



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720624/2014-94
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.613 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de outubro de 2022
Recorrente YMPACTUS COMERCIAL S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DECORRENTE. CAUSA DE DECIDIR.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão sobre o lançamento de IRPJ para o lançamento de Contribuição para o PIS/PASEP decorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Thais de Laurentiis Galkowicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

YMPACTUS COMERCIAL S/A, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 08-33.360 (fls. 614), pela DRJ Fortaleza, interpôs recurso voluntário (fls. 664), dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com o objetivo de obter a reforma daquela decisão. Na mesma petição, estão recorrendo os responsáveis tributários CARLOS ROBERTO COSTA, CARLOS NATANIEL WANZELER e JAMES MATTHEW MERRIL.

O processo trata de lançamento tributário para exigir Contribuição para o PIS/PASEP relativa aos seis primeiros meses do ano 2013, bem como juros de mora e multa de ofício qualificada (150%), totalizando R\$ 102.313.250,70 (fls. 487). Este lançamento tributário é decorrente dos mesmos fatos que deram ensejo aos lançamentos de IRPJ e CSLL, formalizados no processo administrativo nº 15586.720626/2014-83, bem como ao lançamento de COFINS,

formalizado no processo administrativo nº 15586.720623/2014-40, conforme o termo de ciência de fls. 497.

A presente auditoria fiscal teve a sua iniciativa vinculada à auditoria fiscal realizada anteriormente para o ano 2012, quando o contribuinte era optante do Simples. Ao final dessa auditoria, a fiscalização concluiu que o contribuinte omitiu receitas e tentou dissimular a sua tributação. Em apertada síntese, a acusação fiscal apontou os seguintes fatos: (i) o contribuinte, sob a denominação Telexfree, comercializa pacotes de VOIP (voice over internet protocol) oferecidos pela empresa americana Telexfree Inc; (ii) o contribuinte adota o sistema de vendas “marketing multinível” que possui todas as características de uma “pirâmide financeira”; (iii) o contribuinte deixou de oferecer à tributação os ingressos relativos às taxas de adesão e aos pacotes de VOIP, afirmando serem receitas da empresa americana, limitando-se a tributar uma parcela a título de comissão de vendas; (iv) o contrato firmado entre o contribuinte e a Telexfree prevê apenas o pagamento pelos pacotes VOIP; (v) o contribuinte adquiriu um hotel com os recursos que atribuiu à Telexfree, apresentando um contrato de mútuo para justificar a utilização; (vi) o contribuinte fez investimentos imobiliários com os recursos que atribuiu à Telexfree; (vii) era o contribuinte que contratava e remunerava os colaboradores, apesar de atribuir esse ônus à Telexfree; (viii) o contribuinte deixou de contabilizar ingressos constatados em suas contas bancárias; (ix) o contribuinte não fez remessas para a Telexfree; (x) o contribuinte não ofereceu à tributação as suas receitas financeiras.

Em consequência, a Administração Tributária realizou a exclusão do contribuinte do regime simplificado em razão de exercer atividade não admitida no regime e em razão de ter auferido receita bruta superior ao limite admitido no regime. Em seguida, a fiscalização efetuou o lançamento de IRPJ pelo lucro presumido e os demais lançamentos tributários decorrentes. O contribuinte não impugnou esses lançamentos e quitou os respectivos créditos tributários por meio de compensação, apontando como direito creditório o IRRF recolhido em 2013.

No ano 2013, o contribuinte adotou o lucro real. Ao final da nova auditoria, a fiscalização concluiu que o contribuinte teria adotado os mesmos procedimentos verificados na auditoria do ano anterior e acrescentou os fatos a seguir resumidos: (i) o contribuinte contabilizou um ativo intangível sem tê-lo adquirido (marca Telexfree, no valor de R\$ 659.629.591,00); (ii) o contribuinte deduziu despesas com encargos trabalhistas de pessoas que afirma estarem vinculados à empresa Telexfree e (iii) o contribuinte deixou de levar ao resultado várias receitas e despesas. Em consequência da presente auditoria, a fiscalização realizou lançamentos de IRPJ e seus reflexos, CSLL, COFINS e contribuição para o PIS/PASEP.

O contribuinte e os responsáveis tributários apresentaram impugnação conjunta ao presente lançamento tributário de Contribuição para o PIS/PASEP (fls. 516), a qual foi considerada improcedente pela autoridade julgadora de primeira instância.

Em seguida, o contribuinte e os responsáveis tributários apresentaram, em conjunto, o presente recurso voluntário (fls. 614), em que são repisados os argumentos contidos na petição inicial, os quais serão detalhados no voto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 29/04/2015 (fls. 657). O responsável tributário CARLOS NATANIEL WANZELER foi cientificado em 22/04/2015 (fls. 656). O responsável tributário CARLOS ROBERTO COSTA foi cientificado em 22/04/2015 (fls. 658). O responsável tributário HORST VILMAR FUCHS foi cientificado em 23/04/2015 (fls. 659). O responsável tributário JAMES MATTHEW MERRILL foi cientificado em 13/05/2015 (fls. 662). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O lançamento tributário de IRPJ (processo n.º 15586.720626/2014-83) é o paradigma para o presente processo e já possui decisão administrativa definitiva, prolatada no Acórdão n.º 1402-002.130, de 02/03/2016, em que foram mantidos, por unanimidade, os lançamentos de IRPJ e CSLL. Comparando a impugnação no presente processo e a impugnação no processo acima indicado, verifico que possuem os mesmos pedidos e causas de pedir, havendo inclusive coincidência entre os seus textos, de forma que adoto as razões de decidir contidas no referido acórdão e transcrevo o voto condutor como fundamentação para a presente decisão, conforme autorizado pelo §3º¹ do artigo 57 do Regimento Interno do CARF.

2. RECURSO VOLUNTÁRIO DA PESSOA JURÍDICA E DOS SÓCIOS DIRETORES.

Tratam-se de autos de infração relativos a omissão de receitas e despesas omitidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Segundo a fiscalização os dados contábeis utilizados para fundamentar a acusação da infração foram obtidos por meio da Escrituração Digital apresentada pela própria Recorrente por meio do SPED, conforme tabela do anexo I, fl.14 do TVF de fls. 469/485, confrontados com extratos bancários, conforme TVF AC 2012 fls. 2/28 que foi utilizado para fundamentar o presente Auto de Infração.

O valor da base tributável para o IRPJ e CSLL, contempla a inclusão das receitas e despesas decorrentes dos divulgadores, conforme demanda a apuração pelo lucro real.

Ou seja, o principal ponto da discussão dos autos, é saber se a receita auferida com a adesão de divulgadores é de titularidade da Recorrente (Ympactus), acarretando em omissão de receita ou se é de titularidade da Telexfree, devendo assim ser cancelado o auto de infração.

A autoridade fiscal constatou que houve omissão de receita relativa aos divulgadores e também verificou por meio de diversos documentos que a Recorrente Ympactus e a empresa Telexfree na realidade são a mesma entidade.

Duas infrações foram exigidas:

(i) depósitos bancários sem comprovação de origem (art. 42 da Lei n.º 9.430/96), conforme TVF do ano calendário de 2012 fls. 02/28 dos autos que serviu de fundamentação para o TVF deste auto de infração de fls. 469/485.

(ii) omissão de receitas oriundas de prestação de serviços.

Foi cominada a penalidade de 150% em razão da acusação de sonegação fiscal mediante fraude.

¹ § 3º A exigência do §1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida.

Compulsando os autos, e observando que o Recurso Voluntário apresentado é praticamente idêntico à impugnação apresentada, entendo que a decisão de primeira instância deve ser confirmada em sua totalidade, e, a fim de evitar tautologia, adoto seus fundamentos como razão de decidir, transcrevendo os excertos de interesse conforme faculta o § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99:

"Concluído o relatório, passa-se à análise das argumentações apresentadas pelo contribuinte em sua defesa.

O contribuinte inicia sua defesa discorrendo sobre o que entende ser "Um necessário conserto dos fatos" (fl.531/impugnação): Discorda da afirmação do fisco de que as retenções de pagamentos informados no curso da fiscalização mostravam incompatibilidade com os valores dos extratos bancários, 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, e entende que deve ser considerada como receita efetiva (bruta) e tributável da contribuinte o valor de R\$ 30.850.000,00.

Sobre o contrato firmado entre as empresas Telexfree e Ympactus, transcreve-se abaixo trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl.2/28) referente à ação fiscal desenvolvida para o AC 2012:

Como dito, o contribuinte alega que os valores que se encontram nas suas contas-correntes e estão registrados em contas transitórias de sua contabilidade são da Telexfree. Tal alegação é lastreada por um contrato firmado entre Telexfree e Ympactus em 01/03/2012, o qual permite à Ympactus utilizar o nome Telexfree, e por outro lado contrata o serviço de implantação de uma rede de divulgadores para intermediação da venda e divulgação de VOIP. Chama atenção para quem assina o contrato. Pela Telexfree assina seu presidente Carlos Nataniel Wanzeler, que é sócio da Ympactus e pela Ympactus Comercial assina Carlos Costa, sócio da Telexfree.

O CTN determina que os contratos entre particulares não se opõem ao fisco. Como já dito, não há nenhuma comprovação de que os serviços de VOIP tenham sido prestados ou que tenham sido prestados pela Telexfree INC. Toda a argumentação apresentada se baseia em informações e documentos unilaterais, visto que são assinados pelos sócios proprietários de ambas empresas e que não permitem a mensuração nem a veracidade pelo fisco. Intimado o contribuinte não teve êxito em comprovar suas alegações. (grifei)

O referido contrato, firmado em 01/03/2012, entre as empresas Telexfree e Ympactus, foi obtido em consulta ao processo 15586.720083/2014-02, citado no Termo de Verificação Fiscal (fl.469), tendo sido anexado ao presente processo, por esta julgadora, às fls. 623/626.

Este contrato, segundo o Termo de Verificação Fiscal, fl.474, foi "utilizado pelo contribuinte como argumento de que as receitas em sua conta corrente eram da Telexfree Inc, empresa americana situada em Massachussets e que receberia uma comissão pela intermediação de negócios no Brasil, bem como pagaria pelo uso da marca TELEXFREE à sua proprietária Telexfree Inc ".

Observa-se que o Contrato Particular de Serviços e Cessão de Uso de Marca está assinado pelo Sr. Carlos Nataniel Wanzeler (pela empresa contratante-Telexfree) e pelo Sr. Carlos Roberto Costa (pela empresa contratada-Ympactus), com validade pelo prazo de 5 anos. Frise-se que o quadro societário de empresa Ympactus 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).

Na ação fiscal objeto do presente processo, Termo de Verificação Fiscal (fls.469/485), consta a informação de que tanto a DIPJ/Ex.2014 (fls.414/455) como na Escrituração Contábil Fiscal do contribuinte (fl.467) consta no Ativo Intangível - Marcas e Patentes da empresa o valor de R\$ 659.629.591,00.

Porém, segundo o Termo de Verificação Fiscal (fl. 474) não consta, nos anos de 2012 e 2013, qualquer lançamento contábil referente à aquisição da marca Telexfree, portanto,

questiona o fiscal: "Como pode então a marca TELEXFREE passar a fazer parte do ativo intangível da Ympactus Comercial? "

Intimada pela autoridade fiscal o contribuinte apresentou Laudo de Avaliação Econômica, fls. 267/357, da marca Telexfree avaliada em R\$ 659.629.591 (fl.311).

Sobre o laudo apresentado pela empresa com a avaliação da marca Telexfree, o Termo de Verificação Fiscal, fls. 474/476, aponta alguns pontos obscuros, senão vejamos:

Adentrando as considerações do laudo apresentado pelo contribuinte é relevante ressaltar os seguintes pontos:

Pág 07 - "A empresa Ympactus é uma sociedade anônima que atua no segmento de telecomunicações e que é considerada uma das maiores do Brasil" - a afirmativa é bastante interessante visto que a Ympactus, perante a fiscalização alega fazer apenas a intermediação da venda de pacotes VOIP da Telexfree, portanto não poderia ser considerada uma das maiores empresas de telecomunicações do Brasil;

Pág 11 - O Objetivo do trabalho foi de determinar "O valor econômico dos ativos intangíveis da YMPACTUS representado pela marca TELEXFREE". Nota-se que aqui a marca TELEXFREE é considerada como ativo intangível da Ympactus.

Pág. 12 - Esclarecem os avaliadores que "Este estudo está embasado em subsídios técnicos e foi elaborado com base em informações contábeis e econômico-financeiras sobre a marca TELEXFREE fornecidas pelos executivos e funcionários da empresa YMPACTUS" - Ou seja a própria Ympactus é que presta estas informações para o laudo. Pág 15/16 - "Os mercados de atuação da YMPACTUS (TELEXFREE)

A empresa YMPACTUS, opera principalmente dois negócios distintos que são:

1) Prestação de serviços de telefonia VOIP, denominadas 99TELEXFREE, a partir de seus equipamentos instalados em sua sede, em Massachusetts onde realiza as conexões necessárias para estas ligações (doravante serviço TELEXFREE) .

2)... ”

Como se vê o laudo informa que a Ympactus presta serviço de telefonia VOIP a partir de Massachusetts.

Pág 32 - fontes de informação. Os avaliadores citaram as seguintes fontes de avaliação:

Para os efeitos desta avaliação foram consideradas as seguintes fontes de informação:

-Balanço Patrimonial e Demonstração de Resultados da empresa YMPACTUS, para os exercícios de 2012 e 2013 até 31 de maio (utilizado como data-base);

-Plano de Negócios da empresa;

-Projeções dos demonstrativos financeiros para o período 01 de junho de 2013 até 31 de dezembro de 2017;

-Reuniões com os administradores da empresa YMPACTUS e seus consultores jurídicos para análise do desempenho histórico e sobre as expectativas e planos futuros da empresa

As fontes de informação foram registros contábeis, projeções de resultados e reuniões com administradores da Ympactus.

Pág 69 - Demonstração do Resultado de 2013 em reais.

	<i>janeiro</i>	<i>fevereiro</i>	<i>março</i>	<i>abril</i>	<i>maio</i>	<i>acumulado</i>
<i>Receita bruta</i>	257.353.878	459.055.927	304.433.557	289.627.636	568.239.085	1.878.710.082

Lucro líquido	140.820.880	393.890.053	285.687.284	248.651.827	190.068.292	1.259.118.336
---------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	---------------

Nota-se que a demonstração do resultado da Ympactus considerada no laudo equivale à receita que a Ympactus nega que sejam de sua propriedade.

Não é interesse maior da fiscalização expor as fragilidades do laudo, uma vez que a ausência do registro da marca é suficiente para impedir, que a marca seja considerada como propriedade da Ympactus, quando na verdade não é.

É bastante relevante, no entanto, a total omissão no laudo dos indícios de pirâmide financeira de que é acusada a fiscalizada. Neste cenário, até o mais ingênuo avaliador não imputaria à marca TELEXFREE qualquer valor expressivo no mercado: a empresa responde a diversos processos, está sendo investigada pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal. Está, juntamente com seus sócios, com os bens bloqueados. Foi autuada pela Receita Federal em quase 1,5 bilhões de reais. Nesta mesma linha, mesmo que o ativo pertencesse à Ympactus, é inaceitável uma prática contábil em que se contabilize um ativo, mediante reavaliação, por um valor incompatível com a realidade fática, visto que reavaliação tem exatamente o objetivo de adequá-lo ao valor de mercado. (grifei)

(...)

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.

Mas como já exposto no Termo de Verificação Fiscal, "este laudo apresenta interesse da fiscalização naquilo que tange a impossibilidade de separação, para fins tributários, entre as entidades Ympactus e TELEXFREE (...)".

Passa-se ao levantamento dos indícios e provas apresentadas pela Receita Federal de que as empresas Ympactus e Telexfree constituem, na verdade, a mesma empresa.

Antes porém deve-se esclarecer que, conforme já relatado, a Ympactus passou por duas ações fiscais, sendo que uma teve por objeto o AC 2012 e outra o AC 2013 (esta é a que está sob análise neste processo). Ambas as ações fiscais buscavam provar que as receitas provenientes da adesão dos divulgadores eram, na verdade, valores que deveriam ser tributados na contabilidade da Ympactus e também que as empresas Ympactus e Telexfree constituíam a mesma empresa.

Transcrevem-se abaixo trechos do Termo de Verificação Fiscal (AC 2013), fls. 469/485, necessários a alguns esclarecimentos:

Foi realizada fiscalização para o ano de 2012 sob o MPF 2013.00819-6, que teve como resultado lançamentos de IRPJ e reflexos, bem como contribuições previdenciárias, controlados, respectivamente, nos processos abaixo:

15586.720083/2014-02; 15586.720090/2014-04.

O contribuinte não impugnou os lançamentos. Em sentido inverso, os débitos dos processos acima foram parcialmente quitados por compensação com créditos decorrentes de pagamentos de IRRF realizados em 2013. Fez-se necessário, então, realizar a fiscalização do ano de 2013 para confirmar a existência dos créditos.

(...)

Necessário, inicialmente, resumir as conclusões da fiscalização em relação às receitas da atividade da empresa no ano calendário 2012, as quais geraram o lançamento de IRPJ e reflexos da ordem de 90 milhões de reais. O contribuinte tacitamente concordou com as conclusões e conseqüente lançamento, visto que não apresentou impugnação, preferindo a extinção dos débitos via pagamento/compensação. Os relatórios integrais destas fiscalizações, citados neste relatório, encontram-se juntados ao processo para eventual consulta, visto que detalham diversos aspectos da fiscalização realizada para 2012. Tendo em vista que o contribuinte não impugnou os lançamentos, não seria razoável concluir que o contribuinte não concordava com as conclusões, uma vez que preferiu realizar a extinção dos débitos que alcançavam valores bastante expressivos (valores da ordem de R\$ 90 milhões de reais). (grifei)

(...)

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.

Na impugnação, embora de forma não muito clara, o contribuinte parece não concordar com o texto supratranscrito, manifestando-se nos seguintes termos:

Da inexistência de confissão - (fl. 537/impugnação)

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 1558 6-720090/2014 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.

Concordo com a defesa neste aspecto, tanto é que os questionamentos levantados pela impugnante estão todos sendo apreciados na presente decisão.

Porém, é importante destacar que, no presente caso, partes das provas que embasaram as irregularidades apontadas pelo fisco foram obtidas em ação fiscal anterior e anexadas aos autos do processo nº 15586.720083/2014-02. Dentro desse contexto, caberia à defesa ter apresentado elementos que inquinassem a sua validade junto com a peça impugnatória do presente processo, mormente pelo fato de durante a ação fiscal o contribuinte ter sido intimado (através do TIF nº 5, item 11, fls. 373/374) e não se manifestou.

Por ser bastante elucidativo, transcreve-se resumo, extraído do Termo de Verificação Fiscal (AC 2013), fls.469/485, dos fatos apurados na ação fiscal referente ao 2012, salientando-se que o Termo de Verificação Fiscal original (AC 2012) consta às fls. 2/28, trazendo maiores detalhes dos fatos abaixo reproduzidos:

1) 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;

2) 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;

3) 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;

4) 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;

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

6) 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;

7) Falta de separação na gestão dos recursos. Inexistia qualquer separação entre os recursos das entidades nas contas "bancos".

O item 2 supratranscrito trata de aquisição de hotel pela Ympactus, registrado em conta transitória referente a Telexfree inc. Intimado o contribuinte informou ter havido equívoco no lançamento e que na verdade o hotel seria da Ympactus. Indagado sobre a origem dos recursos para a aquisição do hotel, a Ympactus apresentou contrato de mútuo firmado com a Telexfree. O referido contrato de mútuo encontra-se copiado à fl. 13 do presente processo, no Termo de Verificação Fiscal do AC 2012, seguido da seguinte observação do auditor fiscal:

De pronto nota-se que o contrato é feito em nome de Telexfree Inc, tendo como Presidente o Sr Carlos Wanzeler, porém, é assinado pelo Sr. Carlos Costa representante da Telexfree LLC. É fato que a Telexfree LLC e a Telexfree INC são empresas distintas, embora possuam sócios em comum. Este contrato é assinado por Carlos Costa tanto pela Telexfree LLC quanto pela Ympactus. Qual a validade jurídica do contrato que mistura duas diferentes empresas americanas: Telexfree INC e Telexfree LLC?

A apresentação do citado contrato apenas para justificar a existência de recursos para a aquisição do Hotel pela Ympactus não pode ser considerada válida. Como dito não há nenhum ingresso na conta bancos na contabilidade da Ympactus dos valores que estariam sendo emprestados. Também não há qualquer lançamento contábil referente ao mútuo ou sob o histórico de empréstimo. O contribuinte confirma a inexistência do lançamento contábil referente ao contrato de mútuo.

Também não há comprovação do registro deste contrato. Por fim inexistente qualquer remessa destes valores à Telexfree. (grifei)

Observa-se no contrato de mútuo entre as duas empresas uma cláusula que estabelece a não incidência de juros sobre o valor entregue em mútuo, que constitui um grande benefício que a empresa Telexfree concede à Ympactus.

Passa-se à análise dos fatos apurados na ação fiscal referente ao AC 2013, objeto deste processo.

1) Ativo intangível - marca Telexfree (fl.473/Termo de Verificação Fiscal) - "O contribuinte registra no seu ativo - balanço patrimonial na ficha 36 A da DIPJ 2014, linha 60, Marcas e Patentes o valor de R\$ 659.629.591,00. Na escrituração contábil

digital - ECD, transmitida via SPED o contribuinte informa na conta "1.2.04.03.001.0001 - Marcas e Patentes" o mesmo valor de R\$ 659.629.591,00 em 31/07/2013. Inexiste na contabilidade da fiscalizada em 2012 e 2013 qualquer lançamento contábil referente à aquisição da marca TELEXFREE, a qual desta forma, conclui-se que não foi adquirida". (grifei)

2) Laudo de Avaliação Econômica - anexo ao processo às fls. 267/357.

O Laudo de Avaliação Econômica apresenta a demonstração do resultado da empresa, fl. 335, para os meses de janeiro a maio/2013 conforme abaixo:

	<i>janeiro</i>	<i>fevereiro</i>	<i>março</i>	<i>abril</i>	<i>maio</i>	<i>acumulado</i>
<i>Receita bruta</i>	257.353.878	459.055.927	304.433.557	289.627.636	568.239.085	1.878.710.082
<i>Lucro líquido</i>	140.820.880	393.890.053	285.687.284	248.651.827	190.068.292	1.259.118.336

Os valores acima apresentados conflitam com o valor de receita bruta constante da Demonstração de Resultado do Exercício, fl. 411, bem como com o valor da Receita Bruta informado na DIPJ, fl.422, que foi de R\$ 30.850.000,00.

Conforme afirmado no Termo de Verificação Fiscal, fl.475, "Nota-se que a demonstração do resultado da Ympactus considerada no laudo equivale à receita que a Ympactus nega que sejam de sua propriedade".

3) Encargos sociais (inclusive FGTS) (fl.476/Termo de Verificação Fiscal) - "o contribuinte considera dentre as despesas operacionais o valor de R\$ 78.772.582,01 que se refere a encargos sociais. Na contabilidade digital transmitida via ECD na conta 5.1.02.01.002.0007 INSS EMPRESA no 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". "Tais valores também foram informados em DIRF, conforme figura abaixo que apresenta parte do resumo da DIRF do contribuinte e no qual é possível ver a dedução relacionada à previdência social". (consta, à fl.476, cópia da tela do Sistema Portal DIRF que confirma a afirmação).

Embora o contribuinte tenha alegado, à fiscalização, que as receitas e despesas relativas aos recebimentos e pagamentos aos divulgadores seriam responsabilidade da Telexfree, e que a Ympactus somente faria as retenções/recolhimentos em nome daquela, observa-se 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.

Verifica-se que há um novo conflito entre os valores sob análise. Uma receita Bruta de R\$ 38.850.000,00, com uma despesa com encargos sociais de R\$ 78.634.414,85 (conforme DRE à fl. 411 e DIPJ à fl. 420).

Conclui o auditor fiscal:

Os fatos novos trazidos ao processo vão no mesmo sentido das conclusões anteriores da fiscalização. As receitas contabilizadas na conta TELEXFREE INC -2.1.02.02.001.0002 são na verdade decorrentes das atividades da Ympactus de criação de uma rede de divulgadores, onde os agregados injetam valores na cadeia e recebem remuneração, decorrente de trabalho sem vínculo empregatício, as quais, da mesma forma, também são despesas da Ympactus Comercial. A remuneração aos divulgadores, o IRRF, a contribuição previdenciária, etc. são despesas da Ympactus, e assim esta precisa ter receitas para fazer frente às despesas. As receitas são os recebimentos dos divulgadores.

4) Empréstimos aos sócios sem lastro nas receitas (fl.477/Termo de Verificação Fiscal) "O contribuinte efetua empréstimos aos sócios em valores superiores às receitas declaradas. Foi então intimado através do TIF nº 5 a esclarecer quais recursos foram

usados para empréstimos aos sócios. Respondeu: "quesito 2 - os valores emprestados aos sócios originam-se de adiantamentos de clientes referente a serviços futuros" . Novamente intimado, através do TIF nº 6, o contribuinte informa que os valores tem origem na antecipação do cliente Telexfree Inc."

Conforme Termo de Verificação Fiscal, fl. 478, "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".

Verifica-se, fls. 74/85, que foram anexados ao processo os contratos de mútuo celebrados entre a Ympactus e seus sócios. Os valores são totalmente incompatíveis com a receita bruta apresentada pela empresa. Listam-se abaixo alguns exemplos:

[...]

(*) Neste contrato, dentre outros, o Sr. Carlos Alberto Costa assina como mutuante e como mutuário.

5) Notas fiscais de prestação de serviços (fl. 478/ Termo de Verificação Fiscal) - "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."

Observe-se ainda que, no Brasil, a empresa Ympactus opera sob o nome fantasia de Telexfree inc.

Pelo acima exposto, concluo que não há separação entre as operações contábeis da Ympactus e da Telexfree e que as empresas constituem, na verdade, a mesma entidade, que a movimentação financeira da empresa Ympactus é incompatível com sua receita bruta declarada, que não há registros contábeis de várias operações alegadas pela empresa, a exemplo de adiantamento de clientes que permitisse os empréstimos vultosos feitos a seus sócios, dentre outros fatos já acima abordados. Portanto, considero que o contrato celebrado entre ambas é apenas um subterfúgio para reduzir a receita tributável auferida pela autuada. Assim, a receita dos divulgadores, omitida pela empresa, deve sim ser considerada receita da Ympactus.

Na defesa apresentada pelo contribuinte não há nada que permita conclusão diferente da que foi acima explicitada.

O contribuinte continua sua defesa afirmando "Da boa-fé da Contribuinte e da impossibilidade de imposição de multa" - (fl.542/impugnação). O contribuinte entende que "agiu com cristalina boa-fé, e que assim sendo, não cabe o pagamento de multa e outros encargos".

A argumentação do contribuinte não é cabível, tendo em vista que no Direito Tributário, via de regra, a responsabilidade por infrações à legislação fiscal existirá, tenha ou não o sujeito passivo intenção de prejudicar o fisco, ou de ter ele sofrido prejuízos pela infringência da norma tributária (art. 137 do Código Tributário Nacional - CTN). Optou o CTN pela teoria da objetividade da infração fiscal, não importando, para a punição do infrator, salvo disposição de lei em contrário, o elemento subjetivo do ilícito, isto é, se houve dolo ou culpa na prática do ato.

Assim sendo, deixa-se de atender o pleito da autuada, tendo em vista que não existe dispositivo legal atualmente em vigor que estabeleça a dispensa ou redução da multa em decorrência boa-fé do sujeito passivo.

[...]"

3 - DA MULTA QUALIFICADA

Sobre o assunto, de pronto, esclareça-se à interessada que a penalidade aplicada, multa de ofício qualificada no percentual de 150%, (itens do TVF - a seguir transcritos), tem sua gênese no art. 44, inciso I, e §1º, da Lei n.º 9.430/96 (com a redação dada pelo art. 14 da MP n.º 351/01, convertida na Lei n.º 11.488/07):

O Agente Fiscal fundamentou aplicação da multa no seguintes termos, conforme o TVF:

"A Lei prevê penalidade pecuniária (multa) quando identificadas algumas condutas do contribuinte. Neste sentido, a Lei nº 9430/96, art. 44, inc I, §1º, prevê a multa qualificada de 150% na ocorrência dos art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964., ou seja, sonegação, fraude e conluio.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

É clara a ocorrência de sonegação (art. 71 da Lei nº 4502/64), visto que o contribuinte ao não confessar os débitos em DCTF, ou seja, omitir valores devidos, tinha por objetivo impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária dos débitos e a real situação dos pagamentos por ele efetuados.

Verifica-se, também, a existência da conduta caracterizadora da fraude. A fraude é conduta dolosa descrita no art. 72 da Lei nº 4502/64.

[...]

O que caracteriza a fraude do ponto de vista fiscal é o dolo ou má fé. O dolo não se configura pela simples vontade de obter um resultado ou atingir uma finalidade. A vontade é indispensável para associar a consciência de realizar à conduta descrita no tipo. Em outras palavras: aquele que pratica a fraude adota, conscientemente uma conduta com fim doloso específico.

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."

A atuação do contribuinte através de duas empresas, Ympactus e Telexfree, esta no exterior, que comprovadamente constituem uma só entidade pela observada indistinção nos registros contábeis e nas transações informadas; bem como a apresentação de contratos e laudo recheados de fragilidades na busca de justificar as irregularidades detectadas na contabilidade, dentre outros aspectos já abordados neste

julgado, caracterizam o intuito do autuado de impedir ou retardar conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador.

Da leitura dos reproduzidos dispositivos legais, pode-se depreender que, nos termos do inciso I do art. 44, nos casos de lançamentos de ofício em que haja a constatação de falta de pagamento ou recolhimento de tributos, de falta de apresentação de declarações e ainda de sua apresentação com valores zerados, deve ser aplicada a multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição apurados.

Contudo, como também ficou constatada a ocorrência de sonegação mediante fraude, nos termos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, o percentual da multa aplicada foi duplicado, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Como visto, frise-se, a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% tem fundamento legal no art. 44, inciso I, combinado com o (e) § 1º, da Lei nº 9.430/96. Segundo o inciso I, a multa proporcional é aplicada no percentual de 75% nos casos de mera falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Já a majoração/qualificação do percentual da multa para 150% (sua duplicação), conforme determina o §1º, ocorre nos casos de condutas dolosas do sujeito passivo previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, ou seja, sonegação, fraude ou conluio, o que, como visto, ficou devidamente demonstrado no TVF.

Com efeito, as operações realizadas pela empresa fiscalizada, confirmam, de forma incontestada, a fraude/simulação levada a efeito, tudo com o intuito de sonegar tributos. Basta ler atentamente o TVF para atestar que há provas mais do que suficientes para a qualificação da penalidade.

A atuação do contribuinte através de duas empresas, Ympactus e Telexfree, esta no exterior, que comprovadamente constituem uma só entidade pela observada indistinção nos registros contábeis e nas transações informadas; bem como a apresentação de contratos e laudo recheados de fragilidades na busca de justificar as irregularidades detectadas na contabilidade, dentre outros aspectos já abordados neste julgado, caracterizam o intuito do autuado de impedir ou retardar conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador.

4 - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS:

Em relação a responsabilização dos sócios sigo os fundamentos do v. acórdão recorrido, abaixo colacionado:

"Após análise do processo, entendo que os diretores, gerentes e representantes das pessoas jurídicas envolvidas devem ser responsabilizados nos termos do inciso III do art.135 do CTN, uma vez que participaram intencionalmente de operações que objetivaram exclusivamente a sonegação da receita bruta auferida pela empresa autuada, inclusive assinando contratos frágeis com o objetivo de justificar irregularidades encontradas no registros contábeis da empresa. Considero que há no processo várias provas da forma de atuação dos administradores, inclusive da participação direta destes, com o intuito de burlar a lei. A existência de contratos de mútuo concedendo empréstimos vultuosos aos diretores da empresa, inclusive em valores excessivamente superiores à receita declarada pela autuada, bem como o contrato de prestação de serviços (fl. 623/626) firmado entre a Ympactus e Telexfree, assinado pelo diretores em comum das duas empresas, caracteriza terem estes agido com excesso de poder. A conduta configura excesso de poder, infração de Lei e ao contrato social, porquanto a grave ilicitude não deve ser tolerada em qualquer dos universos normativos que prescrevem os limites de atuação dos administradores.

Devem-se citar os contratos de mútuo dos empréstimos feitos aos dirigentes, ressalte-se a observação constante no Termo de Verificação Fiscal, fl.478:

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.

Inclusive, observam-se contratos de mútuo, fls.79/80, entre a Ympactus e o Diretor Carlos Roberto Costa, onde este assina como representante da empresa e como beneficiário do empréstimo, caracterizando ter o sócio agido com excesso de poder.

Portanto, concluo pela manutenção da responsabilização dos sócios pelos créditos apurados no auto de infração sob análise neste processo."

Diante das razões acima expostas, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque