



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

Processo n° 10380.728044/2015-19
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.729 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de julho de 2018
Matéria IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA.
Recorrente MASSA FALIDA DE ADVISOR GESTÃO DE ATIVOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

PERICIA. INDEFERIMENTO.

O indeferimento de pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa. Como destinatário final da perícia, compete ao julgador avaliar a prescindibilidade e viabilidade da produção da prova técnica. Caso não demonstrada a necessidade de conhecimento técnico e especial para a produção de prova, a realização de exame pericial é dispensável.

PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

É premissa para o lançamento de IRRF por pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado a demonstração concreta da existência de pagamento. A simples identificação de saídas de recursos da conta corrente bancária não dá base ao lançamento de IRRF por pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, eis que não necessariamente se trata de pagamento. No lançamento de IRRF com base no artigo 61 da Lei 8.981/1995 cabe ao fisco o ônus da prova da hipótese de incidência ali descrita.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de decadência e de nulidade da decisão recorrida e, quanto ao mérito, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Livia De Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de auto de infração para a cobrança de IRRF referente a fatos geradores ocorridos entre 05/01/2010 e 19/09/2011 com multa de 150%, com base nos artigos arts. 674 e 675 do RIR/99.

Foram indicados como responsáveis José Newton Lopes de Freitas e José Itamar de Vasconcelos Júnior, com fundamento no artigo 135, III, do CTN, nos seguintes termos (trechos do TVF):

Os senhores JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS, CPF 013.398.183-53, e JOSÉ ITAMAR DE VASCONCELOS JÚNIOR, CPF 113.838.873-49, agiram com infração da lei das sociedades por ações ao escamotearem dos livros contábeis próprios as informações que dele deveriam constar para precisar as operações nele registradas, especialmente, no caso de que se cuida, para a identificação dos beneficiários dos recursos pagos e para a identificação da causa destes pagamentos. A este respeito vide o depoimento de Aline Paiva Nogueira, que trabalhava para o setor de tesouraria da Oboé CFI e da Advisor, quando ela informa que o Sr. José Itamar de Vasconcelos Júnior solicitava verbalmente a emissão de TEDs e cheques somente com os valores "sem qualquer identificação de natureza".

O Sr. José Newton Lopes de Freitas era o diretor-presidente da Advisor e por ele passavam todas as decisões da companhia. José Itamar de Vasconcelos Júnior, por sua vez, era diretor da Oboé CFI, uma das empresas do grupo liderado por Newton Freitas, mas na prática comandava as ações também da Advisor como se observa dos depoimentos dos funcionários colhidos pela comissão de inquérito do Banco Central.

...

O relatório da decisão recorrida assim resume o TVF e os argumentos da impugnação:

- *Analisaram-se os dados objeto do IPL nº 1266/2012-4/SR/DPF/CE contra empresas do grupo Oboé.*
- *Após a análise, constatou-se a existência de recursos advindos de crimes em tese contra o sistema financeiro no campo das empresas financeiras do Grupo OBOÉ, apurados em intervenção do Banco Central, como gestão fraudulenta, empréstimos vedados, lavagem de dinheiro e outros crimes.*
- *Tais recursos foram desviados, em grande parte, para a empresa Advisor e de lá teve destino desconhecido, mormente pela existência de um sem número de operações bancárias de saque na “boca do caixa”. Os sacadores não foram identificados nem foi indicada contabilmente a causa para esses saques.*
- *Todo pagamento da pessoa jurídica, mormente aquela declarante pelo lucro real, como é o caso da fiscalizada nos anos de 2010 e 2011, deve, em sua contabilidade, indicar o beneficiário, bem como a causa do pagamento.*
- *Quando assim não age, quase sempre por motivos inconfessáveis, a pessoa jurídica se sujeita à incidência do IRRF instituído pelo art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.*
- *Somente se identificam alguns beneficiários, de maneira bem tosca, e a causa provável do pagamento, ou da saída de recursos, quando se verificam as cópias de cheques apreendidos em virtude de mandado de busca e apreensão determinado pela Justiça, o que não impede a incidência do referido IRRF.*
- *A partir dos cheques de valores mais relevantes emitidos contra a conta corrente nº 133-8 mantida na Agência 0905 do Banco HSBC, obtidos com autorização judicial nos autos do processo nº 0002953-85.2012.4.05.8100 da 11ª Vara da Justiça Federal no Ceará, foram observadas diversas formas de desvios praticados pela Advisor.*
- *Adicionalmente, houve desvio de recursos também por meio de transferências interbancárias (DOC, TED) como pode ser constatado no Relatório 242 do Departamento de Polícia Federal.*
- *Constam do referido relatório saídas de recursos, mediante a emissão de TEDs ou DOCs. A contabilidade não identifica nem a causa nem os beneficiários dos recursos.*
- *Segundo o estatuto social da Advisor Gestão de Ativos S/A, a empresa tem por finalidade gestão de ativos; aquisição e securitização de créditos; emissão e colocação, no mercado, de títulos de créditos; cobrança de créditos; realizar negócios e prestar serviços financeiros; consultoria e assessoria na área econômica e financeira.*
- *Porém, de fato, a empresa, sem qualquer autorização oficial, atuava no mercado marginal captando recursos de investidores em aplicações financeiras, incluindo aí operações ao portador para manipular recursos de Caixa 2 de pessoas físicas e jurídicas, embora este tipo de operação esteja banido do sistema financeiro nacional, e remunerava, ou prometia remunerar, estas aplicações com uma taxa superior à praticada no mercado.*

