



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.726785/2015-65
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-006.220 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2022
Recorrente OBOE DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

MATÉRIA NÃO CONTESTADA EM IMPUGNAÇÃO. INOVAÇÃO NA CAUSA DE PEDIR. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA.

Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão consumativa em relação ao tema.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe a nulidade do lançamento quando a exigência Fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do lançamento, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2010, 2011

PAGAMENTO SEM CAUSA. DECADÊNCIA. CONTAGEM. ART. 173 DO CTN.

O Imposto de Renda incidente na Fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, ou sem comprovação da operação ou da causa, submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN (Súmula CARF nº 114).

CRÉDITOS INEXISTENTES. AQUISIÇÃO DE DIREITOS. PAGAMENTO SEM CAUSA.

Configura pagamentos sem causa, para fins de incidência do Imposto de Renda incidente da Fonte, os valores pagos por direitos relativos a créditos inexistentes.

CRÉDITOS EM INADIMPLÊNCIA. AQUISIÇÃO DE DIREITOS. FUNDOS DE INVESTIMENTO. APLICAÇÃO À REVELIA DOS INVESTIDORES. PAGAMENTO SEM CAUSA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Não configura pagamentos sem causa, para fins de incidência do Imposto de Renda incidente da Fonte, os valores pagos por direitos relativos a créditos em situação de inadimplência, bem como aqueles referentes a aplicações em fundos de investimento à revelia dos investidores.

ADMINISTRADOR. ATOS EM INFRAÇÃO À LEI. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES. RESPONSABILIDADE.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

FRAUDE. SONEGAÇÃO. CONLUIO. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

O percentual da multa aplicável no lançamento de ofício será duplicado, no casos de ocorrência de fraude, conluio ou sonegação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em (i) não conhecer do Recurso Voluntário apresentado por Joeb Barbosa Guimarães Vasconcelos; (ii) não conhecer do recurso voluntário apresentado pelo Sr. José Newton Lopes de Freitas, em nome de Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A. e Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A.; e (iii) conhecer parcialmente do recurso voluntário apresentado, em nome próprio, pelo Sr. José Newton Lopes de Freitas, deixando de conhecer das matérias não abordadas na Impugnação. Acordam, ainda, também por unanimidade de votos em rejeitar as preliminares de nulidade e a prejudicial de decadência, e, no mérito, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, apenas, para excluir da base de cálculo do lançamento os valores relativos a cessões de direitos relativos a faturas de cartões de crédito em situação de inadimplência e a desvios de recursos aplicados por investidores por meio de Certificados de Aplicação, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcelo Cuba Netto, Flávio Machado Vilhena Dias, Ailton Neves da Silva (Suplente convocado), Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Fellipe Honório Rodrigues da Costa (Suplente convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo (presidente). Ausente o Conselheiro Marcelo Oliveira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário frente ao Acórdão nº 16-77.631, proferido pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP (fls. 3.254 a 3.299), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, e cuja ementa é a seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO E/OU PAGAMENTO SEM CAUSA. NÃO CONFIRMAÇÃO DA CAUSA INFORMADA NA CONTABILIDADE.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado, ou não comprovar a operação ou a causa do pagamento efetuado, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS. AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS EM DESCUMPRIMENTO AO REGULAMENTO DO FUNDO. AQUISIÇÃO DE CRÉDITO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE CAUSA PARA A OPERAÇÃO.

Considera-se sem causa o pagamento realizado como contrapartida à cessão de crédito inexistente ou sem conformidade ao regulamento do fundo de investimento em direito creditório.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OPERAÇÕES EM RENDA FIXA. DESVIO PARA FUNDOS DE INVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE PAGAMENTO SEM CAUSA.

Considera-se pagamento sem causa a entrega a fundo de investimento de recursos captados junto a investidores como investimento de renda fixa, quando não houver o consentimento de tais investidores, e em desacordo com a legislação e regulação vigentes.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVA.

A impugnação deve estar instruída com todos os documentos e provas que possam fundamentar as contestações de defesa. Alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios não são suficientes para infirmar a procedência do lançamento questionado.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. O direito de a Fazenda Pública proceder novo lançamento ou lançamento suplementar decai em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos de tributo não sujeito à homologação.

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO POSTERIOR DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

As regras do Processo Administrativo Fiscal estabelecem que a impugnação deverá ser instruída com os documentos em que se fundamentar, mencionando, ainda, os argumentos pertinentes e as provas que o reclamante julgar relevantes. Descabe atendimento a pedido de apresentação posterior de prova que destoa das hipóteses excepcionais previstas no § 4º, do art. 16, do Decreto 70.235/72, sobretudo quando a natureza do pedido é genérica.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

A diligência é reservada à elucidação de pontos duvidosos que exijam esclarecimentos especializados para o deslinde da questão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

PERSONALIDADE JURÍDICA. FUNDO DE INVESTIMENTO. CONDOMÍNIO. INEXISTÊNCIA.

Os fundos de investimento regulados pela Comissão de Valores Imobiliários são organizados como condomínios abertos ou fechados, não adquirindo personalidade jurídica por falta de previsão legal.

OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Tratando-se de situação de fato, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos, podendo ser desconsiderados atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 116 do Código Tributário Nacional - CTN.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Os mandatários de fato da pessoa jurídica respondem pessoalmente, de forma solidária com a autuada, pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

MULTA QUALIFICADA.

Cabível a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) quando caracterizado a ocorrência de ação dolosa tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência das circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária principal de modo a evitar o seu pagamento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2010, 2011

CNPJ. CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS JURÍDICAS. PERSONALIDADE JURÍDICA. RECONHECIMENTO. INOCORRÊNCIA.

A inscrição de entidade no CNPJ não implica reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Os presentes autos tratam de lançamento de ofício relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), relativo aos anos-calendários de 2010 e 2011, conforme Auto de Infração de fls. 2 a 30, no valor de R\$ 80.024.160,05 (juros de mora calculados até 09/2015) e Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades de fls. 47 a 85.

A decisão de primeira instância assim descreve o procedimento fiscal:

Nota inicial

Para buscar maior simplicidade notacional, as principais empresas e fundos envolvidos neste processo serão aqui referidos da seguinte forma:

- Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S. A. será referida como **Oboé DTVM**;

- Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S. A. será referida como **Oboé Card**;
- Oboé Crédito Financeiro e Investimento S. A. será referida como **Oboé CFI**;
- Cia. de Investimento Oboé será referida como **Oboé CI**;
- Clássico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios será referido como **Fundo Clássico**;
- Erudito Fundo de Investimento em Cotas será referido como **Fundo Erudito**;
- Oboé Multicred Fundo de Investimento em Direitos Creditórios será referido como **Fundo Multicred**;
- a massa falida formada a partir da decisão judicial de 21/05/2013 que decretou a falência da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A, Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A, Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A, e Companhia de Investimento Oboé, com a extensão dos efeitos a Advisor Gestão de Ativos S.A, Oboé Holding Financeira S.A e José Newton Lopes de Freitas; e que posteriormente passou a incluir também, pela decisão judicial de 16/04/2014 que estendeu os efeitos da falência a Magazines Brasileiros Ltda e Clarinete Promotora de Vendas e Serviços Financeiros Ltda, será referida como **Massa Falida**.

Descrição do processo

Este processo refere-se à autuação da MASSA FALIDA DA OBOÉ DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A, CNPJ 01.581.238/0001-75, constituindo crédito tributário referente a IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte, incidente sobre pagamento sem comprovação da operação ou de sua causa.

Os montantes lançados, objeto deste processo, correspondem ao descrito a seguir:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRRF)	Art. 61 da Lei 8.981/95 Art. 674 e 675 do RIR/99 Art. 674, do RIR/99	27.293.992,07
Juros de Mora (calculados até 03/2015)	Art. 61, §3º, da Lei nº 9.430/96	11.789.179,52
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, e §1º da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007	40.940.988,46
TOTAL		80.024.160,05

Também foram autuados, como responsáveis tributários as seguintes pessoas (indicadas com o correspondente fundamento legal de imputação de responsabilidade tributária):

- JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS, CPF 013.398.183-53, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- ESPÓLIO DE ELIZIÁRIO PEREIRA DA GRAÇA JUNIOR, CPF 118.220.903-34, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- JOEB BARBOSA GUIMARÃES DE VASCONCELOS, 614.686.143-04, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- MASSA FALIDA DA OBOÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, CNPJ 01.432.688/0001-41, enquadrada no art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66; e
- MASSA FALIDA DA OBOÉ TECNOLOGIA E SERVIÇOS FINANCEIROS S/A, CNPJ 35.222.090/0001-40, enquadrada no art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

Procedimento Fiscal e autuação

Inquérito do Banco Central, Falência, Denúncia Criminal e Ação Fiscal –Linha do Tempo

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a Oboé DTVM era empresa cuja atividade correspondia à instituição, organização e administração de fundos de investimento. Essa empresa é parte do conglomerado financeiro Oboé, formado pelas empresas Oboé DTVM e Oboé CFI (arrolada como responsável tributária no lançamento).

O conglomerado financeiro Oboé, por sua vez, está inserido no Grupo Oboé que, além das empresas financeiras, concentra outras não-financeiras, como a Oboé CI, a Oboé Card, a Oboé Holding Financeira S/A, a Advisor Gestão de Ativos S/A, entre outras empresas, com objetos sociais diversos, e fundos de investimento.

As empresas do GRUPO OBOÉ, entre elas a OBOÉ DTVM (autuada neste processo), sofreram intervenção do Banco Central do Brasil - BACEN sob fundamento de comprometimento patrimonial e financeiro da sociedade e da existência de "graves violações às normas legais e estatutárias". O regime especial de intervenção foi posteriormente convertido em liquidação extrajudicial, tendo as empresas do GRUPO OBOÉ sido investigadas em inquéritos administrativos instaurados pelo BACEN, que apontaram diversas irregularidades com consequências no âmbito administrativo, penal e tributário.

Destaca a Autoridade Fiscal que os inquéritos do Bacen apontaram patrimônio líquido negativo na Oboé CFI (R\$ 175.833.000,00) na Oboé DTVM (R\$ 19.155.000,00) e na Oboé Card(R\$ 36.800.000,00).

As três empresas tiveram regime de intervenção decretado pelo Bacen em **15/09/2011**, que posteriormente, foi convertido pelo Bacen em regime especial de liquidação extrajudicial, em **09/02/2012**.

Em **21/05/2013**, foi decretada pela 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Fortaleza a falência das empresas Oboé Card, Oboé CI, Oboé DTVM, e Oboé CFI, com a extensão dos efeitos da falência à Oboé Holding Financeira S.A., Advisor Gestão de Ativos S.A., e à pessoa física de José Newton Lopes de Freitas. Foi nomeada como administradora judicial da massa falida Valéria Previtera da Silva.

Em **10/12/2013**, decisão de desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará, em Agravo de Instrumento, suspendeu o regime falimentar; em **11/12/2013**, o Bacen restabeleceu o regime de liquidação extrajudicial.

Em **31/01/2014**, decisão de desembargadora do Tribunal de Justiça, em Mandado de Segurança, restabeleceu a decisão que decretou o regime falimentar.

Em **05/02/2014**, foi determinada a continuidade do regime falimentar pela 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Fortaleza.

Em **31/03/2014**, o MPF apresentou Denúncia Criminal, junto à 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará da Justiça Federal, contra diretores e gerentes, contador e analista de sistemas de empresas do grupo, por crimes contra o sistema financeiro e associação criminosa.

Em **16/04/2014**, o Juiz da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Fortaleza decretou a extensão dos efeitos da falência às empresas Magazines Brasileiros Ltda. e Clarinete Promotora de Vendas e Serviços Financeiros Ltda, atendendo a pedido da Administradora Judicial da massa falida.

Em **05/05/2015** e em **26/08/2015**, motivado por demanda do Ministério Público Federal, o Juiz Federal Titular da 32ª Vara Federal , autorizou o compartilhamento com a

Receita Federal dos dados relacionados à Denúncia Criminal citada acima, envolvendo as empresas integrantes do GRUPO OBOÉ, bem como de informações das investigações em inquéritos administrativos instaurados pelo Banco Central do Brasil. Em especial, o Juízo autorizou expressamente o compartilhamento de informações de quaisquer contribuintes, cabendo à Receita Federal o juízo fundamentado sobre a pertinência de eventuais lançamentos tributários decorrentes dos dados presentes nos autos.

A ação fiscal teve início em **15/06/2015**, com a ciência dada pela administradora judicial da massa falida.

O auto de infração foi lavrado em **03/09/2015**, com ciência da Massa Falida na data de **10/09/2015**, e dos responsáveis tributários em **16/09/2015** (Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos e espólio de Eliziário Pereira da Graça Júnior) e **17/09/2015** (José Newton Lopes de Freitas).

Fatos geradores

Dessa forma, a Autoridade Fiscalizadora efetuou o lançamento a partir da constatação de pagamentos efetuados ou de recursos entregues a terceiros sem comprovação da operação ou de sua causa, que estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte à alíquota de 35% (trinta e cinco por cento), conforme previsto no caput e § 10 do art. 61 da Lei 8.981/95, c/c caput e § 10 do art. 674 do Decreto 3.000/99.

Os fatos geradores são os seguintes:

- Pagamentos efetuados ou recursos entregues pela Oboé DTVM à Oboé Card, pela cessão de direitos sobre faturas de cartão de crédito inexistentes ou em flagrante situação de inadimplência; e
- Desvio de recursos aplicados por investidores por meio de Certificados de Aplicação, para fundos de investimento (CLÁSSICO, ERUDITO e MULTICRED), sem o seu consentimento.

O Auditor-Fiscal informa, ainda que anexou ao Termo de Verificação Fiscal:

- o Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil referente à Oboé DTVM,
- os atos constitutivos da empresa e alterações posteriores,
- as defesas prévias, apresentadas no processo penal de apuração de crimes contra o sistema financeiro e associação criminosa, de José Newton Lopes de Freitas, de Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos e de Eliziário Pereira da Graça Júnior.

A seguir, serão apresentadas as considerações informadas pela Fiscalização, que levaram à formação da convicção a respeito da ocorrência dos fatos geradores.

Pagamentos efetuados ou recursos entregues pela Oboé DTVM à Oboé Card, pela cessão de direitos sobre faturas de cartão de crédito inexistentes ou em flagrante situação de inadimplência

Em resposta a intimação para apresentação de informações e documentos, a Massa Falida a apresentou à Fiscalização os Termos de Cessão de Direitos Creditórios. Com base nos mesmos, e em controle obtido junto à tesouraria da Oboé Card, e que se encontrava em anexo ao Relatório Final da Comissão de Inquérito do Bacen, referente à Oboé DTVM, foi elaborada a planilha **“Pagamentos efetuados pela Oboé DTVM à Oboé Card pela cessão de direitos sobre faturas de cartão de crédito inexistentes**

ou em flagrante situação de inadimplência”, que consta como anexo do termo de verificação fiscal.

Nessa planilha estão listados os pagamentos que serviram de base para o lançamento efetuado, referentes à aquisição de direitos creditórios inexistentes ou em flagrante situação de inadimplência.

Foram realizadas 63 cessões de direitos sobre faturas de cartão de crédito, entre 02/09/2010 e 15/09/2011.

A Fiscalização também obteve da Massa Falida os comprovantes de transferência bancária (TED) correspondentes às referidas cessões.

Dos anexos do Relatório da Comissão de Inquérito do Bacen, também foi obtido o modelo do contrato de promessa de cessão de direitos creditórios, com as condições gerais de todas as cessões entre a Oboé Card e o Fundo Clássico, administrado pela Oboé DTVM. A Massa Falida não apresentou contrato de promessa de cessão de direitos creditórios, apenas os termos de cessão de direitos creditórios.

De acordo com a Fiscalização, a comissão de inquérito do Bacen apurou que, nas transações em questão, a empresa Oboé Card cedia direitos derivados de faturas de cartão de crédito ao Fundo Clássico, administrado pela Oboé DTVM, sem qualquer informação quanto à inadimplência ou mesmo inexistentes. Citando o relatório:

“A essência da fraude envolveu a cessão de faturas relativas a clientes inadimplentes, com atraso significativo. Como característica inerente ao seu negócio, mensalmente, a OBOÉ CARD gerava faturas para todos os titulares de cartões por ela emitidos que tivessem algum tipo de débito, seja de compras, de saque (saque mais) ou de juros e outros encargos. Com isso, ainda que o cliente não efetuasse nenhum pagamento do saldo devedor de uma fatura, no mês seguinte era emitida nova fatura somando ao saldo devedor de uma fatura anterior os juros e encargos referentes ao mês. Com isso, em cartões inadimplentes a períodos mais longos, os valores das faturas são significativamente maiores do que o valor do principal (ou seja, as compras e saques efetivamente feitos pelos titulares dos cartões).

O aspecto da multiplicidade consistiu na cessão de 2 ou até 3 faturas relativas a um mesmo cartão. Dado o processo já descrito, a emissão de uma fatura anula a anterior já que os débitos da fatura anterior, se a mesma não foi totalmente paga, são incluídos na nova fatura. Assim, a cessão de mais de uma fatura por cartão se constitui fraude, pois representa a cessão de um direito creditório inexistente.”

Tais cessões estariam violando o Regulamento do Fundo Clássico, em particular o art. 10, incisos I e II:

“Art. 10. Para que possam ser adquiridos para a carteira do FUNDO, os direitos creditórios deverão atender os seguintes critérios adicionais de elegibilidade:

I — os direitos creditórios deverão recair sobre débitos a vencer, vedada a aquisição de dívida vencida;

II — os direitos creditórios deverão ter no pólo passivo devedores adimplentes, vedada a aquisição de dívida de devedor inadimplente ou com restrições cadastrais (conta encerrada, protesto, execução, etc.);

III — a aquisição de direitos creditórios poderá ser contratada sem a coobrigação do cedente, mas o cedente sempre será responsável pela legitimidade e pela formalização dos direitos creditórios.”

A partir de julho de 2011 até a intervenção do Banco Central, os valores das cessões de direitos creditórios passaram a ser arbitrados aleatoriamente por números de CPF de

clientes cadastrados nos bancos de dados, sem nenhuma correspondência com operações e faturas de cartões de crédito reais, ainda que inadimplentes.

Ficou constatado pela Comissão de Inquérito do Banco Central que, de acordo com posição de 14/09/2011, data da intervenção, 62% dos valores cedidos ao Fundo Clássico eram de direitos creditórios de cartões de crédito inadimplentes e 14% relativos a faturas duplicadas, em que foi utilizada a mesma fatura, relativa ao mesmo titular, para ser cedida mais de uma vez. A carteira do Fundo Clássico teria estado comprometida pelo menos em 76% por conta dessas cessões.

Foram detectados casos em que os direitos creditórios relativos a um mesmo cartão foram cedidos duas (11.264 cartões) ou três vezes (2 cartões), chegando-se em 14/09/2011 (data da intervenção) a um total de títulos podres cedidos para o Fundo Clássico equivalente a R\$ 38 milhões.

Também foi constatado que houve cessão anterior de tais direitos creditórios em 23/04/2010 ao Banco Daycoval como garantia de empréstimos contraídos.

Mesmo conhecendo tais fatos, os administradores da Oboé DTVM (administradora do Fundo Clássico), aceitaram como boas as cessões de títulos já cedidos a outra instituição.

A Oboé DTVM chegou a admitir, no curso da Ação Fiscal, a irregularidade. Em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal, ao apresentar os Termos de Cessão de Direitos Creditórios, informou à Autoridade Lançadora:

"Tais faturas eram reais, embora emitidas para titulares de cartão Oboé há muito tempo inadimplentes. Apenas pouco mais de 10% do total dessas faturas foram duplicadas, portanto irreais."

O lançamento foi efetuado tendo como sujeito passivo a Oboé DTVM, que administrava o Fundo Clássico, já que foi ela quem efetivamente efetuou os pagamentos à Oboé Card. Os recursos dos investidores eram primeiramente depositados na conta da Oboé DTVM e posteriormente repassados para a conta do Fundo Clássico. A partir daí eram efetuadas cessões de faturas de cartão de crédito da Oboé CARD para o Fundo Clássico de acordo com as necessidades de caixa da Oboé Card e Oboé CFI. O pagamento era efetuado pela Oboé DTVM à Oboé Card por meio da conta bancária do Fundo Clássico.

O Fundo Clássico, portanto, teria sido usado como veículo para as transferências.

Continua o Auditor-Fiscal observando que o Ministério Público informa, na Denúncia, que as cessões de crédito para o Fundo Clássico eram feitas de acordo com as necessidades de caixa da Oboé Card, que efetuava o repasse dos recursos à Oboé CFI, necessários para liquidar operações relacionadas ao "Convênio Unique" (que, de acordo com um dos depoentes, seria dívida da Oboé Card junto à Oboé CFI). Os recursos da Oboé DTVM, portanto, eram depositados na conta do Fundo Clássico, que realizava as transferências para a Oboé Card, contra cessões de crédito irregulares (em desacordo com a lei e o regulamento do Fundo Clássico). Os recursos eram posteriormente repassados à Oboé CFI.

Com as transações correspondentes a pagamento sem causa, que entendeu a Fiscalização subsumirem-se ao previsto no art. 61 da Lei 8.981/95 e art. 674 do Decreto 3.000/99. Nessa hipótese, está sujeito o pagamento à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%. Conforme o previsto na legislação, e demonstrado na planilha anexa ao auto de infração, a base de cálculo para aplicação do percentual de 35% foi obtida dividindo-se os valores referentes aos pagamentos sem causa por 65%.

Por fim, com relação a essas infrações, a Autoridade Autuante informa que houve a qualificação da multa nos termos do art. 44, inciso I e § 10 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c art. 73 da Lei 4.502/64, uma vez que houve fraude e conluio, que tinham por objetivo dar um aspecto de normalidade e legalidade às movimentações de recursos financeiros, ocultando sua verdadeira natureza, a de desvio de recursos dos investidores com a respectiva ocultação dos fatos geradores e supressão dos tributos lançados.

Recursos captados mediante a emissão de certificados de aplicação e desviados para fundos de investimento sem a autorização dos investidores

Em resposta a intimação para apresentação de informações e documentos, a Massa Falida a apresentou à Fiscalização os Certificados de Aplicação emitidos pela Oboé DTVM. Com base nos mesmos, e em declarações dos investidores que tiveram seus recursos desviados, conforme o Relatório Final da Comissão de Inquérito do Bacen, referente à Oboé DTVM, foi elaborada a planilha **“Pagamentos efetuados pela Oboé DTVM à Oboé Card pela cessão de direitos sobre faturas de cartão de crédito inexistentes ou em flagrante situação de inadimplência”**, que consta como anexo do termo de verificação fiscal.

Nessa planilha estão listados os recursos captados pela Oboé DTVM junto a investidores, por meio da emissão de Certificados de Aplicação, e posteriormente desviados, sem o consentimento de tais investidores, para os fundos de investimento Erudito, Clássico e Multicred.

Como suporte probatório, a Fiscalização anexou ao termo de verificação fiscal os extratos da conta corrente da OBOÉ DTVM junto ao Bic Banco e os comprovantes das transferências bancárias (TED's) da conta corrente da OBOÉ DTVM para as contas correntes dos fundos de investimento, fornecidos pela Massa Falida, bem como o Razão Contábil da conta corrente da OBOÉ DTVM junto ao Bic Banco.

De acordo com o Ministério Público, os Certificados de Aplicação eram emitidos pela Oboé DTVM como forma de captar recursos que eram posteriormente desviados para fundos de investimento administrados pela Oboé DTVM (Fundos Erudito, Clássico e Multicred), à revelia dos aplicadores. Ainda segundo o MP, baseado no inquérito do Bacen, os Certificados de Aplicação subtraídos da contabilidade oficial corresponderam a R\$11.840.000,00 em títulos emitidos pela Oboé DTVM.

Além disso, também a Oboé CFI emitia RDBs, que eram omitidos da contabilidade oficial.

As operações eram registradas no sistema de informação denominado “Sistema CFI”, que não alimentavam, no entanto, outro sistema, o “Sistema Finance”, do qual eram extraídas as informações para os clientes, e para a contabilidade apresentada para os órgãos oficiais.

Os recursos dos RDBs emitidos pela Oboé CFI e dos Certificados de Aplicação, emitidos pela Oboé DTVM, eram desviados para os fundos administrados pela última.

Tais transferências eram feitas à revelia dos aplicadores. Os clientes que haviam aplicado em RDB, na Oboé CFI, acreditavam que suas aplicações continuavam registradas como RDBs emitidos pela Oboé CFI, ao passo que os investidores que adquiriam Certificados de Aplicação da Oboé DTVM eram levados a crer que seus recursos eram títulos de renda fixa com garantia do Fundo Garantidor de Crédito.

De acordo com a denúncia do Ministério Público, a fraude, embasada nos depoimentos dados por Ana Carolina Barbosa Paz, Jean Carlo Brasileiro, e Otávio Lins Lima, anexados ao processo, a fraude foi criada por José Newton Lopes de Freitas, em conjunto com os administradores da Oboé DTVM, Elizário Pereira da Graça Júnior e

Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos. As diretrizes dos procedimentos eram traçadas por José Newton e Eliziário, ao passo que Joeb efetivava as transferências à revelia dos clientes.

O objetivo seria alavancar as carteiras de aplicações em fundos de investimentos administrados pela Oboé DTVM. Os fundos eram, assim, usados como meio para as fraudes.

Inicialmente, eram desviados os valores aplicados por clientes, em RDBs, junto à Oboé CFI. A partir do final de 2010, teria-se iniciado a transferência, à revelia, de aplicações de RDB da Oboé CFI para os fundos de investimento administrados pela Oboé DTVM (Clássico, Erudito e Multicred). Posteriormente, também foram desviados os recursos dos Certificados de Aplicação emitidos pela Oboé DTVM para os fundos.

Entende, portanto, a Autoridade Fiscal que o desvio fraudulento de recursos captados de investidores para fundos de investimento sem o seu consentimento materializa a entrega de recursos a terceiros sem a comprovação de causa, conforme previsto no § 10 do art. 61 da Lei 8.981/95 e § 10 do art. 674 do Decreto 3.000/99.

No lançamento em discussão, foram considerados apenas os valores desviados referentes aos Certificados de Aplicação emitidos pela Oboé DTVM, não tendo sido considerados os valores desviados referentes aos RDBs emitidos pela Oboé CFI.

Com as transações correspondentes a pagamento sem causa, que entendeu a Fiscalização subsumirem-se ao previsto no art. 61 da Lei 8.981/95 e art. 674 do Decreto 3.000/99. Nessa hipótese, está sujeito o pagamento à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%. Conforme o previsto na legislação, e demonstrado na planilha anexa ao auto de infração, a base de cálculo para aplicação do percentual de 35% foi obtida dividindo-se os valores referentes aos pagamentos sem causa por 65%.

Por fim, com relação a essas infrações, a Autoridade Autuante informa que houve a qualificação da multa nos termos do art. 44, inciso I e § 10 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c art. 73 da Lei 4.502/64, uma vez que houve fraude e conluio, que tinham por objetivo dar um aspecto de normalidade e legalidade às movimentações de recursos financeiros, ocultando sua verdadeira natureza, a de desvio de recursos dos investidores com a respectiva ocultação dos fatos geradores e supressão dos tributos lançados.

Cientificados do lançamento, o sujeito passivo principal e os demais responsáveis apresentaram Impugnações.

A Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., a Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A. a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A. e José Newton Lopes de Freitas apresentaram, em 06/10/2015, Impugnação conjunta, por meio da qual alegam:

(i) violação ao princípio da presunção da inocência, uma vez que a autoridade fiscal teria acolhido, sem críticas, as conclusões do relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil (Bacen);

(ii) que os fatos geradores apontados constituiriam "*falso pretexto*" de pagamento sem causa ou operação não comprovada;

(iii) que José Newton Lopes de Freitas, Eliziário Pereira da Graça Júnior, Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos, Massa Falida de Oboé Crédito, Financiamento e

Investimento S.A. e Massa Falida de Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A., não poderiam ser considerados responsáveis tributários, posto que as três pessoas físicas citadas não seriam acionistas da Oboé DTVM nem da Oboé CFI e Oboé Card;

(iv) a decadência dos fatos geradores anteriores a setembro de 2010;

(v) a ilegitimidade da Oboé DTVM para figurar no pólo passivo da autuação, posto que os fundos por ela administrados possuem personalidade jurídica própria;

(vi) a regularidade das cessões de crédito realizadas pela Oboé Card, a autuação da Oboé DTVM apenas como administradora, não tendo suportado os desembolsos em favor daquela, e a ausência de comprovação dos saldos devedores inexistentes ou devedores inadimplentes, de modo a caracterizar o pagamento sem causa;

(vii) que a Oboé DTVM funcionou apenas como intermediária na colocação de cotas de emissão de fundos de investimentos, e que não houve desvio de recursos sem o consentimento dos investidores;

(viii) que *"a responsabilização de sócio só cabe na hipótese de sócio-gerente e, mesmo assim, quando houver comprovação de abuso do poder ou infringência à lei, ou ao contrato social, ou estatuto"*

(ix) que há questões do auto de infração já submetidas à apreciação judicial.

Efetuaram, ainda, pedido de realização de diligência junto à Citibank DTVM (que teria atuado como "custodiante, controladora e escrituradora") e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Foi apresentada, em 09/10/2015, Impugnação, ainda, em nome da Massa Falida de Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A, da Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A, da Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A, da Companhia de Investimento Oboé, da Advisor Gestão de Ativos S.A, da Oboé Holding Financeira S.A, de José Newton Lopes de Freitas, da Magazines Brasileiros Ltda e da Clarinete Promotora de Vendas e Serviços Financeiros Ltda, na qual sustentam:

(i) a contagem do prazo decadencial na forma do art. 150, §4º, do CTN, posto que a fraude capaz de afastar tal norma seria a fraude tributária, prevista nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, não possuindo tal condão a fraude cível, como nos autos;

(ii) a ilegitimidade da Oboé DTVM para figurar no pólo passivo da autuação, quando o lançamento deveria ser efetuado em relação ao Fundo Clássico;

(iii) que *"jamais se poderá confundir a falta de comprovação da causa da operação com a eventual ilegalidade do negócio jurídico identificado e efetivamente ocorrido"*;

(iv) "bis in idem" em relação aos pagamentos efetuados pelo Fundo Clássico que geraram receitas e teriam sido regularmente tributadas na Oboé Card;

(v) que a causa para destinação dos recursos de investidores entregues pela Oboé DTVM aos Fundos estaria caracterizada, não podendo haver a incidência do IRRF;

(vi) que não poderia ter havido a aplicação da multa qualificada, posto que inexistente o enquadramento nas situações previstas nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Finalmente, o responsável Jobb Barbosa Guimarães Vasconcelos apresentou Impugnação, por meio da qual, argui:

(i) a inexistência de responsabilidade sua quanto à Oboé DTVM;

(ii) a ausência de distinção do trabalho fiscal em relação às movimentações financeiras da oboé DTVM e dos Fundos de Investimentos por ela administrados, bem como dos clientes dos referidos Fundos;

(iii) a desconsideração pela autoridade fiscal do trabalho da auditoria independente.

A decisão de primeira instância (fls. 3.254 a 3.299) não conheceu da Impugnação apresentada em 06/10/2015, em relação a Oboé DTVM, Oboé CFI e Oboé Card, por vício de representação, uma vez que foi assinada por José Newton Lopes de Freitas, quando deveria ter sido assinada pelo administrador judicial da massa falida. Não conheceu ainda da Impugnação apresentada por Jobb Barbosa Guimarães de Vasconcelos, por intempestividade.

Ao rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração por suposta violação ao princípio da presunção de inocência, posto não se tratar de causa de nulidade prevista na legislação, afastou, ainda, a alegação de que a autoridade fiscal teria embasado o auto de infração diretamente nas imputações da Comissão de Inquérito do Bacen.

O Acórdão recorrido não acolheu a alegação de decadência do direito de constituição do crédito tributário, por entender que, no caso de *"pagamentos a beneficiários não identificados ou de pagamentos sem causa não se sustenta a aplicação do prazo decadencial do §4º do art. 150 do CTN, visto que a lei não atribuiu ao sujeito passivo o dever de apurar e pagar o IRRF devido, antes de qualquer procedimento de ofício"*. Ademais, no caso de fraude, teria aplicação a contagem do prazo decadencial na forma do art. 173, inciso I, do CTN.

A decisão também não acatou a tese de que a constituição do crédito tributário não deveria ter sido realizada na Oboé DTVM, mas no Fundo Clássico. Para o julgador a quo, *"a inscrição no CNPJ não confere personalidade jurídica à entidade, ou a reconhece"*, permanecendo o referido Fundo na condição de condomínio. A par disso, a acusação fiscal é de que a Oboé DTVM se utilizou do Fundo Clássico como meio para realização da transferência dos recursos dela provenientes.

Em relação às cessões e transferências de créditos, concluiu que se trata de aplicação de recursos em créditos *"que não podem ser exigidos, o que torna seu valor efetivamente inexistente"*. Além disso, a correção da escrituração das cotas, autorizada pelo Bacen, apenas transferiu parte das cotas para a Oboé CFI (e não para a Oboé Card, executora dos pagamentos) e não teria o condão de afastar a constatação de pagamentos embasados em justificativa inadequada.

Quanto às teses de que a causa das operações era conhecida, apenas irregular, e de que as receitas foram tributadas na Oboé Card, o julgador as rejeitou, por considerar que *"a*

irregularidade nos negócios observados é que deixa clara a ausência de causa para os pagamentos", e que, ocorrendo a hipótese do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, deve haver a incidência do IRRF, não havendo condicionantes relacionadas com a destinação dos recursos pela pessoa que os receber. Pontuou, ainda, a ausência de caracterização de *bis in idem*, pois não houve fato tributado duas vezes.

No que diz respeito à qualificação da multa, considerou existente *"uma série de condutas, de descritas pela Fiscalização, praticadas pelos autuados, dolosas, com o objetivo de impedir o conhecimento de fatos geradores"*.

Entendeu cabível a responsabilização solidária, com base no art. 124, inciso I, do CTN, da Oboé Card (pela participação nos pagamentos relacionados à cessão de faturas de cartão de crédito irregulares) e à Oboé CFI (pelo interesse no recebimento dos repasses para pagamento de convênio).

Em relação às pessoas físicas, também considerou pertinente a atribuição de responsabilidade, com base no art. 135, inciso III, do CTN, posto que detinham posição de diretoria e agiram em violação ao regulamento do Fundo Clássico e à regulação do Banco Central.

Por fim, considerou não formulado o pedido de diligência e produção de provas, por haver sido realizado em termos genéricos, não atendendo aos requisitos do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Após a ciência da citada decisão, a Massa falida de Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A., Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A., Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Companhia de Investimento Oboé, Advisor Gestão de Ativos S.A., Oboé Holding Financeira S.A., José Newton Lopes de Freitas, Magazines Brasileiros Ltda e Clarinete Promotora de Vendas e Serviços Financeiros Ltda os sujeitos passivos apresentaram Recurso Voluntário conjunto (fls. 3.350 a 3.374), no qual se limitam a repetir os termos da Impugnação apresentada.

Às fls. 3.392 a 3.458, a Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, a Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A., a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A e o Sr. José Newton Lopes de Freitas apresentaram Recurso Voluntário conjunto, no qual sustentam:

(i) que a decisão recorrida confunde as pessoas jurídicas falidas com a massa falida, sendo que as pessoas jurídicas recorrentes, em falência, são representadas pelos seus administradores, conforme o art. 81, §2º, da Lei nº 11.101, de 2005, enquanto a massa falida é representada pelo administrador judicial, na forma do art. 22, inciso III, alínea "n", da mesma Norma. Assim, as referidas pessoas jurídicas são partes legítimas no presente processo e podem ser representadas por seu representante legal;

(ii) a nulidade processual, uma vez que a falida não foi intimada para apresentar Impugnação e o Acórdão recorrido não reconheceu a capacidade processual das falidas;

(iii) a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios do devido processo legal, legalidade, moralidade e eficiência, tendo em vista a denegação do pedido de realização de diligências e acesso integral ao processo;

(iv) a nulidade do Acórdão recorrido, por não haver examinado adequadamente as questões de fato e de direito;

(v) violações a princípios no curso no processo de intervenção por parte do Banco Central e liquidação extrajudicial;

(vi) mesmas alegações trazidas na Impugnação, no que diz respeito à decadência, responsabilidade solidária e personalidade jurídica dos fundos de investimento;

(vii) novas alegações relacionadas com as apurações realizadas pelo Banco Central, com cessão anterior de créditos ao Banco Daycoval S.A., com *bis in idem* em relação ao processo nº 10380.730501/2015-35, com suposta inversão do ônus da prova e com a redução da multa de ofício.

Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos, por sua vez, apresentou o Recurso Voluntário de fls. 3.484 a 3.494, em que pleiteia:

(i) que todas as comunicações de atos processuais sejam realizadas, exclusivamente, em nome de advogado;

(ii) que o prazo para apresentação da Impugnação seja contado em dobro, uma vez que os autuados possuem procuradores distintos, conforme art. 191 do CPC/73, de aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo;

(iii) o reconhecimento da ilegitimidade passiva e inexistência de sua responsabilidade solidária, uma vez que decisão judicial, com trânsito em julgado, no processo nº 0002026-41.2011.5.07.009, da 9ª Vara do Trabalho de Fortaleza, teria reconhecido a sua condição de empregado, sem amplos poderes de direção. Além disso, não teria assinado nenhum cheque, nem autorizado nenhuma das transferências, e nem sequer detinha poderes para tal;

(iv) a improcedência do lançamento, posto que estaria embasado em "interpretação distorcida do arcabouço regulamentar" do Conselho Monetário Nacional e da Comissão de Valores Mobiliários, não teria diferenciado as movimentações financeiras da Oboé DTVM das realizadas pelos Fundos de Investimentos por ela administrados, e teria ignorado a análise dos auditores independentes;

(v) o cancelamento do lançamento, ainda, pela ausência de análise acerca da destinação final dos recursos, e pelos fatos de que os impostos devidos pelos fundos de investimento foram recolhidos, e de que os investidores, que inicialmente haviam se declarado não cientes da transferência dos recursos, reconheceram a ciência, conforme processo nº 0004008-57.2015.4.03.6181, em trâmite na Justiça Federal.

Tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da motivação pela qual cada um dos créditos cedidos ao Fundo Clássico foi considerado inexistente, esta Turma Julgadora, por meio da Resolução nº 1302-000.652, de 18 de outubro de 2018, considerou necessário converter o julgamento em diligência (fl. 3.513/3.540).

A Diligência resultou no Relatório de fls. 3.546/3.565, do qual os sujeitos passivos foram cientificados. Houve manifestação de parte destes, às fls. 4.344/4.348 e 4.358/4.367, nas quais sustentam, basicamente, que a diligência não foi realizada conforme determinado e que deve haver o cancelamento dos valores constituídos ou a realização de nova diligência.

Este Colegiado resolveu, por meio da Resolução nº 1302-000.805, de 11 de dezembro de 2019 (fl. 4.370/4.385), converter novamente o julgamento em diligência, para esclarecimento individualizado, por crédito ou por pagamento, da situação atribuída no lançamento aos créditos cedidos ao Fundo Clássico.

Foi realizado, então procedimento de diligência, ao final da qual, foi emitido o Relatório de fls. 4.390/4.403. Após ciência, foram apresentadas duas manifestações quanto ao conteúdo do referido Relatório (fls. 7.317/7.318 e 7.321/7.347, complementada às fls. 7.375/7.379).

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

O exame quanto à admissibilidade dos Recursos apresentados nos autos já foi realizada por esta Turma Julgadora, quando decidiu converter o julgamento em diligência, pela primeira vez. De todo modo, reitero a análise ali efetuada.

Os sujeitos passivos foram cientificados da decisão de primeira instância, conforme detalhado no quadro a seguir:

SUJEITO PASSIVO	DATA DE CIÊNCIA
OBOÉ DTVM (MASSA FALIDA)	23/05/2017 (fl. 3.307)
JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS	06/07/2017 (fl. 3.465)
OBOÉ CRÉDITO, FINANC. E INVEST. S.A. (MASSA FALIDA)	06/07/2017 (fl. 3.501)
JOEB BARBOSA GUIMARÃES DE VASCONCELOS	06/07/2017 (fl. 3.504)
ELIZIÁRIO PEREIRA DA GRAÇA JÚNIOR (ESPÓLIO)	07/07/2017 (fl. 3.498)

O espólio de Eliziário Pereira da Graça Júnior não apresentou Recurso Voluntário.

1.1 DO RECURSO DA MASSA FALIDA

A Massa falida de Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A., Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A., Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Companhia de Investimento Oboé, Advisor Gestão de Ativos S.A., Oboé Holding Financeira S.A., José Newton Lopes de Freitas, Magazines Brasileiros Ltda e Clarinete

Promotora de Vendas e Serviços Financeiros Ltda apresentou o Recurso Voluntário em 22/06/2017 (fl. 3.348), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado por procuradores, devidamente constituídos às fls. 3.111 e 3.153, pela administradora judicial da referida massa falida.

Frise-se que não há nos autos a comprovação de intimação da Massa Falida da OBOÉ TECNOLOGIA E SERVIÇOS FINANCEIROS S/A. Não obstante, considerando que o Termo de Intimação de fls. 3.341 a 3.347 foi assinado digitalmente em 13/06/2017 e, como dito, o Recurso Voluntário foi apresentado pela Massa Falida em 22/06/2017, há que se concluir pela inexistência de prejuízos à parte e pela tempestividade do mencionado Recurso.

Não há, ainda, a comprovação da intimação da administradora judicial da massa falida, já que as comunicações foram dirigidas aos endereços dos falidos. Tal falha, contudo, foi suprida com a apresentação tempestiva do Recurso, de modo que plenamente aplicável o princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo para a parte (*pas de nullité sans grief*).

1.2 DO RECURSO DOS FALIDOS

A Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, a Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A., a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A e o Sr. José Newton Lopes de Freitas apresentaram Recurso Voluntário, em 10 de julho de 2017 (fl. 3.392), em peça subscrita por este último, em nome próprio e como procurador, constituído por ele mesmo, na condição de representante legal das pessoas jurídicas (fl. 3.081).

Cabe repetir, neste ponto, a análise realizada no Acórdão Recorrido, quanto à capacidade processual e representação das referidas pessoas jurídicas falidas e do Sr. José Newton Lopes de Freitas:

Com a decretação da falência, o falido e seu representante não mais dispõe dos poderes de representação, administração e gerência, sendo os atos relacionados exercidos, a partir de então, pelo administrador judicial da massa falida nomeado pela sentença de decretação da falência nos termos do art. 99, IX, da lei 11.101/2005. No dito do art.103 da mesma lei:

Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

Portanto, a impugnação citada não pode ser conhecida, com relação às empresas Oboé DTVM, Oboé CFI e Oboé Card, por vício de representação. Passa-se a analisar a possibilidade de conhecimento da mesma com relação à pessoa de José Newton Lopes de Freitas.

Dentre os atos relacionados à administração patrimonial estão a defesa, em litígios administrativos ou judiciais, dos bens e direitos sob seu domínio. Com a falência, passa a caber apenas ao administrador judicial (que, indiretamente, representa os interesses da coletividade dos credores) realizar tais atos.

A decretação da falência não retira a capacidade jurídica por completo do falido, mas a limita. Mesmo a capacidade processual ainda não se extingue por completo, como o § único do art. 103 da lei 11.101/2005 já prevê. O falido poderia, inclusive, ingressar com ação visando a reforma da sentença que decretou sua falência. O STJ já se pronunciou sobre o assunto:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA O DECRETO FALIMENTAR. PROPOSITURA PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM FALÊNCIA DECRETADA. CAPACIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. AFASTAMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. A decretação da falência acarreta ao falido uma *capitis diminutio* referente aos direitos patrimoniais envolvidos na falência, mas não o torna incapaz, de sorte que mantém a **legitimidade para a propositura de ações pessoais**. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, RECURSO ESPECIAL Nº 1.126.521 - MT (2009/0042084-0, Rel.r Ricardo Villas Bôas Cueva, Sessão de 24/02/2015)

No julgado citado, o Min. João Otávio de Noronha do STJ observa que a ação que pede pela nulidade da sentença falimentar tem caráter pessoal, e por isso não poderia ser negada a sua possibilidade ao falido, dado que não se está discutindo arrecadação ou administração dos bens.

Não podemos tomar aqui o que a lei diz, que ele é afastado da administração dos seus bens. Lógico que não pode tomar a iniciativa das ações com relação a bens da massa, mas essa *capitis diminutio* não o torna incapaz. **A *capitis diminutio*** restringe-se à administração dos bens; no mais, ele tem todos os poderes processuais e todos os poderes como sujeito de direito para reverter essa situação, e o único interessado é ele.

Trata-se aqui de uma ação de status pessoal. Ele é falido e quer reverter a situação. Ele quer dizer: eu não devo ou não mereço ser falido, pois houve uma violação. A rigor, só ele pode fazer isso; ele não está defendendo os bens da massa, os bens da sociedade, ele está defendendo o próprio nome. O status dele é que sofreu uma alteração com a quebra.

Assim, o entendimento é que, se por um lado o falido ainda mantém os poderes processuais para defender sua situação pessoal, por outro ele perde a capacidade processual para ações de natureza patrimonial.

No entanto, a impugnação de auto de infração tem repercussão não apenas na esfera patrimonial, mas também pode ter efeitos extra-patrimoniais, especialmente no caso em que a constituição do crédito leve à denúncia por crime contra a ordem tributária. Nessa situação, poderia ser levada ao âmbito penal. A constituição definitiva do crédito é, inclusive, condição necessária para a propositura da denúncia criminal, conforme o previsto na Súmula Vinculante 24 do STF:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”

No caso em discussão, a Autoridade Fiscal entendeu haver elementos suficientes para a formulação de representação fiscal para fins penais, que consta do processo apenso 10380.728155/2015-25.

Assim, por ser tempestiva, e posto que pode produzir efeitos na esfera pessoal, a impugnação deve ser conhecida com relação a José Newton Lopes de Freitas.

A decisão adotada em relação à Impugnação deve ser, igualmente, aplicada ao Recurso Voluntário apresentado.

E não se está, como alegado no preâmbulo da peça recursal, confundindo os falidos com a massa falida.

As pessoas jurídicas que buscavam apresentar Recurso Voluntário, as falidas, não são parte no presente processo administrativo fiscal. Lembre-se que os autos de infração foram lavrados na massa falida representada por seus bens, posto que, à data, já havia sido decretada a falência.

Além disso, ainda, que as falidas resguardem uma capacidade processual diminuída, para atuarem em defesa própria, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão acima transcrita, tal fato não lhe confere capacidade processual para atuarem em relação aos interesses da massa.

À mesma conclusão chegou a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento deste CARF, conforme ementa a seguir:

RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. MASSA FALIDA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Decretada a falência, o falido fica sem o poder de representação em face dos interesses da massa, passando a legitimidade a ser ostentada pelo síndico ou administrador judicial. (*Acórdão nº 3201-004.123, sessão de 25 de julho de 2018, Relator Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade*)

Neste sentido, não deve ser conhecido o Recurso apresentado, em relação às pessoas jurídicas falidas.

De outra parte, o referido Recurso deve ser conhecido quanto ao Sr. José Newton Lopes de Freitas, pelas razões já expostas.

Contudo, são trazidas na peça recursal diversas novas matérias não veiculadas na Impugnação.

Ora, nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Deste modo, não deve ser reconhecido o Recurso em relação às seguintes matérias:

- a) a ausência de contratos fictícios;
- b) a cessão prévia de direitos ao Banco Daycoval S.A.;
- c) *bis in idem* em relação ao processo administrativo nº 10380.730501/2015-35;

d) suposta inversão do ônus da prova;

e) redução da multa de ofício.

O Recurso inova também em relação a outras matérias (como nulidades e violações a princípios constitucionais) que, por constituírem matéria de ordem pública escapam à preclusão processual.

1.3 DO RECURSO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO JOEB

Por fim, Joeb Barbosa Guimarães de Vasconcelos apresentou o seu Recurso Voluntário em 04 de julho de 2017 (fl. 3.484).

O referido sujeito passivo havia apresentado petição intempestiva, à guisa de Impugnação, que não foi conhecida pela autoridade julgadora *a quo*.

No Recurso apresentado, o sujeito passivo sustenta a tempestividade da Impugnação, já que o prazo de trinta dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, deveria, *in casu*, ser contado em dobro, ante a existência de partes com procuradores distintos, conforme previsão do art. 191 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da apresentação da Impugnação.

O disposto no art. 56 do Decreto nº 7.574, de 2011, é suficiente para justificar o não-conhecimento do Recurso em questão:

Art.56. **A impugnação, formalizada** por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e apresentada em unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo, bem como, remetida por via postal, **no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência, instaura a fase litigiosa do procedimento** (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 14 e 15).

(...)

§2º **Eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.**

§3º No caso de pluralidade de sujeitos passivos, caracterizados na formalização da exigência, todos deverão ser cientificados do auto de infração ou da notificação de lançamento, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

§4º Na hipótese do § 3º, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que cada um deles tiver sido cientificado do lançamento. (*Destacou-se*)

O dispositivo legal é cristalino quanto ao prazo recursal, inclusive para o caso de pluralidade de sujeitos passivos, e quanto à condição imposta para que a petição intempestiva possa ser recebida como Impugnação e proporcione todos os seus efeitos.

Como o sujeito passivo não sustentou perante a autoridade julgadora de primeira instância a tempestividade, não houve a instauração da fase litigiosa do procedimento, de modo que, em relação ao Sr. Joeb Barbosa, o crédito tributário está definitivamente constituído.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, inciso III, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço apenas dos Recursos apresentados pela massa falida e pelo Sr. José Newton Lopes de Freitas (à exceção das matérias acima ressalvadas).

2 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

2.1 DA LEGITIMIDADE DOS FALIDOS

O responsável José Newton Lopes de Freitas suscita a nulidade do auto de infração e do Acórdão recorrido, posto que a autoridade autuante não intimou os falidos para a apresentação de Impugnação, e o relator e a Turma Julgadora de primeira instância não reconheceram a capacidade processual das pessoas jurídicas falidas.

Tal questão já foi devidamente esclarecida, quando do juízo de admissibilidade relativo ao recurso apresentado pelos falidos.

Tendo em vista que o auto de infração foi lavrado, em 03 de setembro de 2015, portanto, após a decretação da falência (sentença de 21 de maio de 2013, suspensa em 10 de dezembro de 2013, e restabelecida em 31 de janeiro de 2014), encontra-se correto o procedimento de lavratura em nome da massa falida e ciência na pessoa da administradora judicial, conforme competência prevista no art. 22, inciso III, alíneas "d", "i", "l", "n" e "o" da Lei nº 11.101 de 2005.

Nenhuma nulidade, portanto, no fato de os falidos não haverem sido intimados para a apresentação de Impugnação, posto que, como já tratado, estavam destituídos do direito de administração e disposição dos seus bens (art. 103 de referida Norma).

Cabe citar precedente do CARF, na referida linha:

LANÇAMENTO. OMISSÃO DE RECEITAS. EMPRESA FALIDA. REPRESENTAÇÃO.

Decretada a falência, os sócios-administradores afastam-se dos negócios da empresa falida, cabendo ao administrador judicial designado representar a massa falida com vistas a prestar as informações requeridas pelo Fisco, nos termos dos art. 21 e 22 da Lei nº 11.101/2005. O administrador judicial deve ser intimado dos atos processuais, sob pena de nulidade do processo, nos termos do art. 76 da Lei nº 11.101/2005. (*Acórdão nº 1301-001.631 - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, sessão de 28 de agosto de 2014, Relator Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado*)

Em adição, a questão da incompetência processual das pessoas jurídicas falidas também já foi explicitada no tópico anterior.

Deste modo, rejeito a referida preliminar.

2.2 DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O mesmo responsável sustenta, ainda, a nulidade do Acórdão recorrido, por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista o indeferimento do pedido de diligência formulado na Impugnação.

O art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, coloca o atendimento ao requerimento de diligências ou perícias sob a análise da autoridade julgadora. *In verbis*:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

No mesmo sentido, o art. 29 do citado Decreto dispõe que "Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias".

Tratando do tema, James Marins (Direito Processual Tributário Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10. ed. rev. atual. e ampl., 2017, fls. 289/290), leciona:

Como o impulso do processo compete à Administração (princípio da impulsão oficial, em conformidade com o art. 19 da LGPAF), cumprirá à autoridade julgadora de primeira instância apreciar os requerimentos de produção de provas, apreciar sua pertinência e determinar a realização daquelas que - seja em virtude de terem sido requeridas ou por deliberação ex officio da autoridade de primeira instância - sejam necessárias para que a instrução se complete.

O juízo de pertinência probatória será feito principalmente com base nos critérios de imprescindibilidade e praticabilidade.

Finalmente, a Súmula CARF nº 163 reconhece a ausência de cerceamento do direito de defesa em razão do indeferimento fundamentado do requerimento de diligência ou perícia:

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

No Acórdão recorrido, rejeitou-se o pedido formulado pelo sujeito passivo, por se entender que o processo já se encontrava "instruído com as informações e documentos necessários para sua solução". Além disso, apontou-se que o pedido formulado pelo Impugnante se deu de modo genérico, sem obediência às disposições do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Não se vislumbra, portanto, qualquer ato da autoridade julgadora que macule a decisão proferida.

Os documentos que o Recorrente reputa importantes poderiam, e deveriam, haver sido juntados por ele próprio juntamente com a Impugnação ou, na impossibilidade de obtê-los, haver justificado adequadamente o pedido formulado, explicitando os requisitos demandados pelo referido inciso IV do art. 16.

O Recorrente pleiteia, ainda, a decretação da nulidade, sob o mesmo fundamento de cerceamento do direito de defesa, desta vez por lhe ter sido negado o acesso à íntegra do processo, por meio de sistema informatizado, e o envio eletrônico de documentos digitais para juntada aos autos.

A questão da legitimidade da administradora judicial para representar a massa falida autuada é questão já repisada. A esta, portanto, compete o acesso e o peticionamento eletrônico nos autos, na forma da normatização da Receita Federal do Brasil.

O Recorrente, como responsável solidário, tem garantido acesso a cópia íntegra dos autos e ao peticionamento em papel, não tendo sido apresentada qualquer prova de que tais fatos não lhe foram permitidos.

Rejeito, deste modo, mais essa preliminar.

2.3 DA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS

O Sr. José Newton Lopes de Freitas pugna pela anulação do lançamento por suposta violação ao devido processo legal e aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência.

A referida alegação está embasada no, já tratado, indeferimento do pedido de diligência e em suposta inversão do ônus da prova. Para ele, "a fiscalização formalizou auto-de-infração de caráter presuntivo, sem nexo causal, totalmente discricionário, com a pretensão de forçar os recorrentes a assumirem o ônus da prova".

Não se observa a nulidade apontada.

A questão do indeferimento do pedido de diligência já foi abordado no item anterior.

De outra parte, a leitura do Termo de Verificação Fiscal de fls. 47 a 85 revela que a autoridade fiscal descreveu com clareza todos os fatos e provas que embasaram a autuação, e realizou a subsunção dos fatos à norma legal. O acerto, ou não, da autuação é matéria de mérito que será analisada. Patente, porém, a inexistência de qualquer presunção ilegal ou inversão do ônus da prova, como alegado pelo Recorrente.

Voto pela rejeição, portanto, da nulidade invocada.

2.4 DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E EXAME

Finalmente, o citado Recorrente, alega a nulidade da decisão recorrida por falta de fundamentação e de adequado exame das questões de fato e de direito. Afirma que, "os pontos relevantes ou os aspectos primordiais ao seu deslindo, o sr. relator não os enfrentou de forma motivada". Aduz, ainda, que "o sr. relator também não observou a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade, na forma prescrita no art. 8º do CPC/2015".

A alegação é formulada de forma genérica, sem qualquer detalhamento acerca dos supostos vícios, pelo que deve ser sumariamente afastada, mormente quanto a leitura do Acórdão

combatido revela que o julgador se desincumbiu com esmero da análise de todas as teses postas e fundamentou adequadamente a sua decisão.

Inexiste, desta forma, qualquer nulidade a ser reconhecida.

2.5 DA ILEGITIMIDADE DA OBOÉ DTVM

Tanto a massa falida quanto o responsável José Newton Lopes de Freitas defendem a ilegitimidade da Oboé DTVM, administradora do Fundo Clássico, para figurar no pólo passivo da exação.

Para a massa falida, tratando-se o referido Fundo de um condomínio, quem responderia, na forma do art. 1.319 do Código Civil e do art. 13 da Instrução CVM nº 409/2004, por eventuais danos por ele causados seriam os seus condôminos, na proporção de suas cotas.

Para o citado Recorrente, por outro lado, o Fundo Clássico teria personalidade jurídica própria, uma vez que estaria registrado no Registro de Títulos e Documentos e inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

As alegações foram repelidas pela decisão recorrida, nos seguintes termos:

Com relação à eleição da Oboé DTVM no polo passivo da autuação, ao invés do Fundo Clássico, cabe observar inicialmente o equívoco do impugnante ao observar que “após o competente registro no Registro de Títulos e Documentos, a RFB reconhece a pessoa jurídica com a inscrição no CNPJ”.

A inscrição no CNPJ não confere personalidade jurídica à entidade, ou a reconhece. Entidades sem personalidade jurídica também são inscritas no CNPJ conforme as Instruções Normativas da RFB que disciplinam a inscrição no cadastro.

A personalidade jurídica somente é adquirida – e, portanto, reconhecida – nos casos previstos na legislação. Não corresponde, nesse caso, o fundo de investimento que é tratado pela própria regulação da CVM como condomínio, que nada mais é que uma coletividade de proprietários de um bem em comum.

(...)

Além disso, com relação à distinção do papel e da responsabilidade da administradora (no caso, Oboé DTVM), com relação às posições jurídicas assumidas pelo fundo (no caso, Fundo Clássico), estar limitada a representação legal do fundo, a Fiscalização foi enfática ao descrever, no Termo de Verificação Fiscal, o entendimento de que a Oboé DTVM utilizou-se do Fundo Clássico como meio para a realização do negócio efetivamente tributado:

O FUNDO CLÁSSICO, que era um condomínio de investidores conforme Termo de Constituição e Regulamento (ambos em anexo), apesar de ser o formal cessionário dos referidos créditos, **era na verdade apenas mais um meio ardil utilizado pela OBOÉ DTVM** para o cometimento de desvios e fraudes, materializando assim a entrega de recursos a terceiros sem a comprovação de causa conforme previsto no § 1º do art. 61 da Lei 8.981/95 e § 10 do art. 674 do Decreto 3.000/99.

Conforme evidenciado pelo Ministério Público Federal, no quadro de fls. 39 da Denúncia (item 2.2.2), as cessões de crédito para o FUNDO CLÁSSICO eram feitas de acordo com as necessidades de caixa da OBOÉ CARD, que efetuava o repasse dos recursos à OBOÉ CFI, necessários para liquidar operações relacionadas ao "Convênio Único". No referido

quadro foram transcritas as observações da planilha de controle do "Convênio Unique", obtida junto à tesouraria da OBOÉ CARD.

Os recursos para as referidas liquidações provinham da OBOÉ DTVM, que transferia recursos para o FUNDO CLÁSSICO, por ela administrado. Havia inclusive o desvio de recursos de investidores, à sua revelia, para o referido Fundo, como será visto no próximo tópico.

Os pagamentos correspondentes às cessões era feito pela OBOÉ DTVM, por meio do FUNDO CLÁSSICO, para a OBOÉ CARD sendo os recursos posteriormente repassados à OBOÉ CFI.

No caso, a Fiscalização apontou que os recursos desviados provinham da Oboé DTVM, que usava o Fundo Clássico como meio para efetuar a transferência.

Com razão o julgador.

Apesar de inscrito no CNPJ, por força de ato normativo da RFB, os Fundos de Investimentos não detém personalidade jurídica própria, dado que não se incluem naquelas entidades listadas no art. 44 do Código Civil:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)

A natureza do Fundo, como bem apontado pela Recorrente, pela autoridade fiscal e pelo julgador de primeira instância é de Condomínio. Tal fato também é reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários, conforme art. 2º da Resolução CVM nº 409, de 2004 (vigente à época do lançamento).

O Fundo de Investimento é constituído por um administrador, pessoa jurídica autorizada pela CVM (art. 3º, parágrafo único, da citada Resolução), a quem compete praticar todos os atos necessários ao seu funcionamento (art. 58, da citada Resolução) e que "responde por prejuízos decorrentes de atos e omissões próprios a que der causa, sempre que agir de forma contrária à lei, ao regulamento e aos atos normativos expedidos pela CVM" (art. 57, §3º, da citada Resolução).

É indubitável, portanto, que a exigência fiscal deve ser oposta ao referido administrador, e não ao ente despersonalizado.

Tal fato é explicitado no art. 740 do RIR/99, em relação à responsabilidade do Administrador do Fundo de Investimento pela retenção e recolhimento do IRRF sobre rendimentos das respectivas aplicações:

Art.740. O imposto de que trata este Capítulo será retido pelo administrador do fundo de investimento na data da ocorrência do fato gerador, e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 32).

Inexiste, assim, qualquer erro de sujeição passiva. E nenhuma nulidade.

3 DA DECADÊNCIA

Tanto a massa falida quanto o responsável José Newton Lopes de Freitas defendem a decadência dos fatos gerados ocorridos há mais de cinco anos do lançamento.

Aquela, porque o IRRF seria tributo sujeito a lançamento por homologação, porque inexistiria qualquer fraude tributária a justificar a alteração da contagem do prazo decadencial, e porque haveria declaração e pagamento antecipado do citado tributo, de modo que deve ser aplicado o art. 150, §4º, do CTN.

Já o citado recorrente apenas lança o argumento, sem qualquer fundamentação:

125. Mesmo admitido o enquadramento dos fatos geradores às hipóteses de incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, a ação fiscal só poderia alcançar os fatos geradores a partir de setembro de 2010, em razão da decadência quinquenal.

A decisão recorrida afastou a decadência, sob o argumento de que o IRRF incidente sobre a apuração de pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado não seria um tributo sujeito ao chamado lançamento por homologação. Além disso, existindo dolo, fraude ou simulação, o prazo deve ser contado na forma do art. 173, inciso I, do CTN.

A controvérsia acerca do dispositivo legal aplicável para a contagem do prazo decadencial em relação ao IRRF incidente sobre pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado deixou de ser relevante no âmbito do processo administrativo fiscal, diante da edição da Súmula CARF nº 114:

O Imposto de Renda incidente na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, ou sem comprovação da operação ou da causa, submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Diante de tal conclusão, torna-se desnecessária a análise acerca da ocorrência ou não de fraude, e cabe referendar a decisão de primeira instância:

No caso em apreço, em relação aos pagamentos ocorridos até 30/12/2010, o lançamento já poderia ter sido efetuado no próprio ano de 2010, devendo ser iniciada a contagem do prazo em 01/01/2011, tendo por termo final a data de 31/12/2015.

No que diz respeito aos pagamentos ocorridos a partir de 31/12/2010, e até 30/12/2011, o lançamento poderia ter sido efetuado no ano de 2011, devendo ser iniciada a contagem do prazo em 01/01/2012, tendo por termo final a data de 31/12/2016.

Considerando que o lançamento abrange pagamentos realizados de 05/01/2010 a 13/09/2011, encontra-se regular a constituição do crédito tributário, formalizado no lançamento científico ao impugnante em 17/09/2015.

Não reconheço, portanto, a decadência suscitada.

4 DO MÉRITO

4.1 DOS PAGAMENTOS PELA CESSÃO DE DIREITOS

Parte do lançamento decorre da constatação, pela autoridade fiscal, de pagamentos realizados a título de aquisição de direitos creditórios sobre faturas de cartões de créditos.

Segundo o TVF, a pessoa jurídica OBOÉ CARD cedia direitos derivados de faturas de cartões de crédito inexistentes ou em flagrante situação de inadimplência ao FUNDO CLÁSSICO, administrado pela OBOÉ DTVM.

A Recorrente sustenta, em primeiro lugar, a impossibilidade de aplicação da regra destinada à tributação de pagamentos sem causa, pois, no caso, a causa seria conhecida e *"jamais se poderá confundir a falta de comprovação da causa da operação com a eventual ilegalidade do negócio jurídico identificado e efetivamente ocorrido"*.

Segundo ela,

45. No caso em epígrafe, cabia ao **CITIBANK** realizar o papel de “custodiante” do **FUNDO CLÁSSICO**, devendo, como visto, atestar a validade dos direitos creditórios adquiridos pelo fundo e sua conformidade com o regulamento do fundo.

46. Ocorre que, conforme apurado na Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil, parte dos direitos creditórios adquiridos pelo fundo não atendiam aos critérios estipulados pelo regulamento do fundo (inadimplência), baseavam-se em faturas inexistentes, emitidas em duplicidade ou já teriam sido cedidos em garantia ao Banco Daycoval.

47. Como se vê, algumas operações de aquisição de direito creditório pelo **FUNDO CLÁSSICO** foram realizadas com erros perpetrados pela administração e pela instituição custodiante, fato que justificaria a propositura de ação de indenização pelos eventuais lesados.

48. Nesse contexto, cabe ressaltar que a recorrente inclusive já persegue indenização junto à instituição financeira que realizava a custódia do fundo através da ação de reparação de danos no. 1081305-58.2015.8.26.0100, atualmente em trâmite perante a 10a. Vara Cível de São Paulo/SP.

49. Ocorre que foi também com base nesses mesmos erros que o fisco entendeu por desconsiderar a natureza e julgar pela inexistência de causa dos pagamentos realizados pelo **FUNDO CLÁSSICO** para **OBOÉ CARD**.

50. Entretanto, os erros apontados não podem repercutir de qualquer maneira na esfera tributária, pois, como amplamente exposto pela própria fiscalização, não há dúvidas quanto à natureza dos pagamentos efetuados pelo **FUNDO CLÁSSICO** à **OBOÉ CARD**, qual seja a de **pagamento pela aquisição de direitos creditórios**.

Afirma, ainda, que os pagamentos em tela geraram receitas, que foram regularmente tributadas na OBOÉ CARD, de modo que a cobrança do IRRF constituiria *bis in idem*.

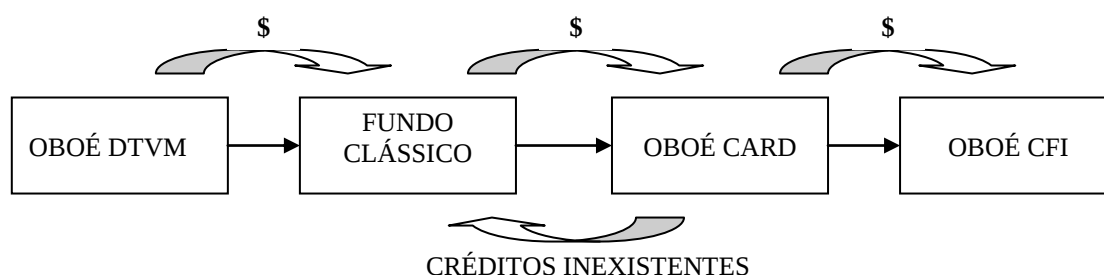
A decisão de primeira instância considerou que, essencialmente, todos os pagamentos realizados pela Oboé DTVM à Oboé CARD, por meio do Fundo Clássico, trataram de aplicação de recursos em créditos inexigíveis (seja por "serem cedidos múltiplas vezes ou

simplesmente, já cedidos ao Banco Daycoval como garantia em cessão fiduciária, ou de clientes inadimplentes").

Além disso, consignou que a incidência do IRRF sobre o pagamento sem causa independia da destinação ou uso dos recursos dados pela pessoa que os receber.

Passo à análise.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a situação em pauta pode ser descrita pelo seguinte esquema:



Conforme as provas reunidas, foram realizadas 63 (sessenta e três) cessões de direitos sobre faturas de cartões de crédito, no período de 02 de setembro de 2010 a 15 de setembro de 2011, montando em aproximadamente R\$ 38.000.000,00.

Inicialmente, as cessões se referiam a faturas relativas a clientes inadimplentes, com atraso significativo, e/ou a créditos já cedidos ao Banco Daycoval. Além disso, a fraude consistiria, também, na emissão de nova fatura somando ao saldo devedor de uma fatura anterior os juros e encargos referentes ao mês. Assim, teria ocorrido a cessão de mais de uma fatura por cartão, configurando a cessão de direito creditório inexistente.

No período de julho a setembro de 2011, conforme o TVF,

os valores das cessões de direitos creditórios passaram a ser arbitrados aleatoriamente por números de CPF de clientes cadastrados nos bancos de dados, sem nenhuma correspondência com operações e faturas de cartões de créditos reais, ainda que inadimplentes.

Há que se concordar, apenas em parte, com as conclusões da autoridade fiscal e do julgador *a quo*.

Não há dúvidas de que as operações engendradas no interior do Grupo Oboé destinaram-se a encobrir os repasses de recursos da Oboé DTVM para a Oboé CARD, de acordo com as necessidades de caixa desta e da Oboé CFI, decorrentes de fraudes similares anteriormente praticadas, conforme Denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal (fls. 149/257).

Ou seja, em regra, a causa atribuída aos pagamentos era, na verdade, inexistente, de modo que perfeitamente possível a aplicação do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

Quanto à alegação da Recorrente referente à responsabilidade da entidade custodiante, o Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central (fls. 258 a 310) revela o ardil utilizado para ludibriar tal controle:

8. Dada a qualidade ruim dos créditos, como descrito até aqui, a OBOÉ CARD não conseguiria operacionalizar as cessões se fosse exigido pelo custodiante do Fundo, o Citibank, a liquidação financeira de todas as cessões. No entanto, para suprir essa deficiência, em conluio da OBOÉ CARD com a OBOÉ DTVM, foi conseguido que o custodiante aceitasse um mecanismo onde não havia liquidação financeira no vencimento das cessões, mas tão somente a renovação por substituição dos lotes de faturas.

Vê-se, portanto, que a Recorrente pretende se valor da própria torpeza, para se eximir da responsabilidade pela fraude perpetrada.

O Recorrente José Newton Lopes de Freitas argumenta a regularidade das cessões, mais uma vez buscando imputar a responsabilidade ao custodiante (tese já rechaçada), e alegando a inexistência de provas da inadimplência dos clientes e da múltipla cessão.

Tais fatos, contudo, são fartamente comprovados nos autos, inclusive por meio das provas compartilhadas oriundas da ação penal movida em face dos Recorrentes.

A própria Massa Falida admite, seja no curso da ação fiscal seja no Recurso a existência das irregularidades:

tais faturas eram reais, embora emitidas para titulares de cartão Oboé há muito inadimplentes. Apenas pouco mais de 10% do total dessas faturas foram duplicadas, portanto irreais.

a administração das empresas empreendeu **irregularidades cíveis** através da aquisição de créditos “podres” e do desvio de finalidade do dinheiro aplicado pelos seus investidores.

Além disso, o Recorrente advoga que a autoridade fiscal teria embasado a prova da infração no relatório do Banco Central e na denúncia do Ministério Público Federal, sem qualquer averiguação quanto à cessão.

Tal afirmação não corresponde à verdade.

De fato, as provas externas obtidas comprovam à exaustão a existência das fraudes praticadas no âmbito do Grupo Oboé, por meio das cessões de crédito que embasaram os pagamentos realizados pela Oboé DTVM. Tanto é assim, que as provas colhidas nas referidas investigações levaram à decretação da falência das pessoas jurídicas e extensão dos efeitos desta à pessoas físicas arroladas como responsáveis.

Posteriormente à ação fiscal, as referidas provas levaram inclusive à condenação das pessoas físicas, com a decretação imediata da prisão preventiva do Sr. José Newton Lopes de Freitas, conforme se comprova pela consulta à ação penal nº 0000940-45.2014.4.05.8100, no site da Justiça Federal do Ceará, na internet.

Não obstante, a autoridade fiscal empreendeu as suas próprias apurações, buscando elementos que comprovavam as operações de cessão de créditos e os pagamentos

realizados, bem como oportunizando a apresentação de esclarecimentos por parte da Massa Falida.

Assim, conquanto a fraude em si tenha como comprovação parcial as provas obtidas externamente, a infração de pagamento sem causa, em si, teve as suas provas colhidas no procedimento fiscal. As provas dos pagamentos se encontram às fls. 492/1.270.

No Recurso da Massa Falida, alega-se a existência de *bis in idem*, uma vez que os pagamentos teriam gerado receitas tributadas na OBOÉ CARD. Nenhuma prova de tais pagamentos, contudo, é apresentada.

Também não possui qualquer consequência em relação ao caso sob análise o Acórdão nº 1401-002.729, de 24 de julho de 2018, proferido no âmbito do processo administrativo nº 10380.728044/2015-19. Trata-se de contribuinte diverso (embora integrante do mesmo grupo econômico e o Sr. José Newton também tenha sido arrolado como responsável tributário) e os fatos geradores que ensejaram o lançamento ali abordado são, igualmente, de natureza diversa.

Há, porém, dentre as cessões que acobertaram os pagamentos realizados pela Oboé DTVM, algumas que não envolveram créditos inexistentes, mas créditos cujos devedores estavam em manifesta inadimplência.

Tal fato, não obstante a possibilidade de configurar ilícito contra as normas do sistema financeiro, contra os investidores e contra a própria regulamentação do Fundo de Investimento Clássico, não pode, no meu julgar, encaixar-se na hipótese de pagamento sem causa, conforme preceitua o art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

É que, embora de questionável viabilidade, do ponto de vista financeiro, os mencionados direitos creditórios são, formalmente, existentes, de modo que configuram causa para os pagamentos efetuados.

Pode até ser um negócio temerário, capaz de configurar má gestão do Fundo. Mas, é, indubitavelmente, um negócio. Deste modo, caberia a exclusão da base tributada dos pagamentos relativos a cessões de créditos referentes a devedores inadimplentes.

Por tal razão, esta Turma Julgadora converteu o julgamento em diligência, de modo a que a autoridade fiscal discriminasse em que situação se enquadra cada um dos créditos cedidos ao Fundo Clássico: se totalmente inexistentes, se em duplicidade, se já cedidos anteriormente ou se referentes a clientes inadimplentes.

O Relatório de Diligência Fiscal de fls. 3.546/3.565 se limitou a identificar os totais de créditos enquadrados em cada uma das situações acima referidas, sem, contudo, realizar a discriminação para cada um dos créditos cedidos. Não obstante, como o lançamento foi realizado tomando cada um dos pagamentos realizados pelas 63 cessões como um fato gerador independente (PLANILHA 1 anexa ao TVF de fls. 47/85), foi demandada nova diligência para conhecer, para cada crédito cedido, a situação em que se enquadra, de acordo com a autuação. Ou, pelo menos, do valor de cada pagamento realizado, quais os montantes relacionados com cada uma das situações de créditos (se totalmente inexistentes, se em duplicidade, se já cedidos anteriormente ou se referentes a clientes inadimplentes).

Em decorrência da nova diligência, a autoridade fiscal discrimina às fls. 4.404/4.405, para cada cessão, o montante da parcela do pagamento correspondente a faturas em situação de inadimplência (coluna C).

A referida discriminação não é Impugnada nas Manifestações posteriores dos Recorrentes. A massa falida chega a pleitear que os valores correspondentes aos créditos em situação de inadimplência sejam excluídos do lançamento. O Recorrente José Newton traz longo arrazoado que aborda questões diversas, atacando os fundamentos da autuação (inclusive, várias alegações inéditas, em total desconfiguração do objetivo da referida manifestação, que deveria se restringir aos resultados da diligência), mas sem demonstrar equívoco no detalhamento de valores elaborado pela autoridade fiscal.

Os referidos montantes, portanto, em um total de R\$ 28.265.621,83, devem ser excluídos da autuação, por não se amoldarem à condição de pagamentos sem causa.

Neste sentido, voto por dar provimento parcial ao recurso, nos termos acima.

4.2 DOS VALORES DESVIADOS PARA FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Uma segunda parcela do lançamento diz respeito a valores captados pela Oboé DTVM junto a investidores, por meio da emissão de Certificados de Aplicação, e desviados para Fundos de Investimentos (ERUDITO, CLÁSSICO e MULTICRED), sem o seu consentimento.

Para a autoridade fiscal, tal fato configuraria a entrega de recursos a terceiros, sem a comprovação da causa, de modo a atrair a incidência da tributação pelo IRRF, na forma do art. 61, §1º, da Lei nº 8.981, de 1995.

A própria massa falida esclarece o que ocorreu e, ao mesmo tempo, busca afastar o lançamento, posto que presente a causa dos pagamentos:

58. Na realidade, portanto, o que ocorreu foi que a **OBOÉ DTVM** utilizando dos recursos captados junto aos investidores por meio da emissão de títulos de renda fixa, investiu em determinados fundos de investimentos administrados por ela mesma, e, como não poderia escriturar as cotas emitidas em seu próprio nome em razão de impedimentos legais e estatutários, acabou escriturando essas cotas (valores mobiliários) em nome dos chamados “cotistas não cientes”.

59. Perceba-se, que há sim causa para a destinação dos recursos da **OBOÉ DTVM** para os fundos, qual seja: a aquisição de cotas em fundos de investimento, ainda que tal escrituração tenha sido efetivada de maneira equivocada em nome de “cotistas não cientes”.

A decisão de primeira instância manteve o lançamento, nos seguintes termos:

Situação semelhante se observa com relação à imputação referente à captação de recursos mediante a emissão de Certificados de Aplicação e desviados para fundos de investimento sem a autorização dos investidores.

O impugnante novamente apresenta alegações que sem embasá-las em documentação comprobatória. Cita depoimentos e provas constantes de processo judicial que não foram anexadas à impugnação.

Por outro lado, a Fiscalização juntou ao processo farto conjunto probatório, inclusive os depoimentos de colaboradores das empresas para a Comissão de Inquérito do Banco

Central (fls. 1681 e seguintes), cópias dos Certificados de Aplicação (que expressamente apontam a garantia do FGC, como no caso do documento à fl. 1750), e até mesmo as petições de clientes lesados deixando claro que as aplicações em fundos foram feitas à revelia dos mesmos, vendidas com condições de renda fixa (p.ex. fls. 1826-1827, requerimento de Carolina Leal de Aragão).

Dessa forma, autuação foi realizada com base em farto conjunto probatório, e o impugnante falhou em comprovar sua posição nos pontos controvertidos.

Não há o que se reparar no lançamento, com relação a esse aspecto.

Neste ponto, entendo ser necessário divergir do Acórdão recorrido.

Embora, a utilização pela Recorrente dos recursos dos investidores, que aplicaram seus recursos em títulos de renda fixa, para Fundos de Investimentos, possa configurar irregularidade do ponto de vista da legislação do sistema financeiro, não se amolda à hipótese de pagamento sem causa que embasou o lançamento.

Em primeiro lugar, a causa das transferências de recursos está plenamente configurada e isso nem mesmo a autoridade fiscal, o Banco Central ou o Ministério Público contestam: a aplicação em Fundos de Investimento. Inclusive, com a escrituração das cotas dos referidos Fundos em nome dos investidores, ainda que à revelia destes.

Desta forma, deve ser dado provimento aos Recursos Voluntários, para afastar a tributação relativa a esta infração, correspondente aos pagamentos identificados na Planilha 2, anexa ao Termo de Verificação Fiscal de fls. 47/85.

5 DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Como já relatado, no lançamento fiscal, foram arrolados os seguintes responsáveis tributários, pelos valores constituídos:

- JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS, CPF 013.398.183-53, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- ESPÓLIO DE ELIZIÁRIO PEREIRA DA GRAÇA JUNIOR, CPF 118.220.903-34, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- JOEB BARBOSA GUIMARÃES DE VASCONCELOS, 614.686.143-04, enquadrado no art. 135 da Lei nº 5.172/66;
- MASSA FALIDA DA OBOÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A (OBOÉ CFI), CNPJ 01.432.688/0001-41, enquadrada no art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66; e
- MASSA FALIDA DA OBOÉ TECNOLOGIA E SERVIÇOS FINANCEIROS S/A (OBOÉ CARD), CNPJ 35.222.090/0001-40, enquadrada no art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

O Sr. JOEB apresentou Impugnação intempestiva e o espólio do Sr. ELIZIÁRIO não apresentou Recurso Voluntário, de modo que, em relação a estes, a atribuição de responsabilidade é definitiva.

Passemos à análise das alegações dos demais responsáveis.

5.1 DO SR. JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS

Conforme o TVF, o referido contribuinte era diretor-presidente e controlador indireto da OBOÉ DTVM, no período objeto do lançamento.

Valendo-se da denúncia oferecida pelo Ministério Público, a autoridade fiscal aponta que:

“NEWTON FREITAS, o principal controlador do GRUPO OBOÉ, que atuou como verdadeiro mentor e maestro de todas as práticas criminosas detectadas, criou no âmbito do respectivo grupo econômico financeiro um ambiente propício à prática de crimes, em que sistematicamente e de forma premeditada foram adotadas medidas e rotinas voltadas à execução e ocultação das condutas criminosas.

A segunda medida premeditadamente adotada pelos gestores do GRUPO OBOÉ, também sob a regência do denunciado NEWTON FREITAS, foi a de promover uma verdadeira simbiose entre as diversas empresas que o compõem, de modo que a Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A. (OBOÉ CFI), a Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. (OBOÉ DTVM), a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A. (Oboé TSF) e a Cia. De Investimento Oboé (CI Oboé), além da ADVISOR GESTÃO DE ATIVOS S/A, dentre outras empresas do grupo, compartilhavam quase que em sua totalidade de um mesmo quadro de empregados, bem como de uma mesma área de gestão dos recursos vinculados à tecnologia da informação e de comunicação e até do mesmo endereço e instalações físicas, numa espécie de confusão empresarial propositadamente gerada para facilitar e ocultar os crimes.”

JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS foi o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo a cessão das faturas de cartões de crédito da OBOÉ CARD para a OBOÉ DTVM e que orientava ELIZIÁRIO PEREIRA DA GRAÇA JÚNIOR e JOEB BARBOSA GUIMARÃES DE VASCONCELOS na execução das fraudes.

De fato, as provas reunidas aos autos atestam a preponderante participação do Sr. José Newton, como responsável maior pelo Grupo Oboé, e, em especial, pela pessoa jurídica autuada, de modo que os atos por ele praticados em nome desta, em evidente infração à lei (pagamentos à OBOÉ CARD, pela cessão de direitos sobre faturas de cartão de crédito inexistentes ou em duplicidade) levam à atribuição da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN. O grau de ilicitude dos atos por ele praticados, inclusive, redundou em consequências no direito penal e no direito falimentar, conforme os documentos comprobatórios juntados ao presente processo administrativo.

Em seu Recurso Voluntário, o referido contribuinte se limita a negar a existência das práticas, que não passariam de “mera criação da autoridade lançadora”, e a invocar decisão proferida no processo administrativo nº 10380.730501/2015-35, que teria afastado a sua responsabilidade pelo crédito tributário ali constituído.

Em relação às condutas praticadas, como já exposto, há fartas provas nos autos e, inclusive, o reconhecimento da sua existência por parte do Poder Judiciário, com repercussões pessoais para o próprio responsável solidário.

Quando à decisão proferida no referido processo administrativo, além de não ser vinculante quanto ao presente lançamento (trata de outros fatos geradores e de outra pessoa jurídica), a decisão de primeira instância foi modificada pelo CARF, que, por meio do Acórdão nº 1401-003.803, de 19 de setembro de 2019, restabeleceu a responsabilidade solidária do Sr. José Newton Lopes de Freitas.

Neste sentido, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário do referido responsável tributário.

5.2 – DAS MASSAS FALIDAS DA OBOÉ CARD E OBOÉ CFI

Como exposto, em particular no item 4.1 deste Voto, todos os fatos geradores relacionadas aos pagamentos realizados pela OBOÉ DTVM, por meio do Fundo Clássico, por faturas inexistentes ou em duplicidade tiveram a participação da OBOÉ CARD, como recebedora direta dos recursos, e da OBOÉ CFI, como destinatária final dos referidos recursos.

Assim, descreveu o TVF:

Conforme relatado anteriormente, as referidas empresas integrantes do GRUPO OBOÉ estavam diretamente envolvidas nos pagamentos e transferências de recursos que constituem fatos geradores do crédito apurado.

A aquisição de faturas de cartão de crédito em flagrante situação de inadimplência ou inexistentes e o desvio de recurso de aplicadores para fundos de investimento foram feitos em conluio entre a OBOÉ DTVM, a OBOE CARD e a OBOÉ CFI.

Conforme evidenciado pelo Ministério Público Federal, no quadro de fls. 39 da Denúncia (item 2.2.2), as cessões de crédito para o FUNDO CLÁSSICO eram feitas de acordo com as necessidades de caixa da OBOÉ CARD, que efetuava o repasse dos recursos à OBOÉ CFI, necessários para liquidar operações relacionadas ao “Convênio Unique”.

Tal fato, assim, levou ao reconhecimento do interesse comum a que alude o art. 124, inciso I, do CTN e à consequente atribuição de solidariedade em relação aos créditos tributários constituídos no lançamento sob análise.

O Recurso apresentado pela Massa Falida (fls. 3.350/3.374) não apresenta qualquer argumento no sentido de afastar a solidariedade atribuída à OBOÉ CARD e à OBOÉ CFI, de modo que esta deve ser mantida.

6 DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

No lançamento, a multa de ofício foi aplicada no percentual qualificado de 150%, conforme previsão do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996.

O TVF não dedica tópico específico para tratar da qualificação da multa, justificando-a ao longo do seu corpo. Destaco:

Diante das inúmeras fraudes relatadas e do evidente conluio das pessoas físicas e jurídicas mencionadas, que visavam desviar recursos de investidores e burlar a fiscalização, inclusive o Fisco Federal em face do não recolhimento dos tributos devidos, a multa aplicada, 150% (cento e cinquenta por cento), foi qualificada nos termos do art. 44, inciso I e § 1º da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c art. 73 da Lei 4.502/64.

As fraudes e o conluio mencionados visavam dar um aspecto de normalidade e legalidade às movimentações de recursos financeiros, ocultando sua verdadeira natureza, a de desvio de recursos dos investidores com a respectiva ocultação dos fatos geradores e supressão dos tributos ora lançados.

Por tudo que foi exposto restou clara a ação do contribuinte acarretando a qualificação da multa ora imposta.

O Recurso da Massa Falida sustenta a ausência de fundamentação da qualificação e a não ocorrência de qualquer hipótese prevista nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (erroneamente, apontada no Recurso como Lei nº 9.430, de 1996), já que:

(...) a fiscalização descreve basicamente a ocorrência das seguintes fraudes:

i) A aquisição de créditos em desconformidade com o regulamento do FUNDO CLÁSSICO;

ii) O desvio dos valores captados através da emissão de Certificados de Aplicação para a aquisição de cotas de fundos sem consentimento dos investidores;

72. Ora, como já demonstrado, esses ilícitos não visaram impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores ou das condições pessoais do contribuinte (sonegação), nem visaram impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais (fraude).

73. Esses ilícitos buscavam enganar investidores em favorecimento dos interesses dos administradores do Grupo OBOÉ e não resultaram em uma minoração dos tributos sobre as operações efetivamente ocorridas, motivo pelo qual não se configura a sonegação ou a fraude tributária e, portanto, não poderia ser aplicada a multa qualificada.

Lembremos que o lançamento é relativo ao IRRF, cujos fatos geradores são os pagamentos realizados sem que a sua causa tenha sido comprovada. Na verdade, ficou comprovado que a causa aparente era completamente inexistente (título inexistentes ou cedidos em duplicidade).

Nisto, portanto, consistiu a sonegação e a fraude perpetradas, em conluio, pela pessoas jurídicas e físicas envolvidas, conforme descrição e acusação constantes do TVF.

As condutas, ao contrário do alegado, amoldam-se, com precisão, às descrições contidas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964:

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

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

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

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

E a qualificação, como já relatado e exposto no presente Voto, está amplamente fundamentada ao longo do TVF

Impõe-se, portanto, a manutenção da multa no percentual qualificado.

7 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por:

- a) Não conhecer do Recurso Voluntário apresentado por JOEB BARBOSA GUIMARÃES VASCONCELOS;
- b) Por não conhecer do Recurso Voluntário apresentado pelo Sr. José Newton Lopes de Freitas, em nome de OBOÉ DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A., OBOÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A. e OBOÉ TECNOLOGIA E SERVIÇOS FINANCEIROS S.A., e, em relação àquele apresentado em nome próprio, quanto às matérias não abordadas na Impugnação;
- c) REJEITAR as preliminares de nulidade e a alegação de decadência;
- d) DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, apenas, para excluir da base de cálculo do lançamento os valores relativos a cessões de direitos relativos a faturas de cartões de crédito em situação de inadimplência e a desvios de recursos aplicados por investidores por meio de Certificados de Aplicação.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo