



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

Processo nº 15586.720626/2014-83
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.130 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de março de 2016
Matéria IRPJ - CSLL
Recorrente YMPACTUS COMERCIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

Ementa:

IRPJ. 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.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

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.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. DECORRÊNCIA.

Por força da legislação tributária, as razões adotadas no exame do lançamento principal, Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, quanto à mesma matéria fática e fundada nos mesmos elementos probatórios, servem também para a solução dos litígios decorrentes e a estes se aplicam, lançamentos reflexos da CSLL.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício no percentual de 75% deve ser duplicada quando verificada a ocorrência de um dos casos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, comprovando-se, no caso concreto, o intuito doloso do contribuinte.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL. OCORRÊNCIA.

Comprovado nos autos que membro da diretoria participou ativamente da administração da empresa na época da ocorrência do fato gerador, este deve ser pessoalmente responsabilizados pelo crédito tributário, nos termos do art. 135 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)– Relator

LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Paulo Mateus Ciccone, Leonardo de Andrade Couto e Leonardo Luís Pagano Gonçalves.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário (fls.683/720) interposto face decisão proferida pela DRJ de Fortaleza - Acórdão n. (fls.627/656) que decidiu indeferir a impugnação apresentada pela Recorrente em conjunto com seus sócios diretores responsabilizados solidariamente pela exigência do crédito (fls.529/567), mantendo integralmente o Auto de Infração ora analisado (fls.486/509).

Explicações iniciais.

Em 05/09/2012 foi iniciado procedimento fiscal de fiscalização (MPF - 2013.00819-6) para o ano-calendário de 2012, sendo encerrado em 20/02/2014, conforme TVF anexo ao presente processo as fls. 02/28, tendo resultado no lançamento de IRPJ e reflexos, bem como contribuições previdenciárias, gerando os seguintes processos de números - 15586.720083/2014-02 e 15586.720090/2014-04.

O contribuinte não impugnou os lançamentos e decidiu quitá-los parcialmente com créditos de pagamentos de IRRF do ano calendário de 2013.

Devido a tal atitude, em 08/04/2014 foi instaurado nova fiscalização referente ao ano calendário de 2013 com MPF - 0720100.2014-00430-5 (TVF fls.469/485), para verificar a existência dos créditos utilizados para quitar os débitos acima indicados, resultando no presente Auto de Infração analisado neste processo, que exige créditos relativos ao IRPJ e a CSLL, bem como nos outros dois Autos de Infração relativos ao PIS e COFINS.

Este processo em epigrafe trata do Auto de Infração que exige IRPJ e CSLL, sendo que existem outros dois processos que são referentes a dois Autos de Infração que cobram o PIS e COFINS respectivamente, conforme fl.13 do TVF de fls. 469/485 dos autos.

O Processo 15586.720624/2014-94 com o AI referente ao PIS no valor de R\$102.313.250,70 e o Processo 15586.720623/2014-40 com o AI referente ao COFINS no valor de R\$ 471.254.189,05.

No presente processo, foi constatado a omissão de receitas e por tal motivo lavou-se AI que exige o IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2013, com multa de 50% por estimativas não recolhidas com base no art. 44, inciso II da Lei 9430/96 e multa qualificada de 150% nos termos do art. 44, inc I, § 1º da mesma lei, responsabilizando os sócios diretores da Recorrente nos termos do artigo 135 do CTN.

Segundo a fiscalização os dados contábeis utilizados para fundamentar a acusação da infração foram obtidos por meio da Escrituração Digital apresentada pela própria contribuinte, conforme tabela do anexo I, fl.14 do TVF de fls. 469/485.

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.

Em relação ao restante dos fatos ocorridos nos autos, entendo por oportuno, reproduzir o relatório então adotado na decisão "a quo", complementando-o ao final.

"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:

Tabela:

A receita declarada pela empresa decorre da atividade de serviços de intermediação, seriam receitas decorrentes das comissões pagas à atuada (Ympactus) por sua contratante (a empresa Telexfree).

As declarações DCTF/2013 apresentam os seguintes valores confessados para o IRPJ, consideradas as declarações apresentadas antes do início da ação fiscal, que ocorreu em 08/04/2014 (fl.31):

Tabela.

Para melhor contextualizar a atividade exercida pela empresa, utilizar-se-á o Termo de Verificação Fiscal, anexado às fls. 2/28, referente à ação fiscal realizada para o ano calendário de 2012, portanto um ano anterior à ação fiscal de que trata o presente processo.

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 inexiste, 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:

Receita da prestação de serviços	30.850.000,00
Receitas financeiras	8.975.981,13
Despesas financeiras	4.978.909,25
Despesas operacionais	96.275.219,72

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 indistinação 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 indistinação 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 inexistiu 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. 267/357, 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. 74/82). 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:

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 consequências 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 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 processos da seguinte forma:

[...]

Seguem-se as planilhas, fls. 482/484, com cálculos.

O auto de infração, com cálculos e demonstrativos referentes ao IRPJ e à CSLL e acréscimos, foi anexado ao processo, às fls. 486/509.

A ação fiscal foi encerrada em 24/10/2014, tendo sido emitido TERMO DE CIÊNCIA DE LANÇAMENTO(S) E ENCERRAMENTO TOTAL DO PROCEDIMENTO FISCAL à Ympactus e a todos os seus sócios (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA), conforme fls. 510/521.

A ciência do lançamento ocorreu em 03/11/2014, conforme AR à fl. 523.

Em 03/12/2014 a empresa apresentou impugnação ao lançamento, fls.529/567, 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.531)

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 efetuá-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. 537)

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.542)

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 Principio da Razoabilidade (fl. 545)

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. 559)

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 autorizadoras 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."

Inconformado com o v. acórdão, o contribuinte e seus sócios diretores foram intimados da decisão (fl.662/672), interpondo Recurso Voluntário (fls.683/720).

Em resumo, reafirma a Recorrente seus argumentos da impugnação, pugnando a reforma da decisão "a quo" e o provimento integral de seu recurso, cancelando-se a exigência.

Apresenta Agravo, informando uma matéria relativa a multa por atraso e colaciona uma cópia de uma jurisprudência do STF sobre multa. (fls. 724/739).

A D. Procuradoria apresenta Contra-razões as fls. 742/758, clamando pela manutenção da decisão de 1 Instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

1. ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos previstos em lei.

Cumprе ressaltar, que tanto a empresa autuada como os sócios diretores responsabilizados solidariamente no auto de infração, foram notificados e apresentaram o Recurso Voluntário em conjunto, sendo que todos outorgaram poderes para o procurador que assinou as defesas no processo em epigrafe por meio de instrumentos de mandato assinados individualmente.

Desta forma, admito o Recurso Voluntário tanto para a empresa, como para os sócios diretores.

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 calculo 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 nº 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.

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, trancreve-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.

Pag 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.

	janeiro	fevereiro	março	abril	maio	acumulado
Receita bruta	267.363.878	469.066.927	304.433.667	289.627.636	668.239.086	1.878.710.082
Lucro líquido	140.820.880	393.890.063	286.687.284	248.661.827	190.068.292	1.269.118.336

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 CarlosWanzeler, porém, é assinado pelo Sr Carlos Costa representante da Telexfree LLC. É fato que a TelexfreeLLC 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:

	janeiro	fevereiro	março	abril	maio	acumulado
Receita bruta	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

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 incontestável, 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 o 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 atuado 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 atuada, 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 atuada, 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."

4 CONCLUSÃO

Processo nº 15586.720626/2014-83
Acórdão n.º **1402-002.130**

S1-C4T2
Fl. 787

Isso posto, voto por conhecer do Recurso Voluntário interposto pela empresa e seus sócios diretores e nego provimento aos recursos.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

CÓPIA