- *Muitas das vezes estas operações eram realizadas sem o conhecimento do investidor, que fazia a aplicação na Oboé CFI e esta desviava os recursos para a Advisor, para não ser descoberta pela fiscalização do Banco Central.*
- *Não houve qualquer pagamento de IRRF no período.*
- *A Advisor, além de nada recolher a título de IRRF, enganou os clientes investidores. Nos recibos de aplicação “ao portador”, consta retenção do IRRF (fls. 3726/3754). Mas ela não repassou o imposto retido, apropriando-se indevidamente dele.*
- *Ao registrar na contabilidade como pagamentos diversos, ou como lançamentos a desdobrar, pagamentos efetuados a pessoas específicas, porém não identificadas, tendo como causa motivos inconfessáveis, a Advisor procurou dolosamente impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da incidência do imposto na fonte e sujeita-se à imposição da multa de ofício duplicada, na forma do artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996.*
- *Atribui-se responsabilidade solidária pelo crédito tributário aos senhores José Newton Lopes de Freitas e José Itamar de Vasconcelos Júnior.*
- *A relação dos valores submetidos à tributação pelo IRRF está no Demonstrativo de Apuração de IRF a fls. 61/109...*

Em 20 de abril de 2016 a DRJ em Belo Horizonte - MG julgou a impugnação improcedente, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

DECADÊNCIA.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ainda que se trate de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito do fisco de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO

Sujeita-se à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ou quando não for comprovada a sua causa ou a operação a que se refere.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

O percentual da multa de ofício será duplicado se estiverem comprovadas as circunstâncias previstas em lei como caracterizadoras de infração qualificada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A contribuinte foi intimada e o responsável José Newton Lopes de Freitas foi intimado em 25 de maio de 2016 (fl. 5498). Ambos apresentaram recurso voluntário conjunto em 17 de junho de 2016 (fl. 5519), alegando, em síntese:

(i) não se trata de pagamentos a beneficiários não identificados ou sem causa, os valores eram referentes a compra/recompra de cédulas de crédito bancário e a contribuinte optou por movimentar recursos exclusivamente por sua conta corrente bancária no Bradesco (ex HSBC), sendo que a própria legislação que regulamenta o sistema de pagamentos brasileiro impossibilita a não identificação dos beneficiários.

(ii) o fato de os clientes da Advisor terem ajuizado ação de cobrança e/ou terem se habilitado no processo falimentar robustece a tese dos recorrentes.

(iii) sustenta ter havido *bis in idem*, nos seguintes termos:

31. Na dinâmica dos negócios no mercado, a Advisor Gestão de Ativos S.A. efetuava a venda de cédulas de crédito bancário (quando o cliente efetivava o depósito em favor da Advisor), e, também, posteriormente, efetuava a recompra das cédulas (quando a Advisor desembolsava o valor em favor do cliente). Na mesma ocasião da recompra, o cliente poderia realizar nova aquisição de cédulas com aproveitamento dos mesmos recursos. O auditor fiscal não examinou os pagamentos de per si (fls. 5.459/5.472) e, em consequência, sujeitou à tributação, repetidamente (“bis in idem”), a disponibilidade de um mesmo cliente.

(iv) pleiteia nulidade da decisão recorrida por cerceamento de defesa, reiterando a necessidade de perícia para que o sr. relator solicite ao banco cópia dos cheques, DOC e TED mencionados pela autoridade autuante no demonstrativo de apuração do IRRF, bem como para que o administrador judicial forneça cópias dos contratos de cessão de cédulas de crédito bancário pactuados entre a autuada e seus investidores, bem como cópia das operações de créditos por ela concedidas. Sustenta, ainda, que:

47. O sr. administrador judicial confirma ter condições de apresentar ao Fisco a identificação dos beneficiários dos pagamentos e a causa subjacente, fls. 5.459/5.472. Mas essa tarefa se tornou impraticável no exíguo prazo de 30 dias concedido pelo auditor fiscal. Premido pelo prazo, o sr. administrador judicial optou pela “exemplificação das situações que indevidamente deram causa à autuação” e, com acerto, solicitou ao sr. relator perícia, com vistas a chegar-se ao objetivo da identificação dos beneficiários dos pagamentos e a causa subjacente (fl. 5.424)

(v) alega que foi transferido o ônus da prova do Fisco para o contribuinte;

(vi) reitera a decadência para fatos geradores ocorridos até 31 de agosto de 2010 por aplicação do art. 150, par. 4o do CTN, já que a ciência do lançamento ocorreu em ciência do lançamento se deu em 16 de outubro de 2015 não restou comprovado o dolo, fraude ou simulação.

(vii) protesta pela anulação da multa qualificada seja pro sua confiscatoriedade seja por não ter ocorrido a hipótese que autoriza sua aplicação.

(viii) sobre a responsabilidade, sustenta que José Itamar de Vasconcelos Junior não era sócio ou diretor da autuada. Aduz, ainda, que a responsabilização de sócios só é possível se ele exercer cargo de gerência e comprovada a infringência à lei, contrato social ou

estatutos, o que a fiscalização não comprovou, tendo acusado meramente com base em depoimentos de funcionários.

(ix) alega violação ao superprincípio do devido processo legal em virtude das acusações já expostas acima;

(x) sustenta a nulidade do acórdão recorrido também em função de vícios processuais como a ausência de fundamentação e o adequando exame das questões de fato e de direito;

O responsável José Itamar de Vasconcelos Junior foi intimado em 12 de maio de 2016 (fl. 5.496) e não se manifestou.

A massa falida também apresentou recurso voluntário em 6 de junho de 2016.

Recebi o processo em distribuição realizada em 14 de junho de 2018.

Voto

Conselheira Relatora Livia De Carli Germano

Observo, preliminarmente, que o vínculo de responsabilidade de José Itamar de Vasconcelos Júnior não foi impugnado, de maneira que precluíram as alegações relativas a tal matéria.

Os recursos voluntários apresentados pela contribuinte e pelo responsável José Newton Lopes de Freitas, bem como pela massa falida, preenchem os requisitos para a sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Quanto à alegação de nulidade por indeferimento do pedido de perícia, entendo que não assiste razão aos recorrentes.

Nesse ponto, é importante notar que o processo administrativo tributário é informado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual permite ao julgador que analise o caso concreto à luz da legislação pertinente e firme seu convencimento a partir da prova constante dos autos, devendo relatar os fundamentos de sua decisão e os motivos que o levaram a determinada conclusão.

Em caso de eventual necessidade de aprofundamento da análise dos fatos apresentados, o julgador pode solicitar a realização de diligência, a ser efetuada pela autoridade autuante ou outra de mesma competência, ou de exame pericial, quando a elucidação de fato ou o exame de matéria demanda o auxílio de um *especialista* em determinado ramo específico do conhecimento. Em qualquer caso, é certo que as diligências ou perícias não têm por finalidade suprir as deficiências probatórias das partes.

Como destinatário final da perícia, compete ao julgador avaliar a prescindibilidade e viabilidade da produção da prova técnica. Caso não demonstrada a necessidade de conhecimento técnico e especial para a produção de prova, a realização de exame pericial é dispensável.

Nesse passo, o indeferimento de pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, eis que a sua realização é providência determinada em função do juízo formulado pela autoridade julgadora.

Quanto à preliminar de decadência, observo que, independentemente da análise do mérito (e, conseqüentemente, da conclusão de ter ou não havido dolo), não é o caso de se contar o prazo pelo marco inicial do artigo 150, par. 4º do CTN, tendo em vista a ausência de pagamento de IRRF nos anos-calendário em discussão. Assim, nos termos da jurisprudência firmada em repetitivo do STJ, quando ausente o pagamento o termo inicial da decadência se desloca para o primeiro dia do exercício seguinte, previsto no artigo 173, I, do CTN. Neste sentido, o lançamento ocorrido em 16 de outubro de 2015 poderia alcançar os fatos geradores em questão, ocorridos entre 05/01/2010 e 19/09/2011.

Passamos ao mérito.

O Termo de Verificação Fiscal concluiu, exclusivamente a partir da análise dos dados objeto de inquérito policial instaurado contra as empresas do Grupo Oboé, que a Recorrente teria recebido recursos produto de crime e lhes dado destino desconhecido. Digo exclusivamente porque não houve qualquer intimação da autuada para esclarecimento dos fatos objeto da autuação (a única intimação se refere a fatos estranhos à natureza da infração a ele imputada).

Nesse contexto, o TVF identifica algumas formas de desvios após exame dos cheques de valores mais relevantes emitidos contra a conta corrente de titularidade da Recorrente e de algumas de suas transferências interbancárias (DOC e TED). Afirma então que a Recorrente, sem autorização oficial, atuava captando recursos de investidores e prometendo remunerar tais aplicações a taxas superiores às de mercado -- fatos estes provavelmente objeto de investigação pelo mencionado inquérito policial, mas que não foram provados nos autos do presente processo.

Estes foram os débitos utilizados como base para o lançamento do IRRF ora contestado: cheques, DOCs e TEDs debitados da conta bancária da Recorrente.

A exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte ora discutido tem fundamento no artigo 61, §1º, da Lei 8.981/1995, que prevê (grifamos):

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Tal dispositivo, portanto, impõe a responsabilidade da fonte pagadora pelo pagamento do imposto de renda (que deveria ter sido retido na fonte) relacionado a:

(i) **pagamentos a beneficiário não identificado;**

(ii) **pagamentos ou entrega de recursos a terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, na hipótese de não ser comprovada a operação ou a sua causa.**

Primeiro requisito fundamental para aplicação da hipótese do artigo 61 é a existência de pagamentos efetivos, não bastando a presunção de pagamento ou meras informações em registros bancários e/ou contábeis.

Assim, um simples registro de saída de recursos de conta corrente bancária para terceiros identificados não significa que se trate de **pagamento**.

E caberia ao fisco comprovar as alegações de que se tratava de efetivos pagamentos, no mínimo intimando o contribuinte para identificar o beneficiário dos pagamentos e/ou a sua causa.

Assim, muito embora a natureza do IRRF objeto do artigo 61 da Lei 8.981/1995 seja controvertida, não se questiona que não se pode simplesmente presumir, com base em débitos em conta corrente, que o contribuinte realizou pagamentos sem causa e/ou a beneficiário não identificado.

De fato, por ser o vínculo obrigacional instaurado por irregularidades ou infrações, há quem sustente que o artigo 61 da Lei 8.981/1995 trata de penalidade aplicável às pessoas jurídicas que realizam pagamentos sem identificar os beneficiários ou sem comprovar a causa -- premissa teórica que fundamenta ora alegação da sua inconstitucionalidade, por ofensa ao próprio conceito de tributo, ora o questionamento da simultânea aplicação da multa de ofício.

Os que entendem que o dispositivo permanece como cobrança de tributo -- especificamente, de imposto sobre a renda -- sustentam tratar-se, a depender do caso, de (i) regra de responsabilidade tributária, por substituição, mantendo-se inalterada a imposição do imposto sobre a renda devido pelo contribuinte; e/ou (ii) regra autônoma, hipótese em que a tributação seria exclusiva, sem qualquer relação com o imposto devido pelo beneficiário do pagamento ou recurso. Digo a depender do caso porque, no pagamento sem causa, parece que estamos diante do primeiro caso, enquanto que no pagamento a beneficiário não identificado a hipótese é claramente a segunda.

Esta parece ser a posição mais acertada, considerando, ademais, que o Código Tributário Nacional reconhece a possibilidade de atribuir à fonte pagadora a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto sobre a renda, veja-se:

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

Vale ressaltar que a atribuição de responsabilidade da fonte pagadora não altera a materialidade do imposto, que não é o mero “pagamento”, como prevê a literalidade do

artigo 61, mas o auferimento de renda ou acréscimo patrimonial, já que, em última análise, estamos tratando do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Assim, em se tratando de cobrança de um tributo, compete ao fisco a prova de sua hipótese de incidência -- no caso, a prova do pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado que, supostamente, teria resultado em acréscimo patrimonial para a ponta credora.

No caso, o fisco apenas provou que a Recorrente emitiu cheques e fez transferências bancárias, o que não necessariamente significa que ela fez pagamentos no sentido de acréscimo patrimonial a terceiros.

A acusação fiscal, portanto, foi falha, não merecendo subsistir o auto de infração dela resultante.

Dispositivo

Ante o exposto, oriento meu voto para afastar a preliminar de nulidade, afastar a decadência e, no mérito, julgar procedente o recurso voluntário da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano