



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

Processo nº 15586.720624/2014-94
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3201-001.383 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 25 de julho de 2018
Assunto IRPJ/PIS/COFINS
Recorrente YMPACTUS COMERCIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em declinar competência para Primeira Seção de Julgamentos.

Charles Mayer de Castro Souza – Presidente

Laércio Cruz Uliana Junior – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laercio Cruz Uliana Junior e Charles Mayer de Castro Souza (Presidente).

RELATÓRIO

Adoto o Relatório da DRJ, uma vez, que foi relatado de modo exaustivo a realidade dos autos, vejamos:

O processo trata de impugnação de auto de infração de IRPJ, com reflexos nas contribuições CSLL, Cofins e Pis, lavrado sobre a empresa YMPACTUS COMERCIAL S/A, CNPJ 11.669.325/0001-88, referente ao ano-calendário de 2013.

De acordo com o cadastro CNPJ, em consulta realizada na presente data, a empresa YMPACTUS COMERCIAL, nome fantasia TELEXFREE INC, exerce, como atividade econômica principal, a CNAE 6319-4-00: Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet.

Seu quadro societário é composto por CARLOS ROBERTO COSTA (CPF 997.944.207-78), CARLOS NATANIEL WANZELER (CPF 003.287.887-75) e JAMES MATTHEW MERRILL (CPF 703.167.791-21).

Trata-se de empresa que entregou DIPJ nos AC 2012 e 2013 com os seguintes dados de Receita Bruta: AC (ano calendário) -Forma de Tributação -Receita Bruta Informada 3º trimestre de 2012 -Lucro Presumido -4.600.000,00 4º trimestre de 2012 -18.500.000,00 2013 - Lucro Real -30.850.000,00 Inconformado com a r. decisão, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, sustentando em síntese: que impetrou o Mando de Segurança para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei 9718/98 e da majoração das alíquotas do PIS/COFINS, ainda, que seu pleito foi parcialmente procedente, tendo já o trânsito em julgado; que na demanda judicial não foi reconhecida a inconstitucionalidade/ilegalidade da majoração da alíquota, no entanto, que no Processo Administrativo Fiscal, poderia ser superado tal rejeição da decisão judicial com trânsito em julgado, diante do Reconhecimento da Inconstitucionalidade em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Segue-se um resumo da ação fiscal realizada referente ao AC 2012.

A ação fiscal foi iniciada em decorrência dos indícios de irregularidades na opção do contribuinte pelo Simples, regime de tributação privilegiado, por suspeita de execução de atividades não permitidas naquele regime. Como resultado inicial houve a exclusão do contribuinte do SIMPLES Nacional pelo ADE nº 06/2014, tendo se tornado necessária a apuração dos tributos sob a sistemática do lucro presumido.

Quando ocorreu a fiscalização a empresa era investigada com relação à eventual atuação como gestora de uma pirâmide financeira. Em decorrência desta situação as atividades da empresa foram suspensas, bem como foram bloqueadas as quantias depositadas em instituições financeiras por ação cautelar da Justiça Estadual no Acre.

A intermediação de negócios realizada pela Ympactus Comercial contempla a formação de uma "rede de divulgadores" que fariam a publicidade e venda de pacotes VOIP. Segundo informações da empresa é utilizada a organização do marketing multinível, que se trata de um modelo em cadeias verticais onde os níveis superiores recebem remuneração pelos ganhos dos níveis inferiores.

A Ympactus Comercial informa fazer a intermediação de negócios exclusivamente da Telexfree Inc, e que utiliza comercialmente a marca Telexfree, por meio do sítio na internet cujo domínio é www.telexfree.com. O nome de fantasia da empresa registrado no Brasil é Telexfree Inc.

A contribuinte não apresentou receitas significativas nos anos de 2010 e 2011. A empresa, na data de 31/08/2012, efetuou sua exclusão do SIMPLES NACIONAL e fez a opção pelo lucro presumido.

A empresa tem vínculos com duas outras empresas: Telexfree INC e Telexfree LLC que atuam com nomes similares e são empresas americanas com base em Massachussets e Nevada respectivamente.

A Telexfree Inc tem como diretores os Srs James Merrill e Carlos Wanzeler (Presidente).

A empresa Telexfree LLC tem como integrantes os senhores Carlos Wanzeler, James Merrill e Carlos Costa.

Em 14/02/2014 o contribuinte foi excluído do SIMPLES através do ADE nº 06/2014 devido à atividade vedada (intermediação de negócios) e receitas acima do limite para o regime.

A empresa realizou, em 2012, segundo informações prestadas pelo contribuinte, apenas as atividades de intermediação (CNAE 7490104).

A fiscalizada informou que intermedeia a venda de portas VOIP ("voice over internet protocol" ou voz sobre protocolo de internet) "fornecidas pela Telexfree Inc, empresa sediada nos Estados Unidos. Para tanto usaria um sistema de vendas/divulgação batizado de marketing multinível, no qual colaboradores se agregariam à empresa através de contratos de adesão, através dos quais são obrigados a pagar uma taxa de adesão e a comprar pacotes com portas VOIP, e em contrapartida seriam remunerados pelos serviços de divulgação prestados, bem como pela agregação de novos colaboradores num nível abaixo na sua cadeia, e assim, receberiam uma remuneração originária destes até o 5º nível". O contrato de adesão de serviços de publicidade que regularia a relação entre os agregados e a Ympactus (com nome Telexfree) assim define as atividades desenvolvidas pela Ympactus:

"2.1 DAS ATIVIDADES-FIM DA CONTRATADA A TELEXFREE, nome de fantasia da CONTRATADA, desenvolve atividades de divulgação, intermediação e agenciamento de negócios, desenvolvendo uma rede de divulgadores, oferecendo-lhes treinamento, material de apoio, controle, acompanhamento e suporte e, ainda, remunerando-os sob a estrutura lógica do marketing multinível binário."

Em depoimento prestado, o Sr. Carlos Costa, presidente da Telexfree, detalhou o modelo de negócio que, no Brasil, seria exercido através da Ympactus. Existiriam duas figuras distintas: partner (parceiro) e divulgador. As explicações prestadas em depoimento encontram-se abaixo transcritas:

"Partner (parceiro) - A forma de adesão se dá pelo pagamento de US\$50 tornando-se parceiro da Telexfree (pela intermediação da Ympactus) tendo um subdomínio e passa a ter o direito da venda de VOIP da própria Telexfree, recebendo bonificação de 10% para cada plano vendido a terceiros e o ganho é continuado a cada mensalidade relativa ao plano vendido. A mensalidade é um crédito para uso da linha VOIP no mesmo valor da compra US\$49,90 vendidos a terceiros (clientes).

O funcionamento do VOIP 99Telexfree é semelhante ao funcionamento do Skype.

Divulgador - Para ser divulgador a pessoa obrigatoriamente deve ter sido um parceiro (partner). Deve adquirir contas VOIP no atacado para revenda (Adcentral US\$289 = 10 contas, e Adfamily US\$1375= 50 contas). O preço de venda de cada linha é de US\$49,90 e deste 90% é repassado ao divulgador, enquanto que 10% fica com a empresa.

O valor de US\$49,90 pré-pago, dá o direito de uso por 30 dias corridos. Sobre a mensalidade o divulgador continua a receber 10% do valor de US\$49,90.

O divulgador, por sua vez, pode atrair novos divulgadores e desta forma obter uma outra remuneração: se o novo divulgador adquirir VOIPS para revenda no atacado o divulgador que o trouxe para rede recebe US\$20 (Adcentral) ou US\$ 100 (Adfamily)."

O contrato de adesão dos divulgadores apresenta ainda outras formas de remuneração, e vincula sempre o divulgador à obrigação de postar anúncios diários em sítios pré-definidos na internet.

O Termo de Verificação fiscal referente ao AC 2012 segue com outras considerações sobre a receita percebida pela Ympactus nessa operações e também apresentando várias provas de que, na verdade, as empresas aqui envolvidas (as Telexfree e a Ympactus) não seriam empresas separadas, ou seja, à Ympactus pertenceria a receita resultante das operações aqui descritas. No decorrer do voto, estes fatos, quando necessário, serão melhor detalhados.

Em resumo, a ação fiscal apresenta comprovações de que os valores recebidos como adesão dos divulgadores é receita da Ympactus (empresa contratada), e não da Telexfree (empresa contratante). E busca ainda caracterizar que na verdade "inexiste a separação pretendida pelo contribuinte entre Ympactus e Telexfree no Brasil". Como prova de que os valores recebidos como adesão dos divulgadores é receita da Ympactus o auditor transcreve, à fl. 11, parte do contrato celebrado entre as duas empresas (Ympactus e Telexfree) concluindo que "Não há nada neste item IV do contrato que se refira à repasse a Telexfree dos valores recebidos como adesão dos divulgadores, portanto trata-se de receita da Ympactus". A ação fiscal do AC 2012 é concluída da seguinte forma, (fl.21) :

4. INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS Desta forma, todas as evidências fáticas obtidas no curso da fiscalização mostram que inexiste a separação pretendida pelo contribuinte entre Ympactus e Telexfree no Brasil. Não se pode confirmar o negócio de vendas de VOIP como o sustentáculo da atividade econômica aqui realizada. Pelo contrário, os indícios apontam que vendas VOIP é apenas o pretexto para a formação da rentável rede de divulgadores pela Ympactus, embora a Ympactus afirme que o negócio é venda VOIP o que se conclui da fiscalização é que o negócio é a rede de divulgadores, os recebimentos destes e sua remuneração. Tais entidades se confundem, atuando a Ympactus, sob o nome fantasia Telexfree INC como se Telexfree INC fosse. Na verdade o que se vê é que Ympactus e Telexfree têm mesma origem e uma "existe" em função da outra. Estas possuem mesmos sócios, seus recursos no Brasil encontram-se nas mesmas contas bancárias. Há utilização de recursos contábeis de uma pela outra. Inexistem, faticamente, os instrumentos caracterizadores da relação

comercial: pagamentos, remessas, notas fiscais, etc. No exterior a Ympactus inexistente, sendo a rede de divulgadores gerida pela Telexfree Inc, mostrando-se desnecessária à atividade a existência de eventual intermediário. A alegação da existência de ambas empresas pelo contribuinte somente lhe seria conveniente para evitar a tributação sobre as receitas resultantes das atividades aqui realizadas. (grifei)

(...)A ação fiscal resultou em um auto de infração, cujo crédito tributário total alcançou R\$ 89.776.156,45 referente ao IRPJ e seus reflexos na CSLL, PIS e COFINS.

Passa-se ao relato da Ação Fiscal referente ao AC 2013, objeto deste processo.

*O Termo de Verificação Fiscal, fls. 469 /485, trata de procedimento fiscal referente ao **IRPJ, CSLL, PIS e COFINS**, AC 2013, iniciado em 08/04/2014, conforme determinado no Mandado de Procedimento Fiscal nº 0720100.2014-00430-5.*

Inicialmente o auditor informa que a empresa foi fiscalizada para o AC 2012, sob o MPF 2013.00819-6, resultando em lançamentos de IRPJ e reflexos, bem como contribuições previdenciárias.

Tal lançamento não foi impugnado pelo contribuinte e os valores lançados foram parcialmente quitados por compensação com créditos decorrentes de pagamentos de IRRF realizados em 2013. Assim, houve a necessidade de realização de fiscalização para o AC 2013 para confirmar a existência dos créditos.

*O auditor informa que “neste procedimento fiscal houve o lançamento de IRRF para o ano de 2013, análise das compensações e lançamento de multa qualificada por compensação indevida, anteriormente realizados”. No relatório sob análise neste processo, encontram-se registradas as informações relacionadas ao **IRPJ, CSLL, PIS e COFINS**.*

A princípio a autoridade fiscal informa que a empresa está com bens e direitos bloqueados, bem como com as atividades suspensas, por decisão judicial sob a acusação de patrocinar uma pirâmide financeira.

O contribuinte transmitiu DIPJ 2014, AC 2013, em 30/06/2014 no regime do lucro real com apuração anual.

Nesta, à ficha 06 A - Demonstração do Resultado, apurou prejuízo de R\$ 64.281.773,14. Tendo sido as principais contas abaixo listadas:

<i>Receita da prestação de serviços</i>	<i>30.850.000,00</i>	<i>Receitas financeiras</i>	
.....	<i>8.975.981,13</i>	<i>Despesas financeiras</i>	
.....	<i>4.978.909,25</i>	<i>Despesas operacionais</i>	
.....	<i>96.275.219,72</i>		

Informa o auditor que o demonstrativo de apuração das contribuições para o PIS e COFINS (DACON) foi apresentado no regime cumulativo e não foi retificado pelo contribuinte.

O termo segue com os seguintes esclarecimentos :

As DCTFs apresentadas até o início do procedimento fiscal foram juntadas ao processo. Nestas encontram-se débitos declarados no regime do lucro presumido e contribuições apuradas no regime cumulativo. As DCTFs apresentadas após ciência do início da fiscalização foram desconsideradas, dada a perda de espontaneidade do contribuinte. (grifei)

Existem pagamentos para IRPJ e CSLL no regime de apuração do lucro presumido e PIS e COFINS do regime cumulativo. Estes foram alocados aos débitos das DCTFs originais. Os tributos aqui fiscalizados para o ano de 2013 são no lucro real e contribuições no regime não cumulativo, porém, foram considerados para abater no valor do débito lançado.

Durante o procedimento fiscal, foram realizadas 13 intimações ao contribuinte com a solicitação de informações e documentos (algumas destas intimações visavam a atender as fiscalizações dos demais tributos já realizadas).

O auditor segue elencando uma série de irregularidades encontradas pela fiscalização referente ao AC 2012, cujo Termo de Verificação Fiscal foi anexado ao presente processo (fls. 2/28), dentre elas que o contribuinte apresentou movimentação de recursos, entradas e saídas em suas contas bancárias, muito mais expressivas que suas receitas e despesas declaradas e que havia uma completa indistinção de entidades (Ympactus/Telexfree) nos registros contábeis e nas transações informadas.

O relatório segue nos seguintes termos:

No trabalho realizado para 2012, constatou-se uma série de irregularidades e fragilidades nas argumentações do contribuinte que mostraram que havia uma completa indistinção de entidades nos registros contábeis e nas transações informadas. As análises criteriosas realizadas pela fiscalização mostraram que inexistia a comprovação desta separação de valores e que todas as receitas que trafegavam nas contas bancárias da Ympactus Comercial no Brasil eram de propriedade desta.

Abaixo, se encontram registrados os principais tópicos do relatório elaborado para 2012 (sugere-se a leitura do documento original, cuja cópia encontra-se juntada ao processo):

Contrato: Receitas da Ympactus x Receitas da Telexfree - A cláusula 5.2 do contrato entre Ympactus e Telexfree previa que apenas os valores referentes à venda VOIP deveriam ser repassados à Telexfree e define também que sobre os valores decorrentes da adesão dos divulgadores nada servirá de base para a remuneração da contratante (§2º da cláusula VI). O contribuinte entretanto alegava que toda a receita seria da Telexfree;

Utilização pela Ympactus de valores que diziam ser da Telexfree - Os investimentos imobiliários realizados pela Ympactus tiveram por base recursos que seriam da Telexfree. A utilização destes recursos contrariou as argumentações apresentadas pelo contribuinte que informavam que os valores eram da Telexfree. Para sanar a questão o

contribuinte apresentou um contrato de mútuo entre a Telexfree e Ympactus completamente sem valor;

A necessidade de recursos para fazer os pagamentos aos divulgadores. O pagamento aos divulgadores, remuneração pelo trabalho sem vínculo empregatício e demais encargos foi feito pela Ympactus, conforme comprovado pela DIRF e contabilidade apresentada e, portanto, esta deveria ter recursos para cobrir estas despesas;

Não houve transferência de recursos da Ympactus para Telexfree - O contrato apresentado previa a remessa mensal de recursos para a telexfree, no entanto, não houve qualquer remessa de valores à Telexfree, permanecendo todos os recursos em contas bancárias da Ympactus;

Ausência de notas fiscais de serviço. Inexistiam notas fiscais de prestação de serviços da Ympactus para a Telexfree.;

Forma de cálculo da comissão da Ympactus. O contribuinte negou-se a apresentar a forma de cálculo da remuneração à Ympactus (comissão) pela Telexfree, sob a alegação que era de interesse interno da companhia;

*Falta de separação na gestão dos recursos. Inexistia qualquer separação entre os recursos das entidades nas contas "bancos". Tendo sido verificado nos registros contábeis e nos extratos bancários apresentados pelo contribuinte que a empresa atuava da mesma forma em 2013, exercendo a mesma atividade identificada em 2012, fez-se desnecessário, realizar novamente todas as análises e diligências já realizadas no sentido de comprovar que as receitas recebidas e administradas pela Ympactus seriam de sua titularidade. No entanto, **o contribuinte foi intimado, através do termo de intimação fiscal nº 5, item 11, em 07/08/2014 a apresentar novos argumentos / fatos novos em sua defesa, tendo em vista que não impugnara o lançamento anterior.***

*Em resposta ao item 11 do TIF nº 5, o contribuinte não acrescentou fatos novos, limitando-se a fazer considerações sobre Direito, ao afirmar que não haveria competência administrativa para a descaracterização da personalidade jurídica pela Receita Federal e que o fato de não ter apresentado recurso contra a multa não implica aceitação de razões outras. Teríamos, portanto, a mesma situação fática caracterizada pela fiscalização para o ano de 2012. **Sobre este ponto é necessário esclarecer que o procedimento fiscal mostrou que inexistia qualquer comprovação do ponto de vista tributário que exista uma transação comercial entre Ympactus Comercial e Telexfree em território nacional. Nesta linha, não cabem prosperar argumentos que coloquem a Telexfree como sujeito passivo (contribuinte) em relação às obrigações tributárias decorrentes das receitas auferidas e administradas pela Ympactus, em face da total ausência de comprovação destes argumentos. As informações colhidas pela fiscalização não permitiram identificar duas entidades com responsabilidades tributárias distintas nesta relação.***

O auditor segue apresentando novas evidências colhidas nas diligências realizadas no curso da presente ação.

a) *Ativo Intangível – marca Telexfree.*

A primeira verificação diz respeito à inclusão da marca Telexfree como marcas e patentes no ativo intangível da empresa Ympactus, no valor de R\$ 659.629.591,00. Tal informação foi verificada na DIPJ/Ex 2014 e na ECD (escrituração contábil digital) - conta 1.2.04.03.001.0001, em 31/07/2013.

O auditor afirma que inexistente na contabilidade da fiscalizada em 2012 e 2013 qualquer lançamento contábil referente à aquisição da marca TELEXFREE, a qual desta forma concluiu que a marca não foi adquirida.

O contribuinte foi intimado a apresentar laudo de reavaliação, informado na contabilidade, referente ao registro da marca Telexfree.

O Laudo de Avaliação Econômica apresentado pela empresa, anexado ao processo às fls. 265/355, foi analisado pelo auditor que conclui da seguinte forma (fl.476):

O laudo mostra a evidente manipulação de informações pela fiscalizada: Para a fiscalização tributária a alegação é que TELEXFREE e Ympactus são empresas distintas e que as receitas oriundas dos divulgadores pertencem à TELEXFREE;

Para a avaliação da marca e "explosão" do ativo as receitas são da Ympactus e não da TELEXFREE.

*O laudo pode ser assim resumido: objetiva avaliar o valor de mercado do ativo intangível marca TELEXFREE da Ympactus S/A, empresa do ramo de telecomunicações que opera a prestação de serviço de telefonia VOIP, e para tanto utiliza-se de informações prestadas por executivos e funcionários da Ympactus, dentre elas o demonstrativo de resultado de 2013, que mostra lucro da Ympactus de R\$ 1.259.118.336. **Comprova-se que as atividades que o contribuinte diz serem da Telexfree no Brasil são realmente da Ympactus.***

b) *Encargos sociais (inclusive FGTS)*

O auditor constata que na contabilidade digital transmitida via ECD, na conta 5.1.02.01.002.0007 INSS EMPRESA, consta o valor de R\$ 78.634.414,85, encontram-se os lançamentos das contribuições ao INSS Patronal, ou seja, sobre os pagamentos aos trabalhadores sem vínculo empregatício. Os mesmos valores também foram informados em DIRF.

Conclusão do auditor:

Nota-se, no entanto, que na apuração contábil do resultado do exercício o contribuinte considera as despesas relativas à previdência social (encargos sociais) como próprias (da Ympactus), sem considerar da mesma forma as respectivas receitas. Ora, se as receitas recebidas dos divulgadores não são da Ympactus e se tampouco o são as despesas, como registrar como despesa própria o pagamento da previdência oficial sobre estes rendimentos pagos aos divulgadores? Por outro lado: como poderia ser despesa da Ympactus o pagamento da previdência social sobre a remuneração dos divulgadores se a

receita total declarada é de apenas R\$ 30.850.000,00 referente à prestação de serviços, ou seja insuficiente para pagamento da previdência oficial. Novamente verifica-se a manipulação contábil pelo contribuinte, separando, ou não, segundo sua conveniência as receitas e despesas entre Ympactus e Telexfree.

*c) **Empréstimos aos sócios sem lastro nas receitas** O contribuinte foi intimado a esclarecer de onde obteve recursos para conceder empréstimos aos sócios (os contratos de mútuo constam às fls. 72/80). Como resposta, a Ympactus informou que “os valores emprestados aos sócios originam-se de adiantamentos de clientes referente a serviços futuros” (fl.381) e ainda, posteriormente que “os valores tem origem na antecipação do cliente Telexfree Inc”. Conclui o auditor:*

*Ocorre que os lançamentos tem como contrapartida a conta "Banco do Brasil", e inexistente qualquer lançamento na contabilidade de 2013 que trate de adiantamento de cliente. Na verdade inexistente qualquer fluxo financeiro da Telexfree Inc para a Ympactus, ou seja, não há nenhuma evidência de que a Ympactus, a luz da contabilidade e dentro da argumentação apresentada tivesse como realizar os empréstimos aos sócios. **Conclui-se, assim como anteriormente verificado em 2012, que os recursos das contas correntes pertencem à Ympactus, que os utiliza da forma que quiser, inclusive transferindo-os aos sócios.***

Também é necessário registrar que o contrato social da empresa determina que operações desta natureza precisariam ser assinadas por todos os sócios. O que não é fato nos documentos apresentados.

*d) **Notas fiscais de prestação de serviços** Neste item o auditor apresenta o seguinte comentário:*

*No ano de 2012 verificou-se a inexistência de notas fiscais referentes aos serviços que teriam sido prestados pela Ympactus à Telexfree, conforme alegações do contribuinte, serviços estes, definidos no contrato entre partes decorrente da formação da cadeia de divulgadores. **Em 2013 o contribuinte apresenta algumas notas fiscais, porém, conforme posteriormente descrito neste relatório referem-se a serviços com ênfase em dados de internet, portanto, sem qualquer vinculação com o contrato de prestação de serviços e uso da marca.** Neste mesmo sentido é importante ressaltar que neste contrato a remuneração da Ympactus ocorreria mediante o recebimento de uma comissão pela prestação do serviço de formação da rede de divulgadores. Não há nenhuma nota fiscal nesta atividade.*

O contribuinte fora intimado a esclarecer os cálculos de apuração desta comissão, tendo à época respondido tratar-se de critérios internos entre as partes, impedindo, portanto, a auditoria pelo fisco. Nota-se, que para 2013 os valores das notas fiscais de serviço não guardam proporcionalidade com as receitas dos divulgadores, o que permite concluir que as bases destes serviços não se vinculam às receitas decorrentes dos divulgadores.

O Termo de Verificação Fiscal segue com o levantamento das receitas e despesas não levadas ao resultado, levando em consideração os dados da escrituração digital do contribuinte transmitida via SPED em 07/08/2014.

Verificou-se que o contribuinte não leva para o resultado as receitas decorrentes da atividade de formação da rede de divulgadores (contabilizadas na conta TELEXFREE INC - 2.1.02.02.001.0002). Conforme tabela, à fl.479, de janeiro a junho/2013, perfazem um total de R\$ 2.338.904.506,88.

Conforme informação do relatório, o contribuinte levou ao resultado apenas o serviço discriminado como “Prestação de serviços com ênfase em dados de internet”, totalizando, dos meses de janeiro a junho/2013, um valor total de R\$ 30.850.000,00 Ainda conforme o relatório fiscal, foi detectada “uma distorção entre a contabilidade e as notas fiscais, visto que, pelo regime de competência, obrigatório na apuração pelo lucro real, as receitas foram auferidas nos meses de janeiro a maio, enquanto que o contribuinte contabilizou de fevereiro a junho. Esta distorção apresenta conseqüências na apuração das contribuições ao PIS e COFINS.”

“As despesas, por sua vez, foram parcialmente levadas ao resultado. Não foram consideradas pelo contribuinte as despesas com divulgadores, as quais foram nesta apuração consideradas, abatendo-se no resultado do período.”

O Termo de Verificação Fiscal passa então a enumerar as infrações tributárias encontradas no decorrer da ação fiscal, nos seguintes termos:

3 – INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS Verifica-se que o contribuinte não leva ao resultado e não oferece à tributação receitas decorrentes de sua atividade, caracterizando omissão de receitas. O faz de forma reiterada e intencional, visto que a mesma infração foi encontrada na fiscalização realizada para o ano de 2012. Esta omissão de receitas provoca conseqüências tributárias para o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

3.1 IRPJ e CSLL sobre lucro real apurado Os dados contábeis utilizados são aqueles da tabela no anexo I, obtidos da Escrituração Digital apresentada pelo contribuinte. O valor da base tributável para o IRPJ e CSLL e contempla a inclusão das receitas e despesas decorrentes dos divulgadores, conforme demanda a apuração pelo lucro real.

3.1.1 Multa sobre estimativas não recolhidas para o IRPJ e CSLL Ainda quanto ao IRPJ e CSLL verificou-se que o contribuinte não efetuou a apuração da estimativa mensal e tampouco fez os devidos recolhimentos (os pagamentos efetuados para IRPJ e CSLL apurados mensalmente na metodologia do lucro presumido foram considerados). A lei nº 9430/96 no art. 44, inc. II, prevê a multa de 50% exigida sobre o valor do pagamento mensal. Desta forma, foi elaborado o demonstrativo do Anexo II, que apura o valor da multa sobre a estimativa não recolhida para o IRPJ e CSLL.

3.2 PIS e COFINS não cumulativos sobre receitas ao levadas ao resultado.

O contribuinte não apresentou DACON (demonstrativo de apuração das contribuições) com a apuração das contribuições no regime da não cumulativa. Desta forma o PIS e a COFINS foram apurados no regime

da não cumulatividade, através da apuração da base de cálculo mensal das contribuições, descontados os créditos decorrentes das despesas sobre as quais é permitida a apuração de créditos. Esta apuração foi realizada com base na escrituração do contribuinte. A tabela do anexo III apresenta a base tributável para o PIS e COFINS.

Importante ressaltar que as receitas de prestação de serviço registradas na contabilidade, conforme tabela acima, com dados das notas fiscais, são decorrentes de atividade diversa da receita omitida, sendo mantidas na apuração dos tributos.

A multa lançada foi a qualificada de 150% conforme previsto a Lei nº 9430/96, art. 44, inc I e § 1º, por entender o auditor que o contribuinte incidiu nas ocorrências de que tratam os art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, ou seja, sonegação, fraude e conluio, assim concluindo:

Para o ano de 2012 a fiscalização não identificou, com a clareza necessária, o dolo do contribuinte. No entanto, a conduta reiterada do contribuinte ao omitir as receitas decorrentes dos divulgadores com objetivo de reduzir tributos, mesmo após ter sido confrontado com as conclusões da Receita Federal do Brasil, que serviram de base para o lançamento no ano de 2012, bem como pelos fatos novos que mostraram que o contribuinte manipula as informações conforme sua conveniência, permitiram caracterizar a conduta dolosa do contribuinte. No caso em análise, **resta claro que os procedimentos adotados pelo contribuinte tiveram por objetivo reduzir ou não pagar tributos de forma fraudulenta.**

Em virtude das irregularidades e da conduta acima, sobre os valores lançados aplicou-se a multa de 150% prevista no art. 44, inc. I, § 1º da Lei 9430/96.

O Termo de Verificação Fiscal é concluído conforme abaixo (fl.481):

Diante dos fatos acima expostos lavrei os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre as receitas omitidas que resultaram nos seguintes valores: (...) (...)Tendo em vista a ocorrência de sonegação e fraude, é verificada a hipótese do art. 135 do CTN onde os sócios diretores agiram com infração a lei, gerando obrigações tributárias. Desta são estes pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários. Assim, o lançamento realizado em nome da fiscalizada, Ympactus Comercial S/A é acompanhado do termo de sujeição passiva solidária aos sócios diretores abaixo listados, cabendo a todos a possibilidade de manifestação quanto ao lançamento:

Carlos Roberto Costa, CPF 997.944.207-78 ;

Carlos Nataniel Wanzeler, CPF 003.287.887-75;

James Merrill, CPF 703.167.791-21.

O valor apurado foi dividido em 3 processo da seguinte forma: Tributo
-Processo -Valor (R\$ 1,00)

*IRPJ -15586.720626/2014-83 -650.272.158,92 CSLL -234.110.771,17
COFINS -15586.720623/2014-40 -471.254.189,05 PIS (*) -
15586.720624/2014-94 -102.313.250,70 Total -1.457.950.369,84 Em
03/12/2014 a empresa apresentou impugnação ao lançamento,
fls.516/554, conforme abaixo se relata.*

Em sua defesa o contribuinte informa que :

Em nenhum momento se negou a apresentar seus registros contábeis à fazenda, conforme alega o auditor fiscal no Termo de Verificação Fiscal. O que ocorreu foi que requereu dilatação de prazos para a apresentação de documentação.

Encontra-se com suas atividades empresariais paralisadas e, por esse motivo, não possui equipe que suporte o atendimento das solicitações com agilidade.

Abaixo, continua-se a relatar a defesa do contribuinte conforme os tópicos por ele abordados:

Um necessário conserto dos fatos(fl.518)

Jamais houve por parte da empresa qualquer negativa em apresentar documentos solicitados.

Discorda da afirmação do fisco de que as retenções de pagamentos informados no curso da fiscalização mostravam incompatibilidade com os valores dos extratos bancários. Informa que “a contribuinte apurou na fase final de conciliação dos lançamentos contábeis que diversos pagamentos foram efetuados via Banco do Brasil que não foram processados por inconsistência no número do CPF do correntista em confronto com o cadastro interno. Esta disparidade gerou um lançamento a apurar (beneficiário) que não provocou uma distorção também na planilha que foi anteriormente encaminhada para a fiscalização. Para o ajuste destes lançamentos requeremos ao Banco do Brasil que informe o número do CPF dos beneficiários destes pagamentos (devidamente juntados aos autos em questão) para que, em seguida, os lançamentos contábeis sejam corrigidos.”

Afirma que o contrato firmado entre a contribuinte e a Telexfree é ato legal e que não existe qualquer irregularidade no documento inclusive que permitia que a impugnante registrasse a marca Telexfree no Brasil.

Transcreve as notas explicativas às suas demonstrações contábeis afirmando que, no período compreendido na autuação, o ativo circulante da empresa era de R\$ 1.867.354.575, 49 e o seu Passivo Circulante de R\$ 1.867.354.575,49, considerando que “é absolutamente desproporcional e absurdo o entendimento do FISCO de que todo o ativo deve ser tratado como receita da Contribuinte mas sim como de terceiros (TELEXFREE e ou Divulgadores”). E ainda que sua receita efetiva a ser considerada como tributável é de R\$ 30.850.000,00.

Discorda da aplicação da multa qualificada de 150%, conforme previsto na Lei 9.430/96, art.44 e que jamais ocorreu a figura da sonegação tipificada nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4502/64. Continua

afirmando que “Não houve qualquer ação ou omissão por parte da Contribuinte no intuito de maliciosa e intencionalmente lograr o Fisco”. Sobre as DCTFs da empresa, afirma que o preenchimento da declaração “e sua retificação pela Contribuinte espelha não somente a verdade dos fatos, bem sua realidade tributária”. E ainda que “Não se pode olvidar que é direito do Contribuinte a retificação, sendo que o simples fato de efetua-la não pode ser considerado como ato de má-fé ou fraudulento, caso a retificação reduza o Imposto de Renda a ser pago”. O contribuinte segue sua defesa nos seguintes termos:

Da inexistência de confissão - (fl. 524)

Alega o FISCO que a própria Contribuinte Ympactus reconheceu que seus Divulgadores são segurados contribuintes autônomos e nesta qualidade quitou a importância relativa a este crédito tributário, tendo quitado parte dos autos de infração que compõem o Processo Administrativo Fiscal nº 15586-720090/2014 0.04 (sic).

Ora, o fato do Contribuinte ter pago tributo não lhe retira o direito de eventualmente discutir, posteriormente requerendo judicialmente sua repetição.

O contribuinte segue a defesa apresentando decisão do STJ no sentido de que não se pode afirmar que é inviável questionar dívidas tributárias objeto de confissão ou de parcelamento.

As argumentações da defesa vão no sentido de que eventual pagamento anterior do tributo não pode retirar do Contribuinte o direito de discutir posteriormente sua validade.

Da boa-fé da Contribuinte e da impossibilidade de imposição de multa - (fl.529)

O contribuinte afirma que agiu com cristalina boa-fé, e, que assim sendo, não cabe o pagamento de multa e outros encargos.

A título de argumentação utiliza-se de notícias publicadas em jornais de circulação veiculando notícias de que “O STJ isenta contribuinte de boa-fé de pagar multa”; transcrevendo ainda o acórdão do STJ sobre o tema.

O interessado cita ainda ementa de acórdão de processo julgado no CARF que considera descabida a aplicação de multa qualificada de 150% sobre débitos da CSLL lançados de ofício, não confessados em DCTF no caso de declaração de compensação indevida, com a utilização de créditos referentes a título público quando não demonstrada a prática de evidente intuito de fraude.

Do caráter confiscatório da multa de 150% (cento e cinquenta por cento) excesso de poder e da impossibilidade de aplicação de multa em valor superior a 20% (vinte por cento do supostamente devido - Ofensa ao Princípio da Razoabilidade (fl. 532)

O contribuinte considera abusiva a cobrança da multa qualificada de 150%, fundamentando-se no que afirma que garantias constitucionais restringem as ações dos poderes estatais, entende ainda que não pode

o fisco cobrar multa acima de 20% e utilizar-se de taxa selic de juros superior a 12% ao ano.

*Segue transcrevendo entendimentos de renomados tributaristas, frisando que “A doutrina e a jurisprudência já firmaram posicionamento no sentido de que as multas não podem assumir caráter confiscatório, sendo imperiosa a sua redução, em respeito ao art. 150, IV, da Constituição Federal, **que veda a utilização de tributo com efeito de confisco**”. O contribuinte transcreve ainda julgados do STF, etc.*

*Cita ainda a Súmula nº 4 do CARF, a qual transcreve da seguinte forma: “são devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral”. Conclui o contribuinte que “a multa e os juros de mora apenas são devidos em caso de inadimplemento, o que, à evidência, não é o caso da **Contribuinte**”. Afirma ainda o interessado que “a cobrança de qualquer multa em patamar superior a 20% sobre o valor originário do imposto ofende o disposto no art. 59 da Lei 8.383/1991, bem como o art. 985, caput, do Regulamento do Imposto de Renda, que assevera (...)”. O impugnante argumenta que em nenhum momento ficou demonstrada a ocorrência de fraude de sua parte.*

O contribuinte segue sua defesa nos seguintes termos:

Importante se faz verificar que entre a lavratura do “Termo de Verificação Fiscal” final relativo ao exercício de 2012 (10 de abril de 2014) e a lavratura do Termo de Fiscalização Inicial” relativo ao ano fiscal de 2013 (25 de abril de 2014) decorreu menos de trinta (30) dias o que impediu que a primeira recorrente (Ympactus) procedesse a contento os ajustes contábeis, sendo absolutamente ilegal e injusta a aplicação das sanções elencadas no processo administrativo.

E conclui da seguinte forma:

*Por estas razões, impõe-se a exclusão da multa e, alternativamente, diminuição da multa para o patamar de no máximo 20% (vinte por cento) sobre o valor originário da exação, **por se tratar de verdadeiro confisco, vedado na legislação pátria, não significando este requerimento confissão, concordância ou renúncia aos eventuais recursos aplicáveis à espécie.***

Da impossibilidade de extensão da sanção tributária aos sócios (fl. 546)

Entende o contribuinte que a extensão da responsabilidade aos sócios é ilegal, fundamentando-se no CTN, art.135, III, que “prevê a possibilidade de responsabilização dos sócios nos casos de terem agido com excesso de poder, com infração à lei, contrato social ou estatutos”. Segue transcrevendo entendimento do STJ sobre a matéria além de citar o posicionamento de renomados advogados e professores sobre o tema.

Transcrevem-se abaixo alguns trechos da defesa apresentada pelo contribuinte :

Não há nos autos, e tampouco foi apurado no processo administrativo, qualquer evidência ou até mesmo indícios de que os sócios tenham praticado qualquer das causas autorizadas previstas no artigo 135 do CTN.

Assim, não poderia este Juízo, ainda mais sem pedido do credor, ter autorizado a inclusão dos sócios. O mero inadimplemento da obrigação tributária, sem dolo ou fraude, constitui simplesmente mora da empresa contribuinte, que contém nas normas tributárias pertinentes as respectivas sanções; não se configura, por si só, violação à lei ou ao estatuto social a que deve observância o administrador, seja ele sócio-cotista ou não.

Em se tratando de responsabilização do sócio, não há que se perder de vista o princípio da separação patrimonial das pessoas física e jurídica; não se olvide também a necessária diferenciação que deve haver entre a responsabilidade por infração praticada pela sociedade e a infração de lei, praticada com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos praticada pelo sócio.

(...)A responsabilidade tributária solidária prevista no artigo 135 alcança tão somente o sócio-gerente que liquidou irregularmente a sociedade limitada, respondendo, não por ser sócio, mas sim por ser gerente. Ele responde não pela circunstância da sociedade estar em débito, mas sim por haver dissolvido irregularmente a pessoa jurídica.

(...)Por estas razões, não havendo a prova pré-constituída de que os sócios da Impugnante tenham praticado qualquer ato contrário à lei ou ao contrato social da empresa, como manda o artigo 135 do CTN e, ainda, não estando a empresa dissolvida irregularmente, devem ser excluídos os sócios do pólo passivo da autuação impugnada.

O impugnante conclui requerendo que seja considerada improcedente a autuação tributária, a exclusão do pagamento de multa mas, na hipótese de aplicação de multa, que a mesma não ultrapasse o equivalente a 20% do valor do tributo e que sejam os sócios da empresa eximidos do pagamento de qualquer obrigação tributária.

A contribuinte inconformada com a decisão da DRJ, que julgou improcedente, da seguinte forma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Ano-calendário: 2013 PIS/PASEP. OMISSÃO DE RECEITA.

Comprovada a existência de omissão, pelo contribuinte, de receita tributável auferida, cabe o lançamento do tributo e acréscimos nos termos da legislação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2013 BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA.

No Direito Tributário a responsabilidade por infrações à legislação fiscal existirá, tenha ou não o sujeito passivo intenção de prejudicar o fisco.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DE FORMA REITERADA. AÇÃO FRAUDULENTA.

A jurisprudência administrativa já consolidou o entendimento de que caracteriza o evidente intuito de fraude a prestação de informação sistemática e reiterada à Receita Federal em valores expressivamente menores do que os efetivamente devidos com base na legislação vigente.

FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO.

A manipulação de informações pelo contribuinte, de acordo com sua conveniência, com o intuito de impedir ou retardar conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, excluindo ou modificando as suas características essenciais, caracteriza ação fraudulenta.

RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS Uma vez comprovado que os diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica participaram intencionalmente de operações que objetivaram exclusivamente a sonegação da receita bruta auferida pela empresa autuada com o intuito de burlar a lei, inclusive tendo estes comprovadamente agido com excesso de poder, devem ser responsabilizados nos termos do inciso III do art. 135 do CTN.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2013 JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE VINCULADA.

Os Julgadores das Delegacias da Receita Federal de Julgamento exercem atividade vinculada à legislação vigente no ordenamento jurídico nacional, portanto, qualquer argumentação do contribuinte sobre aplicação de multas em percentual divergente do que dispõe a legislação não pode ser oponível na esfera administrativa.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido É o relatório.

VOTO

Conselheiro Relator - Laércio Cruz Uliana Junior

Presidente: O Presente feito foi distribuído inicial para essa Seção que houve despacho do

664/701 e foi sorteado no âmbito da Terceira Seção, mas não chegou a ser julgado porque o primeiro relator passou a exercer mandato na CSRF e a relatora seguinte deixou o CARF, em razão de seu mandato ter expirado.

Ocorre que em 03/05/2016 sobreveio a Portaria MF nº 152, que alterou a redação do art. 2º, IV, do Regimento Interno, fato que tornou a Terceira Seção incompetente para o julgamento deste processo.

A partir da alteração promovida pela Portaria MF nº 152/2016 no art. 2º, IV, do Regimento Interno do CARF1, foi restabelecida a competência da Primeira Seção para julgar os processos de PIS e COFINS quando forem lastreados nos mesmos fatos e elementos de

prova que deram origem ao lançamento de IRPJ, independentemente de os autos de infração estarem albergados em processos diferentes.

*Com esses fundamentos, encaminho este processo à Primeira Seção do CARF, a fim de que seja entregue ao mesmo relator do processo nº **15586.720626/2014-83**, com fulcro no que determina o art. 6º, § 1º, III do RICARF².*

Diante do despacho do Presidente Rodrigo da Costa Possas, resolve a Turma, por unanimidade de votos em declinar a competência.

Relator - Laércio Cruz Uliana Junior

(assinado digitalmente)