida, para que se pudesse concluir que foi pago ágio na operação e, posteriormente, se pudesse cogitar da "transferência" desse ágio para o Brasil.

Na segunda parte do negócio, diversas operações societárias foram levadas a efeito, agora em território nacional. Em síntese: foi criada a pessoa jurídica Arcos Dourados Participações (ADP); o capital social da ADP foi aumentado e integralizado com as participações da MCD (agora denominada Arcos Dourados Comércio de Alimentos - ADC, a recorrente) e da Arras; nessa operação, a ADP passou a registrar ágio nessas participações; A ADC incorporou sua controladora ADP e também a Arras, passando a amortizar o ágio para fins fiscais.

Observe-se que, nessa segunda parte do negócio, todas as operações se deram dentro de um mesmo grupo econômico, o grupo Arcos Dorados. Todas as empresas estavam sob o controle comum da Arcos Dorados B.V., sediada na Holanda. A sustentação para a transferência do ágio, conforme levado a efeito, dependeria do preço pago e da formação inicial do ágio na etapa internacional, anteriormente analisada. E, pelas razões já declinadas, penso haver insuficiência de provas acerca desses dois relevantes pontos.

Com isso, perdem relevância os extensos argumentos desenvolvidos pela recorrente sobre o cumprimento de requisitos formais, propósito negocial das operações e sociedade-veículo.

Quanto aos requisitos formais, registre-se que a etapa internacional das operações era aquela em que figuravam partes independentes nos polos da compra e venda de participações societárias. Dada a obscuridade e a falta de registro e documentação individualizada para as participações negociadas de empresas brasileiras, o valor pago e o suposto ágio carecem de prova e de fundamentação. Em decorrência, resta a etapa doméstica, levada a efeito a partir de 2008, quando passam a estar envolvidas tão somente empresas do grupo Arcos Dorados e não há qualquer pagamento. Eventual ágio assim formado é caracterizado como "interno", sem a participação de uma parte independente a validar, em condições de livre mercado, as operações e valores. No entender deste relator, o laudo de fls. 11166 e segs. (M/Legate) é insuficiente, visto que sua validação decorreria da existência de partes independentes e com interesses antagônicos, uma disposta a alienar o ativo pelo valor avaliado, outra disposta a pagar o valor de avaliação para sua aquisição. Mas não houve pagamento nem outra espécie de desembolso, ocorreu tão somente integralização de capital subscrito entre empresas submetidas a um mesmo comando societário. O que de fato ocorreu, ao final, foi a reavaliação das empresas a valor de mercado e a tentativa de dedução do correspondente custo de reavaliação. Ágio interno, na acepção da expressão.

Sobre o tema, transcrevo, abaixo, excerto de meu voto no Acórdão nº 1301001.982, de 06/04/2016, que entendo aplicáveis ao caso sob exame:

Em tais circunstâncias, tenho que o cerne da questão não é a possibilidade, ou não de aproveitamento do ágio, autorizado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, mas sim a própria formação dessa mais-valia, desvinculada de qualquer fundamento econômico e originada de atos meramente aparentes, sem substância ou existência real, ainda que formalmente regulares.

Já me manifestei, em outras oportunidades, acerca da unicidade das legislações tributária e societária no que toca às definições pertinentes ao ágio. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 define o ágio (ou deságio) como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. A controvérsia surge quanto ao que seria o custo de aquisição aqui referido, em especial quando se cuida de operações societárias realizadas internamente a um grupo econômico.

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução 750/93¹ Essa redação foi alterada pela Resolução CFC nº 1282/2010, por conta do processo de convergência às normas

internacionais de contabilidade introduzidas pela Lei nº 11.941/2009., que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes

¹ Essa redação foi alterada pela Resolução CFC nº 1282/2010, por conta do processo de convergência às normas internacionais de contabilidade introduzidas pela Lei nº 11.941/2009.

patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º (grifos não constam do original):

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único - Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I - a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

[...]

Com base nesses princípios a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, ou seja, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum, in verbis:

"20.1.7 "ágio"gerado em operações internas

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

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial supera o valor patrimonial desse investimento. E mais preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim não há do ponto de vista econômico geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos

acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length". Portanto é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro. mensuração e evidenciação pela contabilidade." (Os grifos constam do original).

A legislação tributária se integra e busca conceitos, portanto, na ciência contábil, pelo que não se pode aceitar que haja conceitos e efeitos distintos de ágio e de custo de aquisição para a contabilidade e para fins tributários. O custo de aquisição deve ser aquele resultante de efetivo desembolso (sacrifício patrimonial), em operação de mercado, em negócio realizado entre partes independentes.

[...]

O "ágio" assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Trata-se, de fato, de uma reavaliação espontânea de participação societária, à qual não se pode atribuir o condão de reduzir o resultado tributável. Não se trata do ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Ou seja, na etapa internacional das operações, em que houve a aquisição das participações societárias de empresas brasileiras, não há condições para permitir a convicção 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 a mais valia assim formada, conhecida como "ágio interno", se revela sem qualquer fundamento econômico.

Portanto, após estas considerações, das quais acolho os mesmos fundamentos e razões de decidir do acórdão 1301-002.154, NEGÓCIO PROVIMENTO ao recurso voluntário em relação à dedutibilidade da amortização do ágio.

- da alegação da impossibilidade da cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa:

Alega a recorrente na sua peça recursal da impossibilidade da cobrança de multa isolada.

Contudo, a respeito de uma possível concomitância dos lançamentos de multas isoladas com a multa de ofício presente nos autos de infração, de minha parte sempre profilei com os que entendem estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, ou seja, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada.

Se, além disso, tiver ocorrido falta de recolhimento do imposto devido com base no lucro real anual, o lançamento abrangerá também o valor do imposto, acompanhado de multa de ofício e juros, pois a determinação legal de imposição de tal penalidade, quando aplicada isoladamente, prescinde da apuração de lucro ou prejuízo no final do período anual, inexistindo, portanto, a cumulação de penalidades para uma mesma conduta, como arguem os contribuintes.

Em síntese, não tendo as referidas multas a mesma hipótese de incidência, nada há a barrar a imposição concomitante da multa isolada com a multa de ofício devida pela apuração e recolhimento a menor do imposto e contribuição devidos na apuração anual.

Posição plenamente avalizada a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela MP nº MP 351, de 22/01/2007; convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção:

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

(...)

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

(...)

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

Registre-se, essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa; simplesmente tornou mais clara a intenção do legislador.

Por pertinentes, faço minha as palavras do ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES deste CARF que, de forma precisa, analisou o tema no Acórdão nº 103-23.370, Sessão de 24/01/2008:

“Nada obstante, 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 delitativa, 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, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, 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”.

Aduza-se ainda, mesmo abstraindo questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, que a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no

recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo, de modo que, sob esta ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou norma abstrata plenamente vigente no mundo jurídico a caso concreto que se estampou.

Saliente-se, por fim, ser inaplicável no caso a Súmula nº 105 do CARF, posto que ali se cuida de lançamentos referentes a períodos anteriores a 2007.

Pelos motivos elencados, entendo devam ser mantidas integralmente as multas isoladas impostas e NEGÓ PROVIMENTO ao recurso voluntário neste aspecto.

- quantos às alegações de descabimento da multa qualificada

Como já relatado, foi aplicada a multa qualificada de 150% no valor glosado da amortização de ágio promovido pela recorrente.

A recorrente se insurge contra tal aplicação da multa, no sentido de que:

- a severa e desproporcional multa de 150% aplicada pela D. Fiscalização, equivocadamente mantida pela r. decisão recorrida, deve ser prontamente afastada, pois, nos termos da legislação aplicável e jurisprudência já consolidada na esfera administrativa, essa penalidade somente poderia ser imposta em casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Contudo, é claro que a Recorrente não agiu de modo algum mediante fraude ou abuso. Ademais, mesmo no mérito este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio;

Aduz que não houve qualificação da multa no ágio glosado no processo nº 16.561.720099/2014-58, o que mostraria contradição da fiscalização.

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

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

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

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

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato

gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

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

Como relatado no termo de verificação fiscal:

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, e retardando assim a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendo que o fato de não ter sido aplicado a multa qualificada na autuação fiscal do processo administrativo 16561.720099/2014-58, como alega a recorrente, em nada vincula a presente autuação, pois são eventos independentes de análise dos casos, respeitando a dinâmica jurisprudencial que se constrói ao logo do tempo.

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

- no que tange à multa de ofício (75%) aplicada em relação à glosa de royalties

Alega a recorrente que tal penalidade foi desproporcional, ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, nesta linha de defesa, exclusivamente adotada nesta parte da peça recursal, compreendo que se afasta das possibilidades de manifestação deste colegiado. Em verdade, há vedação expressa no art. 26-A do Decreto 70.235/1972 que se adentre ao mérito de validade constitucional de normas legais no âmbito do processo administrativo fiscal:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade

Para tanto foi editada a Súmula CARF nº 2, a qual tão somente vem a espelhar o monopólio do Poder Jurisdicional sobre a temática:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Destarte, NÃO CONHEÇO desta matéria do recurso voluntário.

- quanto a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa

Contudo, tal questão há anos vem sendo discutida no âmbito do CARF, tendo conformada a posição que resultou na recentemente publicada 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.

Ou seja, independentemente da posição meritória aqui a se discutir, a qual individualmente indico posição já adotada anteriormente em outros votos em que vou de encontro ao pleito da recorrente, tal matéria, no momento em que passa a ser sumulada, é de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do *caput* art. 72 do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Ricarf)).

Por conseguinte, NEGA-SE PROVIMENTO quanto a este item do recurso voluntário.

Conclusão

Diante de todo exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO da recorrente, nos seguintes termos:

- DAR PROVIMENTO para afastar a incidência da CSLL sobre parte autuada da glosa do excesso de royalties;

- NÃO TOMAR CONHECIMENTO no que tange às discussões da razoabilidade e proporcionalidade de multa de 75%;

- NEGAR PROVIMENTO a todos os demais itens do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges