



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

Processo nº 18471.000414/2006-51
Recurso nº 157.426 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-00.119 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de novembro de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003
Recorrentes 6ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I e ATL- TELECOM LESTE S.A.
(SUCEDIDA PELA BCP S.A.)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2003

IRPJ e reflexos.

DETRAF. A declaração de tráfico é documento hábil a demonstrar as despesas das empresas de telecomunicações que remuneram suas congêneres pela utilização de suas redes de transmissão.

Sucessão. Multa de ofício. Deve ser restaurada a multa de ofício aplicada à sucessora, exonerada em 1ª Instância, quando demonstrado que há controle comum da sucedida e sucessora, que permite que a sucessora tenha conhecimento dos fatos que levaram ao lançamento.

Receitas excluídas. Exclusões de receitas que tinham sido reconhecidas, sob o argumento de que foram reconhecidas em outro momento. É necessário que o contribuinte demonstre em que momento reconheceu tal receita, indicando seu lançamento contábil.

IRRF. Demonstrado que o pagamento foi realizado, seu beneficiário e sua causa, não cabe o lançamento do IRRF.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício no que se refere ao IRRF e por maioria dar provimento ao recurso de ofício no que se refere à multa de ofício, vencidos os Conselheiros Paulo Jacinto do Nascimento e Irineu Bianchi e quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, dar provimento parcial, nos termos do voto do relator.

Marcos Rodrigues

MARCOS RODRIGUES DE MELLO – Presidente e Relator

EDITADO EM: 15 MAR 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jacinto do Nascimento, Albertina Silva Santos de Lima, Natanael Vieira dos Santos, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Os autos de infração de ajuste da base de cálculo do IRPJ (fls. 223/226 e 254/257) decorreram da acusação de redução indevida de receita (enquadramento legal: art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, e artigos 249, II, 251 e o seu parágrafo único, 278, 279, 280 e 288 do Regulamento do Imposto sobre a Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26.03.1999 - RIR/1999) e da glosa de custos e despesas não comprovados (enq. legal: artigos 249, I, 251 e o seu parágrafo único, 299 e 300 do RIR/1999). Os lançamentos do imposto de renda na fonte decorreram da acusação de ter havido pagamentos sem causa (enq. legal: art. 674 do RIR/1999). Os motivos das acusações e da glosa estão explicados no termo de verificação fiscal de fls. 247/253 (TVF).

No referido termo, o autuante relatou, em síntese:

- que, intimada a esclarecer a origem e o destino dos recursos levados a débito e a crédito, respectivamente, da conta contábil Bancos, a justificar o lançamento de determinados valores em contas de custo e despesa e a esclarecer a exclusão de outros da receita escriturada, a sucessora da interessada apresentou apenas a documentação relativa a alguns lançamentos; quanto à relativa aos demais, alegou verbalmente que, até então, não a havia encontrado;

- que, para alguns valores expressivos levados a crédito da conta Bancos, entre eles um de R\$ 3.000.000,00 e outro de R\$ 17.807.850,00, ela apresentou somente o extrato bancário no qual constam os seus saques;

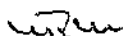
- que, intimada a apresentar documentação referente a sua movimentação bancária, exibiu-lhe um extrato da sua conta corrente mantida no BankBoston no qual consta uma retirada de R\$ 125.000,00 em 19.04.2002, sem comprovar o seu destino e a sua causa; e

- que, assim, verificada a infração às normas legais, a sucessora da interessada ficou sujeita *“ao lançamento do imposto de renda exclusivamente na fonte”*, com fundamento nos artigos 674, 675 e 725 do RIR/1999, sobre bases de cálculo reajustadas, conforme demonstrou.

- Depois de relacionar, no próprio TVF, os lançamentos que ficaram sem comprovação, o autuante acrescentou, em resumo:

- que, em relação à provisão Detraf de março e dezembro de 2002 cujos respectivos valores (R\$ 33.333.804,97 e R\$ 7.453.993,27) foram lançados a débito das contas de receita Interconexão e Custo (4112151101) e Rede Móvel (3113999101), foi-lhe apresentado um demonstrativo, desacompanhado da documentação comprobatória, no qual consta uma relação de empresas de telefonia supostamente beneficiárias de recursos a título de *“roaming”*; e

- que tal demonstrativo não comprova a efetividade desses custos nem que os respectivos valores foram transferidos às empresas de telefonia nele citadas.



- Os autos de infração que exigem PIS, Cofins e IRRF bem como os que ajustam a base de cálculo da CSLL foram lavrados em decorrência da ação fiscal que deu origem ao do IRPJ. A infração relativa ao PIS foi enquadrada nos artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 1970; no art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995; nos artigos 2º, I, "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002; a infração relativa à Cofins foi enquadrada nos artigos 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002; a infração relativa à CSLL, no art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, no art. 19 da Lei nº 9.249, de 1995, no art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996, no art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996 e no art. 6º da Medida Provisória nº 1.858, de 1999; e a infração relativa ao IRRF, no art. 674 do RIR/1999.

Cientificada dos autos de infração nos dias 2 e 4 de maio de 2006, a sucessora da interessada os impugnou no dia cinco do mês seguinte (fls. 289/305). Alegou preliminarmente que eles são nulos porque os esclarecimentos que prestou durante a auditoria sobre as suas operações foram impugnados pelo autuante sem que ele, para tanto, tenha apresentado elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão, em afronta ao § 1º do art. 845 do RIR/1999. Assim, ao deixar de apontar os motivos e as provas que embasaram as autuações, o autuante cerceou-lhe o direito de defesa assegurado constitucionalmente e eivou de nulidade os autos de infração.

- Contra o mérito, ela argumentou basicamente:

- que inexistem as supostas irregularidades apontadas no TVF, na medida em que todas as operações nele apontadas estão sustentadas por documentos hábeis e idôneos coincidentes em datas e valores;

- que, com respeito à acusação de que pagamentos foram efetuados sem que tenham sido comprovadas as suas causas, a alegação do autuante é a de que lhe foram apresentados unicamente os extratos bancários nos quais constam os saques da sua conta corrente;

- que, em verdade, exceto o pagamento de R\$ 17.807.850,00 à Ericsson Telecomunicações S/A por conta e ordem da Tess S/A, cuja operação será explicada adiante, as demais operações têm a mesma natureza e constituem apenas transferências de recursos entre as suas contas correntes bancárias, todas coincidentes em datas e valores, conforme comprovam os extratos de fls. 373/383;

- que também os R\$ 125.000,00 constantes no extrato emitido pelo BankBoston foram objeto de mera transferência para a sua conta corrente mantida no Unibanco, para cobrir os saques efetuados daquela conta, conforme comprova a cópia do Diário de fls. 385;

- que, no que tange à importância de R\$ 17.807.850,00 acima mencionada, a Tess era sua credora, em virtude de operações de mútuo realizadas entre elas, e devedora da Ericsson, em razão do contrato EBD/RNT98.571 para o fornecimento de estações rádio base (ERB), de centrais telefônicas e outros equipamentos utilizados em telefonia, conforme comprovam os documentos de fls. 387/450;

- que, assim sendo, a Tess pediu-lhe que entregasse à Ericsson a referida importância a título de pagamento da dívida existente entre elas;

- que os documentos de fls. 443/450 comprovam essas operações;

- que, com relação à glosa de custos, os valores de R\$ 7.453.993,27 e R\$ 7.152.175,01 dizem respeito a valores devidos a outras operadoras de telefonia pelo uso das

unibanco

suas redes e que são apurados mediante um documento denominado declaração de tráfego e prestação de serviços (DETRAF);

- que o sistema brasileiro de telefonia é formado por redes de comunicação conectadas umas às outras, de maneira a possibilitar a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações o transporte dos seus sinais para todos os pontos do território nacional e estrangeiro;

- que cada uma das redes é de propriedade de uma determinada operadora e, assim, é rotineiro que cada uma delas use a rede das outras, para alcançar pontos do território nacional e estrangeiro que a sua própria rede não alcança;

- que o preço desse tráfego de sinais é ajustado por meio de contratos onerosos de interconexão com as outras redes;

- que mensalmente e com base nos valores pactuados ou fixados pelo Poder Público são remuneradas as cessões das redes, consoante as informações prestadas por meio do DETRAF;

- que, assim, é notória a necessidade dos custos referentes à remuneração desses serviços;

- que vale salientar que o DETRAF é o documento de controle para fins de apuração do ICMS, de acordo com a cláusula nona do convênio ICMS nº 126/98, e que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) estabelece, em diversos dos seus atos, as informações que devem constar obrigatoriamente no DETRAF;

- que ambos os valores citados acima correspondem a pagamentos de serviços de interconexão, conforme DETRAF de fls. 452/492, sendo necessário observar que o segundo (R\$ 7.152.175,01) foi escriturado como provisão apenas em razão do regime de competência, a qual acabou por se revelar insuficiente, haja vista que o verdadeiro custo de interconexão do mês de dezembro apurado em DETRAF foi de R\$ 7.338.319,02;

- que, quanto às despesas de R\$ 502.467,30, R\$ 147.784,50, R\$ 197.046,00 e R\$ 141.000,00 glosadas por falta de comprovação, os seus comprovantes se encontram às fls. 494/497 e revelam que, pela sua natureza, são necessárias à realização da sua atividade;

- que, quanto às demais despesas, ainda não conseguiu encontrar os respectivos comprovantes, razão pela qual protestou pelo direito de juntá-los aos autos "*se e quando localizados*", em homenagem ao princípio da verdade material;

- que, quanto às reduções de receita: a) a de R\$ 33.333.804,97, escriturada em abril de 2002, decorreu do cancelamento da receita de DETRAF registrada no mês anterior, consoante as planilhas gerenciais do sistema SAP e as cópias do Diário (fls. 499/503), quando foi devidamente incluída no lucro real e nas bases de cálculo das contribuições sociais; b) a de R\$ 1.985.393,12, escriturada também em abril de 2002 e estornada naquele próprio mês, refere-se à comissão de vendas (DEALERS), conforme comprovam as planilhas gerenciais do sistema SAP e as cópias do Diário (fls. 505/508); e c) a de R\$ 773.897,86, igualmente escriturada em abril de 2002, representa o cancelamento de receitas diferidas contabilizadas no mês anterior, como estimativa de serviços que seriam faturados apenas no mês subsequente, de acordo com os comprovantes de fls 510/513;

un2m

- que, em verdade, as empresas de telefonia são obrigadas pela Anatel a oferecer aos seus clientes diversas datas de vencimento para pagamento dos serviços que lhes são prestados;

- que, em razão dessas diversas datas, são feitos os cortes dos ciclos de medição para viabilizar a emissão das faturas;

- que, assim, em relação aos serviços já prestados dentro de um determinado período, notadamente nos últimos dias de cada mês, porém ainda não faturados, seus valores são contabilizados de modo a obedecer ao regime de competência;

- que, adiante, procede ao cancelamento da receita contabilizada no período anterior tão logo esses serviços sejam lançados nas contas dos clientes, quando tais serviços são novamente registrados nas respectivas contas de receita; e

- que o lançamento de R\$ 773.897,86 em abril de 2002 a título de redução de receita constituiu exatamente a reversão da provisão efetuada, no mês anterior, dos serviços prestados que ainda não tinham sido faturados.

- A interessada também investiu contra a cobrança da multa aplicada. Alegou, em suma:

- que, de acordo com os atos societários acostados aos autos (fls. 307/322), incorporou a ATL Telecom Leste S/A em 30.11.2005;

- que, nos termos do artigo 132 do Código Tributário Nacional (CTN), ela, na condição de sucessora, somente é responsável pelos tributos devidos pela sucedida, e não pelas multas aplicadas posteriormente à incorporação; e

- que é nesse sentido a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A decisão DRJ foi ementada como abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2003

Ementa: LUCRO REAL. RECEITAS. REDUÇÃO. Somente se admite as reduções de receitas cujos motivos sejam justificados e comprovados.

LUCRO REAL. CUSTOS E DESPESAS NÃO COMPROVADOS. Somente os custos e as despesas operacionais comprovadamente pagas ou incorridas são dedutíveis na determinação do lucro real.

LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO. A multa de lançamento de ofício não se aplica à sucessora porque a sua responsabilidade, nos precisos termos do art. 133 do CTN, restringe-se aos tributos, e não se pode dar interpretação extensiva ao dispositivo para responsabilizá-la também pela penalidade, em face do disposto no art. 121, parágrafo único, do referido código.

Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Exercício: 2003

PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. Fazse mister a rejeição do imposto de renda na fonte lançado sob a acusação de ter havido pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado, quando há comprovação de que tais pagamentos não passaram de meras transferências de recursos entre contas correntes bancárias da própria contribuinte e quando o beneficiário do pagamento se encontra perfeitamente identificado nos autos.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 2003

Ementa: DECORRÊNCIA. Ressalvados os casos especiais, o lançamento da contribuição social cuja origem coincida com a do lançamento do imposto de renda colhe a sorte deste, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.

Outros Tributos ou Contribuições

Exercício: 2003

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). O lançamento de contribuição social cujo fato gerador seja idêntico ao descrito em auto de infração relativo ao imposto de renda suscitado de uma mesma ação fiscal colhe a sorte daquele, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.

No voto da DRJ, destaco:

“Seguindo a ordem da impugnação, a primeira acusação é a de que houve pagamentos sem a identificação e a comprovação das operações que lhes deram causa. A alegação da sucessora da interessada é a de que, exceto o pagamento de R\$ 17.807.850,00 à Ericsson Telecomunicações S/A por conta e ordem da Tess S/A, as demais operações não correspondem a pagamentos, mas tão-somente a transferência de recursos entre suas contas correntes mantidas em instituições bancárias distintas, conforme comprovam os extratos de fls. 373/383 e a cópia do Diário de fls. 385.

No TVF, a descrição do histórico dos lançamentos (fls. 249) permite inferir que eles decorreram de pagamentos efetuados aos bancos mencionados. Os extratos juntados à impugnação, por seu turno, confirmam a alegação da sucessora da interessada.

Num parágrafo do TVF (fls. 248), o autuante, depois de dizer que solicitou a documentação que respaldou os lançamentos contábeis relacionados em determinados termos de intimação, narrou textualmente que “A referida documentação deveria esclarecer, conforme o caso, a origem dos recursos lançados a débito de conta contábil relativa a bancos, ...”. Ora, os lançamentos a débito da conta Bancos representam ingresso de recursos no ativo das empresas; não podem eles, por conseguinte, representar pagamentos. A narrativa prossegue assim: “...justificar a retirada/destinação de recursos por

lançamento a crédito em conta contábil relativa a bancos, ...". Pelo que consta a seguir no TVF, os valores questionados são, segundo os históricos dos lançamentos, correspondentes a pagamentos feitos a instituições bancárias, exceto o de R\$ 17.807.850,00 cujo histórico indica corresponder a um pagamento feito à Ericsson. Assim, R\$.170.000,00 foram pagos ao banco Itaú, R\$ 3.000.000,00 ao Citibank e dois pagamentos de R\$ 300.000,00 e outros dois de R\$ 320.000,00 ao Bradesco. Ora, os saques desses valores são explicados - e comprovados pelos referidos extratos - pelas transferências de recursos de outras contas correntes da sucedida para a que ela mantinha no BankBoston. Se a intenção do autuante era a de conhecer a razão das transferências e o destino das importâncias transferidas, precisaria investigar os saques efetuados da conta corrente mantida naquele banco.

Apenas para enfatizar, os extratos de fls. 373/383 comprovam que, exceto os R\$ 17.807.850,00, todos os demais valores foram objeto de meras transferências interbancárias. E, consoante a folha do Diário de fls. 385, até mesmo a importância de R\$ 125.000,00 indicada no extrato de fls. 198 foi transferida de uma conta corrente mantida no BankBoston para outra, mantida no Unibanco.

No que tange à importância de R\$ 17.807.850,00, a sucessora da interessada disse que suas alegações estão comprovadas pelo contrato de fls. 387/441 e pelos documentos de fls. 443/450. O contrato, redigido em inglês e celebrado pelas empresas Tess S/A e Ericsson Telecomunicações S/A, foi apresentado para comprovar a obrigação de pagar contraída pela primeira. Os documentos de fls. 443/450 são: a) um demonstrativo do Citibank no qual ele comunica à sucedida a transferência de R\$ 17.807.850,00 da sua conta corrente para a da Ericsson, conforme suas instruções; b) um extrato da citada conta corrente daquela empresa que acusa a referida transferência; c) a folha do Diário na qual consta tal transação; e d) cópias de tela de computador que fornecem informações sobre o mútuo e o seu pagamento.

Nem o contrato nem os demais documentos constituem provas cabais das transações alegadas; constituem, porém, indícios vigorosos da sua realização. Como resisto a acreditar que uma empresa doe à outra sem quê nem para quê uma vultosa quantia de R\$ 17.807.850,00, para que eu endossasse a afirmação de que não houve causa para o pagamento, haveria o autuante de apresentar algum sinal de que as transações foram simplesmente forjadas. Todavia, vestígio algum nesse sentido veio aos autos. Nem mesmo um que indicasse que a beneficiária do pagamento tinha algum vínculo com a pagadora e, deste modo, sugerisse que esta acabaria, de alguma forma, por beneficiar-se do próprio pagamento. Em outras palavras, não há nada nos autos que indique que a operação escriturada foi apenas simulada.

Por outro lado, o demonstrativo do Citibank no qual ele comunica à sucedida a transferência de R\$ 17.807.850,00 da sua conta corrente para a da Ericsson derreia a acusação de que não foi identificado o beneficiário do pagamento.

Por estas razões, rejeito integralmente o lançamento do IRRF.

A DRJ recorreu de ofício da parte da decisão que exonerou o crédito tributário.

O contribuinte foi intimado da decisão em 11/10/2006 e apresentou recurso voluntário em 10/11/2006.

Em seu recurso afirma a insubsistência da autuação, tendo em vista os esclarecimentos prestados durante a auditoria; que com respeito à glosa de custos de R\$7.453.993,27 e R\$ 7.152.175,01, que dizem respeito a valores devidos pela recorrente a outras operadoras pelo uso de suas redes, e que são apurados mediante o Documento de Declaração de Tráfego – DETRAF concorda com o voto vencido do relator na DRJ e que voto vencedor desconsidera todos os documentos anexados aos argumentos de que os mesmos não podem ser considerados hábeis para fins da efetiva realização dos custos; discorre sobre o sistema brasileiro de telefonia, destacando a utilização de redes de comunicação através de contratos onerosos de interconexão com outras empresas deste segmento, sendo realizado um encontro de contas entre as operadoras, apurando-se o saldo devido por cada operadora umas às outras, o que é feito pelo DETRF; transcreve a cláusula noma do convenio ICMS 126/98, onde é adotado o DETRF, instituído pelo Ministério das Comunicações, como o documento de controle relacionado com o ICMS devido pelas operadoras;

Em sessão de 27 de maio de 2008 a 5ª. Câmara do 1º. Conselho de Contribuintes, pela resolução 105-1.389, converteu o julgamento em diligência, conforme abaixo:

O recurso de ofício refere-se a crédito tributário exonerado em valor superior à R\$ 1.000.000,00, devendo ser conhecido. O recurso voluntário é tempestivo e também deve ser conhecido.

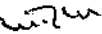
Início pelo recurso de ofício.

O acórdão DRJ exonerou a multa de ofício aplicada em função de evento sucessório:

"Já as alegações apresentadas contra a exigência da multa merecem outra sorte.

O art. 132 do Código Tributário Nacional restringe a responsabilidade da sucessora aos tributos devidos pela sucedida e não admite interpretação abrangente, de forma a estendê-la às multas.

Consagra esse entendimento o voto exemplarmente proferido no acórdão 101-81.716/91, do Primeiro Conselho de Contribuintes, sintetizado na seguinte ementa:

"A multa de lançamento de ofício não se aplica à incorporadora porque sua responsabilidade, nos precisos termos do art. 132 do CTN, cinge-se apenas ao tributo, não se podendo dar interpretação extensiva ao dispositivo para alcançar penalidade, face ao disposto no art. 121, parágrafo único, do mesmo Código." 

A exceção a essa regra fica por conta da hipótese de a multa, no momento da sucessão, já integrar o passivo da infratora ou, ainda, estar suspensa em virtude de discussão administrativa ou judicial.

Contudo, no presente caso, a aplicação da multa se deu posteriormente à sucessão.

Rejeito, portanto, a exigência da multa aplicada."

No entanto, a situação não me parece tão simples no caso concreto.

A ação fiscal foi iniciada em 06/04/2005 em relação à sucedida.

Há diversos pedidos de prorrogação de prazo antes do evento sucessório e inclusive, em 06/03/2006, em nome da sucedida há repostas à intimações feitas pelo fisco (fls. 186/187)

Em 03 de maio de 2006, foi apresentado termo de verificação fiscal, identificando todas as infrações, e recebido pela mesma advogada (Ana Claudia Vicente Ferreira) e lavrado o auto de infração, em nome da sucedida, recebido pela mesma advogada.

Em 04/05/2006, conforme extrato do sistema CNPJ, a sucedida estava ativa, não constando evento sucessório (fl. 279).

A ata da assembléia da BCP que aprovou o protocolo de incorporação é datada de 31/12/2005, mas não apresenta a data em que foi registrada, havendo apenas a autenticação em 03/04/2006. (fls.307/309).

Na consulta atual do CNPJ observo que a empresa está baixada por sucessão (incorporação), mas a data do registro do evento é de dezembro de 2007, com efeitos em dezembro de 2005.

Entendo necessário que se esclareça a defasagem entre a data da ata e da baixa da empresa e também se havia participação da sucessora ou de seus sócios ou empresas ligadas na sucedida nos seguintes momentos: data da ocorrência do fato gerador, período da ação fiscal e momento do lançamento.

Também se faz necessário que se traga ao processo cópia autêntica do contrato traduzido celebrado pelas empresas Tess S/A e Ericsson Telecomunicações S/A, apresentado para comprovar a obrigação de pagar contraída pela primeira. Também se faz necessário que se busque nas contratantes citadas os registros contábeis e documentação comprobatória de contratação, prestação do serviço ou entrega de mercadoria referidos no citado contrato e quitação dos mesmos.

Também se faz necessário que se traga ao processo documentação comprobatória da assunção da obrigação de quitar o citado contrato pela recorrente e do mútuo que existiria entre a Tess e a recorrente.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência para que a autoridade preparadora busque os documentos acima listados e esclareça os pontos

3

referentes à sucessão, incluindo os documentos que comprovem os fatos. Dê-se ciência à recorrente do resultado das diligências.

Em atendimento à resolução da 5ª. Câmara a Defis/SP intimou a recorrente a prestar informações (fls. 639).

A fls. 1007 a fiscalização informa:

"Examinado os autos se verificou que de fato há protocolo na JUCERJA, datado de 13.01.2006, da ATA DA ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA REALIZADA EM 31 DE DEZEMBRO DE 2005 com deferimento e registro em 13.09.1997, sob número 00001733375 face a decisão e sentença da 14ª. Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal.

Quanto ao mútuo TESS/ATL são juntadas cópias dos lançamentos contábeis das movimentações financeiras havidas nestas empresas, bem como, correspondência do banco interveniente e o demonstrativo do organograma do grupo empresarial de que ambas faziam parte à época dos fatos."

Regularmente intimado do relatório, a recorrente manifestou-se a fls. 1025 e seguintes.

- quanto ao auto de infração de IRRF teria demonstrado contabilmente tanto o beneficiário como a causa do pagamento;

- que estaria correta a decisão DRJ quanto ao afastamento da multa de ofício, tendo em vista que a recorrente não possui participação na sucedida nos momentos da ocorrência do fato gerador, da fiscalização e do lançamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e deve ser conhecido. O valor exonerado pela decisão de 1ª. instância é superior a R\$ 1.000.000,00 devendo ser conhecido também o recurso de ofício.

Em relação ao IRRF assim se manifestou a decisão recorrida:

No que tange à importância de R\$ 17.807.850,00, a sucessora da interessada disse que suas alegações estão comprovadas pelo contrato de fls. 387/441 e pelos documentos de fls. 443/450. O contrato, redigido em inglês e celebrado pelas empresas Tess S/A e Ericsson Telecomunicações S/A, foi apresentado para comprovar a obrigação de pagar contraída pela primeira. Os documentos de fls. 443/450 são: a) um demonstrativo do Citibank no qual ele comunica a sucedida a transferência de R\$

17.807.850,00 da sua conta corrente para a da Ericsson, conforme suas instruções; b) um extrato da citada conta corrente daquela empresa que acusa a referida transferência; c) a folha do Diário na qual consta tal transação; e d) cópias de tela de computador que fornecem informações sobre o mútuo e o seu pagamento.

Nem o contrato nem os demais documentos constituem provas cabais das transações alegadas; constituem, porém, indícios vigorosos da sua realização. Como resisto a acreditar que uma empresa doe à outra sem quê nem para quê uma vultosa quantia de R\$ 17.807.850,00, para que eu endossasse a afirmação de que não houve causa para o pagamento, haveria o autuante de apresentar algum sinal de que as transações foram simplesmente forjadas. Todavia, vestígio algum nesse sentido veio aos autos. Nem mesmo um que indicasse que a beneficiária do pagamento tinha algum vínculo com a pagadora e, deste modo, sugerisse que esta acabaria, de alguma forma, por beneficiar-se do próprio pagamento. Em outras palavras, não há nada nos autos que indique que a operação escriturada foi apenas simulada.

Por outro lado, o demonstrativo do Citibank no qual ele comunica à sucedida a transferência de R\$ 17.807.850,00 da sua conta corrente para a da Ericsson derreia a acusação de que não foi identificado o beneficiário do pagamento.

Por estas razões, rejeito integralmente o lançamento do IRRF.

O relatório da diligência e os documentos trazidos pela recorrente aos autos levam ao convencimento de que não há reparos a fazer à decisão recorrida neste ponto.

Além do contrato entre TESS e ERICSON, devidamente traduzido (fls. 679 a 722), foi trazidos aos autos confirmação de recebimento da Ericson (fls. 776), onde se afirma tratar-se de pagamento da ATL referente a contrato TESS X Ericson, acima descrito, também foram confirmados os lançamentos contábeis da operação.

Desta forma, entendendo confirmada a operação, o pagamento e sua causa, o que justifica o afastamento do lançamento do IRRF, conforme decidido pela DRJ.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício neste ponto.

Quanto ao afastamento da multa de ofício, não comungo da posição expressa pela DRJ.

No relatório que embasou a diligência, já identifiquei fatos que me levavam à manutenção da multa de ofício:

A ação fiscal foi iniciada em 06/04/2005 em relação à sucedida.

Há diversos pedidos de prorrogação de prazo antes do evento sucessório e inclusive, em 06/03/2006, em nome da sucedida há repostas à intimações feitas pelo fisco (fls. 186/187)

Em 03 de maio de 2006, foi apresentado termo de verificação fiscal, identificando todas as infrações, e recebido pela mesma

323

advogada (Ana Claudia Vicente Ferreira) e lavrado o auto de infração, em nome da sucedida, recebido pela mesma advogada.

Em 04/05/2006, conforme extrato do sistema CNPJ, a sucedida estava ativa, não constando evento sucessório (fl. 279).

A ata da assembléia da BCP que aprovou o protocolo de incorporação é datada de 31/12/2005, mas não apresenta a data em que foi registrada, havendo apenas a autenticação em 03/04/2006. (fls.307/309).

Na consulta atual do CNPJ observo que a empresa está baixada por sucessão (incorporação), mas a data do registro do evento é de dezembro de 2007, com efeitos em dezembro de 2005.

Vieram aos autos com a diligência novos documentos que, a meu ver, demonstram que a sucessora tinha pleno conhecimento da fiscalização em curso e das infrações que vinham sendo apuradas. Por exemplo, a fls.649, consta PROTOCOLO DE INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE BCP X ATL, que vem assinado a fls. 653 pelo Sr. Juan Rogelio Viesca Arrache como diretor da BCP (sucessora) e da ATL (autuada e sucedida).

Na justificação, de fls. 649, consta literalmente:

“A incorporada e a incorporadora, fazem parte de grupo de sociedades que explora serviços de telefonia móvel no Brasil, sujeitas a controle comum. As administrações das sociedades têm analisado alternativas para a melhor condução de suas atividades e políticas gerenciais, levando-se em conta a intenção de se racionalizar custos e incrementar seus negócios no País, através da consolidação de suas atividades. Neste contexto, ficou evidenciado que a manutenção de diversas estruturas administrativas dentro do mesmo grupo de empresas levaria a um acréscimo em seus custos operacionais, ao mesmo tempo em que implicaria na perda de sinergias relevantes na condução dos assuntos de seu interesse.”

E não é só isso: o próprio reconhecimento de um mútuo informal, através de conta-corrente em valor de aproximadamente R\$ 20.000.000,00 evidencia o grau de confiança e relacionamento entre as empresas sucedida e sucessora.

O entendimento que deve ser dado ao art. 132 do CTN é o de evitar a surpresa do sucessor ao se deparar com um lançamento tributário que desconhecia e que não tinha possibilidade de conhecer.

Absolutamente não é o caso dos autos. A sucessora tinha pleno conhecimento dos fatos que envolviam a sucedida e tinha sim participação na administração da sucedida no momento da fiscalização, tanto que tinha diretor comum, advogados comuns e não apresenta nenhum indício que seja que tenha sido surpreendida pelos fatos que levaram ao lançamento e a própria ocorrência da fiscalização e dos fatos que investigava.

Entender de forma diferente levaria à situação absurda de permitir que um contribuinte, tendo praticado infração à legislação tributária, durante o processo de fiscalização que se postergou por provocação da fiscalizada ao solicitar diversas prorrogações, pudesse arbitrar com seu controlador que uma empresa do mesmo grupo empresarial a incorporasse e, assim, ficasse livre da penalidade aplicada pela infração.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso de ofício, restaurando a multa de ofício aplicada, proporcional ao tributo que for mantido neste julgamento..

Passo a análise do recurso voluntário.

Em relação ao item glosa de despesas a recorrente não se manifestou sobre os valores de R\$ 364.146,65, R\$ 600.000,00, R\$ 127.423,55 e R\$ 393.477,48, apenas protestando por entrega posterior de documentos, se forem encontrados. Não há nos autos demonstração de que tais documentos tenham sido juntados.

Diante do exposto, diante da falta de manifestação direta às infrações e da falta de documentos que provem a regularidade das despesas, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário neste item.

O item omissão de receitas – estorno de vendas não comprovadas, foi justificado o lançamento pela autoridade fiscal:

“Em relação à provisão Detraf mar/02 e dez/02, nos valores de R\$ 33.333.804,97 e R\$ 7.453.993,27, lançados a débito da conta de receita, 4112151101 – Interconexão, e custo, 3113999101 – Rede móvel, em 01/04/2002 e 31/12/2002, respectivamente, em que apenas foi apresentada à fiscalização demonstrativo, desacompanhado de documentação que lhe dê suporte, constando uma relação de empresas de telefonia supostamente beneficiárias de recursos a título de roaming. Este demonstrativo não comprova a efetividade desses custos operacionais, nem que tais receitas/recursos foram efetivamente transferidos as empresas de telefonia ali elencados. A documentação não foi apresentada, apesar da comprovação de tais transferências terem sido solicitadas em Termo de 27/09/2005.”

A DRJ manifestou-se sobre a matéria:

Relativamente à glosa das reduções de receita, as alegações apresentadas, apesar de estarem acompanhadas apenas de cópias de controles mantidos em sistemas de informática e cópias de folhas do Diário que não se prestam para comprovar tais reduções, explicam o mecanismo contábil empregado no registro das receitas que, caso fosse um pouco mais bem explicado, poderia me convencer de que as receitas não foram, de fato, auferidas.

Desse modo, opto por manter a glosa e, assim, obrigar a interessada a explicar - e quiçá até provar - de um modo mais convincente à segunda instância administrativa ou ao Judiciário que as reduções de receitas correspondem a fatos que ocorrem nos seus negócios ou que ocorreram nos da sucedida, sob pena de ver definitivamente reduzidos o seu prejuízo fiscal acumulado e a base de cálculo negativa da CSLL, e constituídos os créditos tributários relativos às contribuições sociais.

A fls. 302 da impugnação a recorrente já trazia justificativas sobre as reduções de receita acima citadas.

Reproduzo literalmente:



“Com respeito ao valor de R\$ 33.333.804,97, lançado a débito na conta de receita (4112151101), em abril de 2002, em verdade, decorre de cancelamento da receita de DETRAF a receber de outras operadoras lançada a crédito naquela mesma conta (4112151101) no mês anterior, em março de 2002, consoante comprovam as planilhas gerenciais do sistema SAP e as cópias do Diário da impugnante (DOC número 14) e quando foi devidamente incluído no Lucro real e na base de cálculo da CSLL, do PIS e da COFINS.

Quanto ao lançamento de valor de R\$ 1.958.393,12 se refere a comissão de vendas (Dealers) e foi estornado dentro do próprio mês de abril de 2002, sem qualquer impacto fiscal, consoante comprovam as planilhas gerenciais do sistema SAP e as cópias do Diário da impugnante (doc. 15).

Por fim, o lançamento de valor de R\$ 773.897,86 em abril de 2004, representa o cancelamento de receitas diferidas contabilizadas pela impugnante no mês anterior (doc. 16), como estimativa de serviços que serão faturados apenas no mês subsequente.

...

Portanto, por constituir mero cancelamento de receita, falece ao auto de infração fundamento jurídico no particular, para exigência do ajuste da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como a cobrança de crédito tributário para o PIS e COFINS.”

“Em relação à provisão Detraf mar/02 e dez/02, nos valores de R\$ 33.333.804,97 e R\$ 7.453.993,27 lançados a débito da conta de receita, 4112151101 – Interconexão, e custo, 3113999101 – Rede móvel, em 01/04/2002 e 31/12/2002, respectivamente, em que apenas foi apresentada à fiscalização demonstrativo, desacompanhado de documentação que lhe dê suporte, constando uma relação de empresas de telefonia supostamente beneficiárias de recursos a título de roaming. Este demonstrativo não comprova a efetividade desses custos operacionais, nem que tais receitas/recursos foram efetivamente transferidos as empresas de telefonia ali elencados. A documentação não foi apresentada, apesar da comprovação de tais transferências terem sido solicitadas em Termo de 27/09/2005.”

Analisando os documentos apresentados com a impugnação, em especial páginas do diário de fls. 502/503, verifico que a recorrente lança o valor de R\$ 33.333.804,97 a crédito da conta de receita 4112151101 e em abril, lança o mesmo valor a débito da mesma conta, anulando a receita. No entanto, observo a fls. 130, que a contribuinte justifica tal procedimento afirmando que refere-se a reversão da provisão de receita feita em março/2002, pelos recebimentos em abril/2002 também terem sido lançados à receita. O que se observa no diário, entretanto, não é isso. Há um lançamento em março reconhecendo a receita e em abril, no mesmo valor, estornando tal receita, sem que se demonstre que a receita foi reconhecida em outro lançamento.

Diferente do que afirma a recorrente, entendo o que explana no plano teórico. Ela pode fazer uma “provisão” no mês, atendendo o regime de competência, sem ainda ter o

valor definitivo de sua receita do mês. No mês seguinte, se houver receita menor, poderia estornar parte da receita que foi reconhecida e submetida à tributação ou tributar a diferença se reconheceu receita menor que a real. O que não pode é anular totalmente a receita, exceto se houvesse situação de nada ter auferido de receita. Não é o caso dos autos, conforme reconhece a própria recorrente nos autos (fls.130).

Caso tivesse ocorrido o afirmado, bastaria a recorrente identificar quais são os lançamentos que reconhecem a receita.

O mesmo problema constato em relação ao valor de R\$ 7.453.993,27, onde, embora a recorrente descreva como teria agido, não demonstra que tenha reconhecido em outro momento a receita que foi totalmente excluída e nem qual seria a razão para a exclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso neste item.

Quanto ao item glosa de custos, vejo de forma diferente do voto vencedor da DRJ, acompanhando o voto vencido abaixo transcrito:

Com relação aos custos glosados por falta de comprovação (R\$ 7.453.993,27 e R\$ 7.152.175,01), a sucessora da interessada alegou que eles são apurados mediante DETRAF e se referem à interconexão das redes de telefonia, sendo, portanto, necessários a sua atividade.

No Brasil, a operadora que fatura a receita é responsável pela remuneração das redes envolvidas no encaminhamento da chamada telefônica. Assim, mensalmente cada uma das operadoras deve pagar às outras pelo uso de suas redes bem como receber delas o pagamento pelo uso de sua própria rede. O acerto de contas entre as operadoras, no qual há o pagamento e o recebimento pelo uso das redes, é feito por meio do Detraf, que é trocado entre as operadoras até o dia dez de cada mês e contém, em minutos, o tempo de curso dos sinais telefônicos trafegados pelas redes no mês anterior.

De acordo com a Norma nº 26, de 1996, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e pelo acordo nº 126, de 1998, do Confaz, o Detraf é considerado o documento legal que serve de base para a determinação do valor do serviço prestado a ser incluído na nota fiscal. O acordo de Detraf é mais um dos anexos ao contrato de interconexão que é quase padrão e nele se detalha as informações que devem constar do Detraf assim como a operacionalização do acerto de contas entre as operadoras.

Pelo exposto, reputo comprovados pelos Detraf acostados à impugnação os custos de interconexão glosados e, por conseguinte, rejeito o procedimento fiscal.

A extinta 5ª. Câmara do 1º. Conselho de Contribuintes já havia se manifestado sobre a possibilidade de se comprovar custos através do DETRAF em voto do Conselheiro Irineu Bianchi, cuja ementa transcrevo:

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS - A dedutibilidade dos dispêndios realizados a título de custos e despesas operacionais requer a prova documental hábil e idônea da efetividade das operações, da necessidade às atividades da

empresa e à manutenção da fonte produtora. Assim, tendo em vista que o Detraf é documento hábil a comprovar o repasse de valores da empresa autuada à TELEMAR, nos termos do art. 923, do RIR/99, há de ser afastada a glosa efetuada no valor de R\$ 463.803,64

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário neste item.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso de ofício, restaurando a multa de ofício proporcional ao tributo mantido neste voto e dar provimento parcial ao recurso voluntário, afastando a glosa de custos de R\$ 14.606.168,28, restaurando parcialmente o prejuízo apurado e mantendo os lançamentos de PIS e COFINS.



MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Relator