



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10380.730501/2015-35
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1401-003.803 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de setembro de 2019
Recorrente OBOE CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2010, 2011

PAGAMENTOS SEM CAUSA. POSSIBILIDADE.

Estão sujeitos à exação do imposto de renda na fonte todos os pagamentos, escriturados ou não, realizados sob qualquer forma, desde o fisco comprove a existência do pagamento e o contribuinte não logre êxito em identificar o beneficiário ou a causa da operação.

DECADÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 114.

Aos lançamentos relativos ao IRRF sobre pagamentos realizados a beneficiários não identificados ou sem comprovação de causa aplica-se a norma de decadência do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

MULTA QUALIFICADA. POSSIBILIDADE.

Aplica-se a qualificação da multa quando resta patente a inexistência de causa lícita da operação para fins de justificativa dos pagamentos realizados pelo contribuinte.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OCORRÊNCIA.

Constatando-se fartamente a atuação dos responsáveis na prática dos atos ilícitos que resultaram em infrações tributárias, além das infrações ao sistema financeiro nacional, mantém-se a responsabilidade solidária atribuída.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em sede preliminar, afastar a arguição de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Em relação ao recurso de ofício, também por unanimidade de votos, dar parcial provimento apenas para restabelecer a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150% e restaurar a responsabilização solidária dos imputados JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, JOSE ITAMAR DE VASCONCELOS JUNIOR, OTAVIO LINS LIMA e ALEXANDRE RODRIGUES SILVA, pela realização de atos dolosos com infração à lei e estatutos da empresa.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto – Relator e Presidente em exercício.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Abel Nunes de Oliveira Neto, (Presidente em exercício). Ausente o conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, substituído pela Conselheira Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Início com o relatório, bastante extenso por sinal, da decisão de Piso.

I – DO LANÇAMENTO

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda Retido na Fonte, referente aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2010 e 2011, com os lançamentos discriminados no quadro 1 a seguir (principal, multa e juros, calculados até 11.2015).

TRIBUTO	IMPOSTO- R\$	JUROS DE MORA- R\$	MULTA – R\$	TOTAL – R\$
IRRF	141.048.002,67	68.334.362,20	211.572,004,36	421.954.369,23

2. A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária, a saber:

II– DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

PAGAMENTO SEM CAUSA OU BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO
INFRAÇÃO: IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU DE OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 29/01/2010 e 12/09/2011:

Art. 674 e 675 do RIR/99.

Art. 674, do RIR/99

NO TERMO DE VERIFICAÇÃO DESCREVE A INFRAÇÃO EM SÍNTESE:

1 – DOS FATOS QUE DECORRERAM A FISCALIZAÇÃO

1.1. FATOS SUPERVENIENTES À AÇÃO FISCAL

Conforme relatado, a ação fiscal teve por objetivo inicial a fiscalização do IOF em face da comunicação do BACEN. Contudo, iniciada a ação fiscal, este Auditor Fiscal da RFB teve a precaução de buscar informações complementares a respeito do contexto em que se insere a ação fiscal em comento, posto que, **o processo de falência do grupo Oboé**, dada as suas circunstâncias, foi um fato de conhecimento público e notório, objeto de grande repercussão na sociedade local, inclusive, amplamente noticiado nos órgãos da imprensa em geral.

Assim, com o intuito de garantir aos interesses do Fisco Federal no que tange às obrigações tributárias, esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza buscou informações adicionais **junto ao Ministério Público Federal e à Justiça Federal**.

Em 05 de maio de 2015, motivado por demanda do Ministério Público Federal, o M.M. Juiz Federal Titular da 32ª Vara Federal, Dr. Francisco Luiz Rios Alves, autorizou o compartilhamento dos dados da correspondente ação penal e seus apensos com esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza (**ANEXO 05 - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**).

1.2. O CONTEXTO DOS FATOS E A AÇÃO PENAL EM CURSO

De posse de um extenso material probante contido na ação penal e seus apensos, verifiquei que as informações oriundas do BACEN trataram das repercussões de irregularidades fisco-contábeis da empresa em apreço, originadas por meio de operação especial sobre as empresas integrantes do chamado "Grupo Oboé", instituições que sofreram intervenção do Banco Central do Brasil sob a alegação de comprometimento patrimonial e financeiro da sociedade e da existência de "graves violações às normas legais e estatutárias".

Segundo consta, em 15 de setembro de 2011 o BACEN, por intermédio dos Atos n.º 1.201, 1.202, 1.203 e 1.204, publicados no Diário Oficial da União de 16 de setembro de 2011, decretou o regime especial de intervenção em relação às instituições integrantes do Grupo Oboé, controlada por José Newton Lopes de Freitas, portador do CPF/MF n.º 013.398.183-53, dentre elas a Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A. (OBOÉ CFI).

Em 09 de fevereiro de 2012, o BACEN, por meio dos Atos n.º 1.211, 1.212, 1.213 e 1.214, publicados no Diário Oficial da União de 10 de fevereiro de 2012, converteu em Liquidação Extrajudicial o regime anterior de intervenção a que estavam submetidas as empresas integrantes do Grupo Oboé.

A partir daí, as empresas liquidandas foram investigadas em inquéritos administrativos instaurados pelo BACEN com o objetivo de esclarecer as causas da quebra e quantificar os prejuízos suportados pelas referidas empresas e o abalo causado ao Sistema Financeiro Nacional, vindo a apontar inúmeras irregularidades, conforme relatório o qual anexo (**ANEXO 06 - RELATÓRIO BACEN**).

Passo contínuo, e diante do teor e conclusões do inquérito administrativo do BACEN, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da Procuradoria da República no Estado do Ceará, em 31 de março de 2014 apresentou denúncia (**ANEXO 07 - DENÚNCIA MPF**) junto à Justiça Federal - 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, culminando com Ação Penal, consubstanciada no processo n.º 0000940-45.2014.4.05.8100 (atualmente em curso na 32ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará).

De acordo com a denúncia do MPF, o inquérito administrativo do BACEN, ao fim dos trabalhos, apontou um patrimônio líquido negativo das empresas do Grupo Oboé aproximado de R\$ 231.788.000,00, sendo R\$ 175.833.000,00 somente no âmbito da empresa OBOÉ CFI, a principal empresa do Grupo OBOÉ.

Ademais, o referido inquérito indicou que o Grupo Oboé criou um ambiente propício à facilitação da prática de crimes, iniciado nos anos de 2008 e 2009, com a captação de aplicações financeiras visivelmente desproporcionais às operações de concessão de crédito e a existência de uma simbiose no funcionamento das empresas componentes do grupo, gerando uma confusão empresarial com o intuito de facilitar e ocultar crimes.

Diante da amplitude de fatos trazidos à tona concernentes à empresa em epígrafe, bem como das outras empresas do Grupo Oboé, esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza resolveu ampliar sua ação fiscal ao escalar outros Auditores Fiscais da RFB e emitir outros Mandados de Procedimento Fiscal.

E dessa forma, deu-se prosseguimento à presente ação fiscal, sendo esta desenvolvida em paralelo às outras ações fiscais que também dizem respeito a empresas do chamado Grupo Oboé.

1.3. O USO DA PROVA EMPRESTADA

Conforme já relatado, em 05 de maio de 2015 o M.M. Juiz Federal Titular da 32ª Vara Federal, Dr. Francisco Luiz Rios Alves, autorizou o compartilhamento dos dados da correspondente ação penal com esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza.

Assim, traz-se aos presentes autos as provas produzidas no âmbito da ação penal.

2 – DA AUDITORIA FISCAL

- A Auditoria originou-se em decorrência da falta de recolhimento do IOF, que verificou-se que os valores destinados aos pagamentos do IOF eram desviados.

Esta prática confirmou a existência de dupla infração, ou seja:

o contribuinte deu baixa na conta Caixa, ou seja, deu saída de numerário para fins de pagamento dos tributos devidos, no caso, o IOF, e, deliberadamente, deixou de recolher parte desse numerário, ou seja, deu saída do total contabilizado no "Sistema Finance" (contabilidade oficial) à título de IOF, porém declarou nas DCTF's e recolheu valores menores, o que demonstrou falta dolosa de recolhimento do IOF, sendo cabível, pois, o lançamento das diferenças entre o montante devido (lançado na escrituração) e o declarado nas DCTF's; e em face à infração anterior, **o contribuinte deu saída sem causa das diferenças que deixou de recolher à título de quitação do IOF, e assim, considerando essas mesmas diferenças, fez-se cabível a tributação do IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) na categoria de "Pagamento a beneficiário não identificado, conforme dita o artigo 61 da Lei 8.981, de 1995.(grifou-se).**

2.1 - DA CONTABILIDADE: "SISTEMA FINANCE" E SISTEMA CFI"

A respeito, transcrevo trecho da denúncia do MPF que trata dos sistemas "FINANCE" e "CFI":

A OBOÉ CFI dispunha de dois sistemas corporativos básicos relacionados à área operacional: Sistema Finance" e "Sistema CFI", que funcionavam em compasso para a consumação e encobrimento das fraudes ali inseridas.

O "Sistema Finance" foi um pacote contratado junto à empresa Softpar Soluções Financeiras, com os módulos de cadastro, renda fixa, empréstimos, conta-corrente, IFT, "compliance" e contabilidade. Cada módulo constitui um banco de dados interdependente.

Era o sistema que produzia todas as informações oficiais prestadas pela OBOÉ CFI ao Banco Central e órgãos de fiscalização.

Como sistema responsável pela contabilidade, tudo nele registrado considera-se em tese contabilizado. Por ser um sistema de codificação fechada, era difícil fazer modificações para fraudes. Não obstante atender somente à OBOÉ CFI, todas as bases de dados do "Sistema Finance" ficavam armazenadas no centro de dados da OBOÉ CARD.

Já o "Sistema CFI" foi integralmente desenvolvido pela OBOÉ CARD, especialmente pelo Sr. ALEXANDRE RODRIGUES SILVA e seus colaboradores, empregados desse braço tecnológico do grupo OBOÉ. Do mesmo modo, todas as bases de dados do "Sistema CFI" eram centralizadas na OBOÉ CARD.

Possuía módulos de cadastro, empréstimos, captação e cobrança.

Nesse sistema, desenvolvido pela própria OBOÉ, foram inseridas as adaptações que permitiam a execução de fraudes, a partir de rotinas e algoritmos desenvolvidos para essa finalidade.

A principal "customização" existente no "Sistema CFI" era no módulo de empréstimos e consistia em um comando de visibilidade ("flag"), onde os contratos marcados como "N" tinham sua visualização inibida aos usuários, exceto para aqueles com perfil de permissão especial. Explicando de outra forma, o "Sistema CFI" tinha uma espécie de campo para os contratos, no qual poderia haver a marcação "S" ou "N".

A marcação com "S" permitia a visualização dos contratos assim identificados por todos os usuários e, portanto, era a empregada nos contratos que de fato existiam.

Já a marcação com "N" impedia a visualização dos contratos pelos usuários em geral, salvo aqueles detentores de "permissão especial", que poderiam ver normalmente essas duas categorias (marcados com "S" e marcados com "N") sem restrições.

Os "contratos invisíveis", ou marcados com "N", tratavam basicamente de contratos fictícios ou lançamentos com dados alterados, gerados para as fraudes.

Outra "customização" importante era no módulo de captação e se referia à possibilidade de selecionar os títulos emitidos pela Oboé CFI que seriam exportados para o "Sistema Finance".

Tal modificação foi utilizada nas fraudes relacionadas à captação, em que boa parte dos recursos captados era omitida da contabilidade oficial, para que pudessem ser desviadas.

As permissões de acesso ao "Sistema CFI" eram dadas pelo pessoal da OBOÉ CFI, mediante perfis pré-definidos no próprio sistema pela área de desenvolvimento da OBOÉ CARD.

No entanto, como mencionado nos parágrafos anteriores, havia um perfil de "permissão especial" que permitia a visualização de tudo o que estava registrado no "Sistema CFI", inclusive dos contratos marcados como "N" no "flag de visibilidade".

O "Sistema CFI" era o sistema de entrada ou exportação ("input") das informações que aportavam no "Sistema Finance". Todos os contratos de crédito registrados no "Sistema CFI" eram exportados para o "Sistema Finance", inclusive os "contratos invisíveis", principalmente com o objetivo de ludibriar o BANCO CENTRAL quanto à integridade patrimonial da OBOÉ CFI.

Deliberadamente, o "flag de visibilidade" não era exportado. Assim, no "Sistema Finance" não era possível distinguir, em princípio, os "contratos invisíveis" daqueles que tinham a visualização liberada a todos os usuários do "Sistema CFI".

Com tal medida, era possível incluir os contratos fictícios na base de dados, com o uso dos cadastros dos clientes da empresa, sem no entanto permitir a visualização aos

funcionários que com tais clientes lidavam, ou aos próprios clientes, impedindo a cobrança dos valores e, por conseguinte, a descoberta das fraudes.

A par disso, era possível ainda mascarar a situação patrimonial deficitária da instituição financeira, inflando artificialmente o seu ativo no "Sistema Finance", aquele de onde eram extraídas as Tabelas e relatórios exigidos pelos órgãos de fiscalização, para análise da situação econômico-financeira da instituição.

Conforme será descrito em maiores detalhes oportunamente, a ocultação das bases de dados desse sistema aos auditores independentes e ao Banco Central foi usada como um dos pilares centrais pelos ex-administradores da OBOE CFI para a perpetração das fraudes relacionadas à criação de ativos fictícios, com base em operações de cartão de crédito.

Entendido como funcionavam os chamados "SISTEMA FINANCE" e "SISTEMA CFI", passemos às situações objeto desta 2ª parte da ação fiscal.

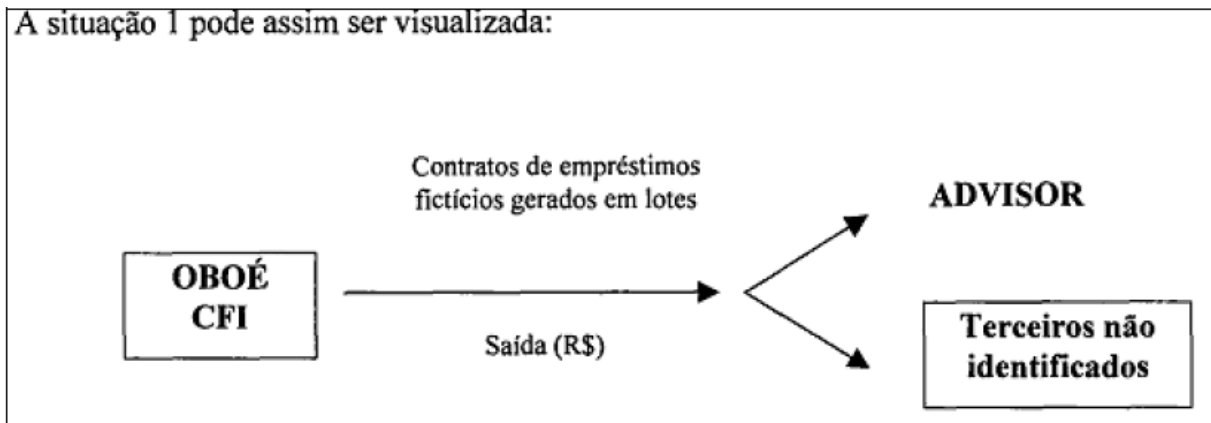
SITUAÇÃO 01 –

a) - CONTRATOS FICTÍCIOS GERADOS EM LOTES

- A Fiscalização menciona trechos do Relatório do MPF que explica como funcionava as fraudes envolvendo os dois sistemas e conclui:

Valores saídos da Empresa Oboé CFI destinaram-se, parte à empresa coligada ADVISOR GESTÃO DE ATIVOS S/A e parte a terceiros não identificados.

A situação 1 pode assim ser visualizada:



Na denúncia oferecida pelo MPF foram apontadas as práticas de três crimes contra a ordem financeira, ou seja, crime de gestão fraudulenta, prestação de informações falsas ao Banco Central e crime de desvio de recursos financeiros decorrentes da fraude para a ADVISOR, crimes esses que se encontram perfeitamente delineados na referida denúncia, sendo que, ao verificarmos os fatos, percebe-se que estes também atentam contra a ordem tributária.

.....

O fato é que, ao gerir fraudulentamente, ao prestarem informações falsas ao Banco Central do Brasil, e, principalmente, ao desviarem recursos financeiros decorrentes de fraudes, a empresa OBOÉ CFI e seus administradores, no que tange aos aspectos tributários da espécie, retiraram da empresa uma grande massa de dinheiro sem uma contrapartida plausível e legal, o que tipifica a infração, cujo enquadramento legal é o artigo 674 do RIR/1999, tendo como matriz legal o art. 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, ou seja, deram causa ao pagamento sem causa, o qual se transcreve:

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 n.º 8.383, de 30 de dezembro 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. **(grifo original)**

b) CONDUTA FRAUDULENTA

A fraude no ordenamento tributário, segundo o artigo 72 da Lei n.º 4.502, de 1964, 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.

A descrição dos fatos contidos na Denúncia n.º 06014/2014 do Ministério Público Federal, bem como no relatório gerado pela comissão do Banco Central do Brasil, não deixa dúvidas quanto à conduta fraudulenta operada pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores.

Sobre esta situação 1, o MPF denunciou que:

Nessa modalidade fraudulenta, os administradores da OBOÉ CFI criaram lotes de milhares de contratos sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes.

Com isso, foi possível aumentar o ativo contábil e desviar os recursos da Instituição Financeira.

O modus operandis foi aqui transcrito no item 8.1, às fls. 09 a 11, o que culminou, no que tange a ordem financeira, nos crimes de gestão fraudulenta (fls. 12), prestação de informações falsas ao Banco Central do Brasil (fls. 12 e 13) e desvio de recursos financeiros (fls. 13 e 14).

Tais práticas deram ensejo, no que tange aos aspectos tributários, à prática de pagamento sem causa (art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995), ou seja, recursos financeiros deram saída da empresa OBOE CFI a título de pagamento de contratos de empréstimos gerados em lote, os quais se revelaram fictícios. Esta ação dolosa e fraudulenta, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

Esta prática fraudulenta ocorreu especialmente entre abril de 2010 e setembro de 2011, tendo sofrido várias mutações ao longo do tempo.

Em suma, podemos afirmar que conduta fraudulenta se tipificou no pagamento de milhares de contratos criados em lotes, pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores, sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes, cujos objetivos primeiros eram o de aumentar falsamente o seu ativo contábil e desviar os recursos da instituição financeira, tratando-se, pois, de pagamento sem causa. Portanto, deixou o contribuinte também

de pagar tributo aos cofres da União, o que, data vénia, tipifica-se ainda como uma fraude de natureza tributária e, em tese, em crime contra a ordem tributária conforme definido no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, e concordando com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, essas fraudes na criação de contratos fictícios, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas no âmbito da pessoa jurídica, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima.

Após ser decidida a execução da fraude, o controlador José Newton Lopes de Freitas, isoladamente ou em conjunto com José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima, definia os valores fictícios que deveriam ser gerados a partir de contratos inexistentes. Ao decidirem e determinarem a criação de contratos fictícios, com a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, e em especial, ao transferirem recursos financeiros para empresa do mesmo grupo e para terceiros por contas de tais contratos fictícios, no período em apreço, os referidos administradores incorreram no ato infracional de pagamento sem causa por meio de conduta fraudulenta.

Outrossim, entendo que incorre nesta mesma conduta fraudulenta, na qualidade de partícipe, o desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no "Sistema CFI", de grande relevância para que as fraudes fossem praticadas. Alexandre, seguindo determinação de seus superiores, de forma consciente e voluntária desenvolveu o "Sistema CFI" em que foram inseridos comandos que permitiram: a inserção de dados de contratos fictícios e a ocultação desses mesmos dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa), tendo consciência das reais finalidades a que tais alterações se prestavam, afinal, não se pode admitir que um programador realize tais modificações sem ter a exata compreensão de que se destinavam a propiciar e ocultar fraudes.

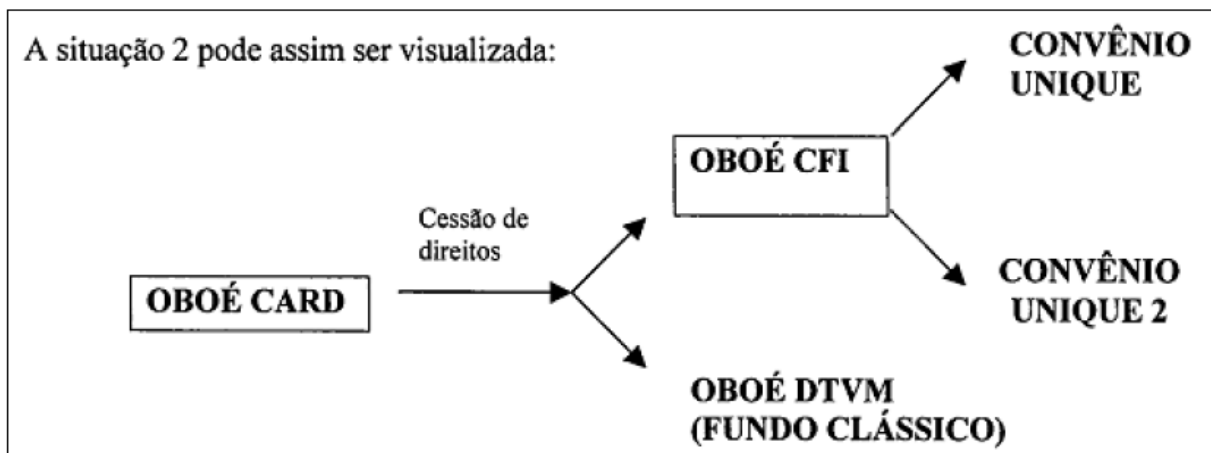
SITUAÇÃO 02 –

a) CESSÃO DE DIREITOS DE FATURAS DE CARTÕES DE CRÉDITO

- A Fiscalização menciona trechos do Relatório do MPF que explica como funcionava as fraudes envolvendo os dois sistemas e descreve:

Verificou-se o desvio de numerário por saída de recursos das contas de disponibilidades da empresa OBOÉ CFI, operada em cumprimento aos pagamentos realizados pela aquisição de faturas de cartão de crédito, existentes no seio da suposta fraude envolvendo os contratos de cessão de direitos de faturas de cartões de crédito, onde a OBOÉ CARD (como cedente) teria repassado tais direitos para a empresa OBOÉ CFI e para o fundo de investimento denominado "clássico", este último, administrado pela outra empresa do Grupo Oboé, ou seja, a OBOÉ DTVM.

Com efeito, as cessões das referidas faturas de cartões de crédito envolviam operações celebradas em torno de produtos denominados "Convênio Unique" (faturas reais e créditos inadimplentes) e "Convênio Unique 2" (faturas fictícias).



Contudo, os fatos revelados, além de suscitarem a aplicação do artigo 4º da Lei n.º 7.492/86, também revelam a existência de infração no que tange aos aspectos tributários, cabendo, pois, a aplicação do parágrafo Iº do artigo 61 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, afinal de contas, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, tipificam pagamentos sem causa.

Assim sendo, eu resolvi intimar o contribuinte, por meio do Termo de Intimação Fiscal n.º 02, de 12 de novembro de 2015 (**ANEXO 10 - TIF 02**), de modo que: (1) fosse apresentado os documentos inerentes ao recebimento de direitos creditórios das faturas de cartões de crédito, oriundos da empresa OBOÉ CARD, no que tange aos produtos denominados "Convênio Unique" (faturas reais e créditos inadimplentes) e "Convênio Unique 2" (faturas fictícias); e (2) fosse apresentado os documentos que respaldaram as correspondentes remessas de recursos financeiros (transferências bancárias) inerentes aos produtos mencionados. A demanda refere-se aos anos de 2010 e 2011.

Em resposta (**ANEXO 11 - RESPOSTA TIF 02**), o contribuinte apresentou um CD contendo as TED's e os extratos bancários onde constam as remessas de recursos financeiros da empresa OBOÉ CFI para a OBOÉ CARD, por conta das novas cessões de direitos creditórios das faturas de cartões de crédito ocorridas nos anos de 2010 e 2011. Os TED's e os extratos bancários foram impressos e constituem elementos de prova fornecidos pelo próprio contribuinte.

Deixo claro que os valores inerentes a estas remessas bancárias referem-se ao produto "Convênio Unique 2", posto que ocorreram após janeiro de 2009, lembrando e concordando com o entendimento do MPF que, enquanto que na égide do "Convênio Unique", os recursos de fato iam para a OBOÉ CARD e eram devidamente contabilizados na cedente, no "Convênio Unique 2" não havia qualquer registro contábil na OBOÉ CARD e os recursos tornavam-se não contabilizados na OBOÉ CFI. Tal circunstância materializa a prática do desvio capitulada no §1º do art. 61 citado, uma vez que há saída de recursos, desacompanhada de fundamentação fática legítima.

Com isso, tal como se viu na situação 1, entendo que os pagamentos efetuados e identificados conforme acima, ocorreram sem a justa causa, ou seja, sem uma contrapartida legal, configurando um verdadeiro desvio de recursos, o que tipifica a infração do pagamento sem causa de que trata o artigo 674 do RIR/1999, e assim sendo, esta auditoria tratou de efetuar ao lançamento tributário com base no parágrafo Io do artigo 61 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995

b) - A CONDUTA FRAUDULENTA NA SITUAÇÃO 2

Tal como ocorreu na situação 1, aqui também pode-se afirmar, com a devida convicção, que os fatos que permearam a conduta da pessoa jurídica a partir da ação dos administradores da empresa OBOÉ CFI, no que tange à remessa de recursos financeiros por conta de cessão de direitos de faturas de cartão de crédito, da mesma forma revelaram-se fraudulentos.

Os fatos foram transcritos às fls. 15 a 18 deste relatório, sendo que, embora constituam fatos diversos da situação 1, tiveram o mesmo condão de viabilizar desvios de recursos em meio a uma gestão fraudulenta.

Destarte, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, a despeito de representarem um outro expediente no intuito de viabilizar os desvios de recursos, tipificaram os pagamentos sem causa.

E assim, do mesmo modo que ocorreu na situação 1, a ação dolosa e fraudulenta inerente a esta situação 2, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

As operações irregulares abrangendo os direitos creditórios de cartões de créditos, no que tange à empresa OBOÉ CFI, devem ser imputadas à pessoa jurídica a partir da comunhão de interesses e da ação dos seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo as faturas de cartões de crédito, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

3 – DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Diante dos fatos, não restou outro caminho senão o de constituir o crédito tributário do IRRF pelo lançamento.

Nos autos de infração correspondentes, os quais este relatório é complementar, consta a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido, a identificação dos sujeitos passivos e a proposição da aplicação da penalidade cabível, em especial, a informação sobre os enquadramentos legais que fundamentam ao lançamento tributário, tudo de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional - Lei n.º 5.172, de 1966.

O lançamento do IRRF nesta segunda fase da ação fiscal foi consubstanciado por meio do processo MF 10380.730501/2015-35, e ocorreu em face do pagamento sem causa, ou seja, considerando que a empresa OBOÉ CFI pagou a terceiros valores em troca de contratos fictícios (sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes) gerados em lotes ou em contrapartida de cessão de direitos fraudulentos de faturas de cartão de crédito, fica evidente que os valores remetidos configuraram-se pagamentos sem causa.

O enquadramento legal é o artigo 674 do RIR/1999, cuja matriz legal é o art. 61 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995:

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 n.º 8.383, de 30 de dezembro 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.

No caso dos contratos fictícios gerados em lotes, a base de cálculo do IRRF foi o total diário dos valores liberados (pagos) relativos aos lotes de contratos gerados, valores estes extraídos do "Sistema CFI", conforme constantes em listagens específicas (**ANEXO 14 - CONTRATOS FICTÍCIOS GERADOS EM LOTES**), as quais foram elaboradas originalmente pela comissão responsável pelo inquérito administrativo no âmbito do BACEN, constantes nas folhas de 8.494 a 8.550 do volume 54 dos apensos do referido relatório. No caso, as informações de movimentações bancárias oferecidas pelo próprio contribuinte (como resposta ao Termo de Intimação Fiscal 01/2015), apesar de parciais, corroboram e demonstram o que aqui se argui, o pagamento sem causa.

Quanto às cessões de direitos fraudulentos de faturas de cartão de crédito a base de cálculo do IRRF foi os valores informados pelo próprio contribuinte, fornecidos por meio de um CD, como resposta ao Termo de Intimação Fiscal n.º 02, de 12 de novembro de 2015, e, dizem respeito aos valores pagos pela empresa OBOÉ CFI registrados em TED's e extratos de conta corrente do Banco Safra (**ANEXO 15 - MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA PELA CESSÃO DE DIREITOS EM FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO**).

Ambos os casos constam do mesmo auto de infração, onde, observou-se ainda, o reajustamento de que trata o parágrafo 3º do artigo 61 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, acima transcrito, sendo que a alíquota foi de 35% (trinta e cinco por cento).

4 – DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

No auto de infração lavrado foi lançada a multa qualificada de 150%, de que trata o artigo 44, inciso I, e parágrafo primeiro da Lei 9.430, de 1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Medida Provisória n. 351, de 2007, convertida na Lei 11.488, de 15 de junho de 2007.

O dispositivo legal citado assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

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

Por sua vez, os artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, ordenam:

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

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

- 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.

Da leitura dos dispositivos da Lei n.º 4.502, de 1964, supra, infere-se que as condutas descritas pela norma exigem do sujeito passivo a ação com dolo, ou seja, a deliberada intenção de obter o resultado que seria o impedimento ou retardamento da ocorrência do fato gerador, ou a exclusão ou modificação das suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Nesse sentido, o cerne do comportamento delituoso consiste na modificação das características da situação de fato ou situação jurídica que, ocorrendo, determina a incidência da norma tributária, com o escopo de evitar o pagamento do valor do tributo devido.

Com efeito, a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de subtrair, no todo ou em parte, a obrigação tributária.

A situação qualificadora é necessária quando restar caracterizada a presença de dolo, como um comportamento intencional, específico, de causar dano, utilizando-se de subterfúgios que escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária. Ou seja, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado na autuação, sob pena de não restarem evidenciadas as características da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa agravada.

E assim sendo, outra não foi a conduta do contribuinte, senão a dolosa, considerando os fatos que permearam e que se tornaram evidentes ao longo da ação fiscal.

Em estreita síntese, vamos aos fatos:

A criação de lotes de contratos fictícios, a definição de seus valores, a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima. Esta fraude só foi possível diante da ação do desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou

as customizações no "Sistema CFI", de modo a permitir a inserção de dados de contratos fictícios e a ocultação desses mesmos dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa); e

Do mesmo modo, as operações fraudulentas de cessão de direitos creditórios de cartões de créditos, no âmbito da empresa OBOÉ CFI, foram configuradas por seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como seu idealizador e principal articulador, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

E assim sendo, lança-se a multa qualificada de 150%.(grifou-se)

5 – DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

1 - JOSÉ NEWTON LOPES DE FREITAS, brasileiro, divorciado e em união estável, advogado, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 15/05/1951, portador da cédula de identidade RG n.º 20078381210 SSPDS-CE, inscrito no CPF/MF n.º 013.398.183-53, filho de Raimundo Nonato Dias de Freitas e de Maria José Lopes de Freitas, domiciliado e residente na Rua Guilherme Perdigão, n.º 512, Cep: 60.720-420, Bairro Parangaba, Fortaleza(CE), principal controlador da OBOÉ HOLDING FINANCEIRA S/A, sócio e principal administrador da OBOÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A;

O responsável tributário solidário em apreço participou das fraudes apuradas no âmbito da pessoa jurídica, principal sujeito passivo ora autuado, conforme se destaca.

De fato, a descrição dos fatos contidos na Denúncia n.º 06014/2014 do Ministério Público Federal, bem como no relatório gerado pela comissão do Banco Central do Brasil, não deixa dúvidas quanto à conduta fraudulenta operada pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores.

Sobre a geração de contratos fictícios em lotes (situação 1), o MPF denunciou que:

Nessa modalidade fraudulenta, os administradores da OBOÉ CFI criaram lotes de milhares de contratos sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes.

Com isso, foi possível aumentar o ativo contábil e desviar os recursos da Instituição Financeira.

O *modus operandis* foi transcrito no item 8.1, às fls. 09 a 11, do Relatório Fiscal integrante dos autos, o qual culminou, no que tange a ordem financeira, nos crimes de gestão fraudulenta (fls 12), prestação de informações falsas ao Banco Central do Brasil (fls. 12 e 13) e desvio de recursos financeiros (fls. 13 e 14).

Tais práticas deram ensejo, no que tange aos aspectos tributários, à prática de pagamento sem causa (art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995), ou seja, recursos financeiros deram saída da empresa OBOÉ CFI a título de pagamento de contratos de empréstimos gerados em lote, os quais se revelaram fictícios.

Esta ação dolosa e fraudulenta, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Tal prática fraudulenta ocorreu especialmente entre abril de 2010 e setembro de 2011, tendo sofrido várias mutações ao longo do tempo.

Em suma, podemos afirmar que a conduta fraudulenta se tipificou no pagamento de milhares de contratos criados em lotes, pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores, sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes, cujos objetivos primeiros eram o de aumentar falsamente o seu ativo contábil e desviar os recursos da instituição financeira, tratando-se, pois, de pagamento sem causa. Portanto, deixou o contribuinte também de pagar tributo aos cofres da União, o que, data vênia, tipifica-se ainda como uma fraude de natureza tributária e, em tese, em crime contra a ordem tributária conforme definido no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, e concordando com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, essas fraudes na criação de contratos fictícios, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas no âmbito da pessoa jurídica, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima.

Após ser decidida a execução da fraude, o controlador José Newton Lopes de Freitas, isoladamente ou em conjunto com José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima, definia os valores fictícios que deveriam ser gerados a partir de contratos inexistentes. Ao decidirem e determinarem a criação de contratos fictícios, com a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, e em especial, ao transferirem recursos financeiros para empresa do mesmo grupo e para terceiros por contas de tais contratos fictícios, no período em apreço, os referidos administradores incorreram no ato infracional de pagamento sem causa por meio de conduta fraudulenta.

Quanto à segunda situação em destaque, objeto do auto de infração, ou seja, a cessão fraudulenta de direitos de faturas de cartão de crédito, tal como ocorreu na situação 1, aqui também pode-se afirmar, com a devida convicção, que os fatos que permearam a conduta da pessoa jurídica a partir da ação dos administradores da empresa OBOÉ CFI, no que tange à remessa de recursos financeiros por conta de cessão de direitos de faturas de cartão de crédito, da mesma forma revelaram-se fraudulentos.

Os fatos foram transcritos às fls. 15 a 18 do relatório fiscal, sendo que, embora constituam fatos diversos da situação 1, tiveram o mesmo condão de viabilizar desvios de recursos em meio a uma gestão fraudulenta.

Destarte, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, a despeito de representarem um outro expediente no intuito de viabilizar os desvios de recursos, tipificaram os pagamentos sem causa.

E assim, do mesmo modo que ocorreu na situação 1, a ação dolosa e fraudulenta inerente a esta situação 2, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido. As operações irregulares abrangendo os direitos creditórios de cartões de créditos, no que tange à empresa OBOÉ CFI, devem ser imputadas à pessoa jurídica a partir da comunhão de interesses e da ação dos seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo as faturas de cartões de crédito, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

Outrossim, entendo que incorre nestas mesmas condutas fraudulentas, na qualidade de partícipe, o desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no “Sistema CFI”, de grande relevância para que as fraudes fossem praticadas. Alexandre, seguindo determinação de seus superiores, de forma consciente e voluntária desenvolveu o “Sistema CFI” em que foram inseridos comandos que permitiram a inserção e ocultação de dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa), tendo consciência das reais finalidades a que tais alterações se prestavam, afinal, não se pode admitir que um programador realize tais modificações sem ter a exata compreensão de que se destinavam a propiciar e ocultar fraudes.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei n.º 5.172/66.

2 - JOSÉ ITAMAR DE VASCONCELOS JÚNIOR, brasileiro, casado, filho de José Itamar de Vasconcelos e de Vilma Lima Verde de Vasconcelos, nascido aos 15/02/1959, contador, documento de identidade n.º 2006009716004 SSP/CE, inscrito no CPF n.º 113.838.873-49, residente na Rua Júlio Siqueira, n.º 785 - Dionísio Torres, Fortaleza(CE), Cep: 60.130-090, telefones (085) 3227-9146 e 9997-4787, ex-Diretor Administrativo-Financeiro da OBOÉ CFI;

O responsável tributário solidário em apreço participou das fraudes apuradas no âmbito da pessoa jurídica, principal sujeito passivo ora autuado, conforme se destaca.

De fato, a descrição dos fatos contidos na Denúncia n.º 06014/2014 do Ministério Público Federal, bem como no relatório gerado pela comissão do Banco Central do Brasil, não deixa dúvidas quanto à conduta fraudulenta operada pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores.

Sobre a geração de contratos fictícios em lotes (situação 1), o MPF denunciou que:

Nessa modalidade fraudulenta, os administradores da OBOÉ CFI criaram lotes de milhares de contratos sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes.

Com isso, foi possível aumentar o ativo contábil e desviar os recursos da Instituição Financeira.

O *modus operandis* foi transcrito no item 8.1, às fls. 09 a 11, do Relatório Fiscal integrante dos autos, o qual culminou, no que tange a ordem financeira, nos crimes de gestão fraudulenta (fls. 12), prestação de informações falsas ao Banco Central do Brasil (fls. 12 e 13) e desvio de recursos financeiros (fls. 13 e 14).

Tais práticas deram ensejo, no que tange aos aspectos tributários, à prática de pagamento sem causa (art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995), ou seja, recursos financeiros deram saída da empresa OBOÉ CFI a título de pagamento de contratos de empréstimos gerados em lote, os quais se revelaram fictícios.

Esta ação dolosa e fraudulenta, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Tal prática fraudulenta ocorreu especialmente entre abril de 2010 e setembro de 2011, tendo sofrido várias mutações ao longo do tempo.

Em suma, podemos afirmar que a conduta fraudulenta se tipificou no pagamento de milhares de contratos criados em lotes, pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores, sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes, cujos objetivos primeiros eram o de aumentar falsamente o seu ativo contábil e desviar os recursos da instituição financeira, tratando-se, pois, de pagamento sem causa. Portanto, deixou o contribuinte também de pagar tributo aos cofres da União, o que, data vênia, tipifica-se ainda como uma fraude de natureza tributária e, em tese, em crime contra a ordem tributária conforme definido no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, e concordando com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, essas fraudes na criação de contratos fictícios, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas no âmbito da pessoa jurídica, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima.

Após ser decidida a execução da fraude, o controlador José Newton Lopes de Freitas, isoladamente ou em conjunto com José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima, definia os valores fictícios que deveriam ser gerados a partir de contratos inexistentes. Ao decidirem e determinarem a criação de contratos fictícios, com a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, e em especial, ao transferirem recursos financeiros para empresa do mesmo grupo e para terceiros por contas de tais contratos fictícios, no período em apreço, os referidos administradores incorreram no ato infracional de pagamento sem causa por meio de conduta fraudulenta.

Quanto à segunda situação em destaque, objeto do auto de infração, ou seja, a cessão fraudulenta de direitos de faturas de cartão de crédito, tal como ocorreu na situação 1, aqui também pode-se afirmar, com a devida convicção, que os fatos que permearam a conduta da pessoa jurídica a partir da ação dos administradores da empresa OBOÉ CFI, no que tange à remessa de recursos financeiros por conta de cessão de direitos de faturas de cartão de crédito, da mesma forma revelaram-se fraudulentos.

Os fatos foram transcritos às fls. 15 a 18 do relatório fiscal, sendo que, embora constituam fatos diversos da situação 1, tiveram o mesmo condão de viabilizar desvios de recursos em meio a uma gestão fraudulenta.

Destarte, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, a despeito de representarem um outro expediente no intuito de viabilizar os desvios de recursos, tipificaram os pagamentos sem causa.

E assim, do mesmo modo que ocorreu na situação 1, a ação dolosa e fraudulenta inerente a esta situação 2, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

As operações irregulares abrangendo os direitos creditórios de cartões de créditos, no que tange à empresa OBOÉ CFI, devem ser imputadas à pessoa jurídica a partir da comunhão de interesses e da ação dos seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo as faturas de cartões de crédito, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

Outrossim, entendo que incorre nestas mesmas condutas fraudulentas, na qualidade de partícipe, o desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no “Sistema CFI”, de grande relevância para que as fraudes fossem praticadas.

Alexandre, seguindo determinação de seus superiores, de forma consciente e voluntária desenvolveu o “Sistema CFI” em que foram inseridos comandos que permitiram a inserção e ocultação de dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa), tendo consciência das reais finalidades a que tais alterações se prestavam, afinal, não se pode admitir que um programador realize tais modificações sem ter a exata compreensão de que se destinavam a propiciar e ocultar fraudes.

3 - OTÁVIO LINS LIMA, brasileiro, casado, comerciário, filho de Otto Hardy Lima e de Marlúcia Lins Lima, nascido aos 20/07/1969, documento de identidade nº 95002663798 SSP/CE, inscrito no CPF nº 378.598.543-68, residente nesta cidade na Rua Uirapuru, nº 86, casa 05, Maraponga, Fortaleza (CE), Cep: 60.712-145, telefone (085) 3467-4677 e 8846-1111, ex- Gerente de Captação da OBOÉ CFI; e O responsável tributário solidário em apreço participou das fraudes apuradas no âmbito da pessoa jurídica, principal sujeito passivo ora autuado, conforme se destaca.

De fato, a descrição dos fatos contidos na Denúncia nº 06014/2014 do Ministério Público Federal, bem como no relatório gerado pela comissão do Banco Central do Brasil, não deixa dúvidas quanto à conduta fraudulenta operada pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores.

Sobre a geração de contratos fictícios em lotes (situação 1), o MPF denunciou que:

Nessa modalidade fraudulenta, os administradores da OBOÉ CFI criaram lotes de milhares de contratos sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes.

Com isso, foi possível aumentar o ativo contábil e desviar os recursos da Instituição Financeira.

O *modus operandis* foi transcrito no item 8.1, às fls. 09 a 11, do Relatório Fiscal integrante dos autos, o qual culminou, no que tange a ordem financeira, nos crimes de gestão fraudulenta (fls. 12), prestação de informações falsas ao Banco Central do Brasil (fls. 12 e 13) e desvio de recursos financeiros (fls. 13 e 14).

Tais práticas deram ensejo, no que tange aos aspectos tributários, à prática de pagamento sem causa (art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995), ou seja, recursos financeiros deram saída da empresa OBOÉ CFI a título de pagamento de contratos de empréstimos gerados em lote, os quais se revelaram fictícios.

Esta ação dolosa e fraudulenta, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Tal prática fraudulenta ocorreu especialmente entre abril de 2010 e setembro de 2011, tendo sofrido várias mutações ao longo do tempo.

Em suma, podemos afirmar que a conduta fraudulenta se tipificou no pagamento de milhares de contratos criados em lotes, pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores, sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes, cujos objetivos

primeiros eram o de aumentar falsamente o seu ativo contábil e desviar os recursos da instituição financeira, tratando-se, pois, de pagamento sem causa. Portanto, deixou o contribuinte também de pagar tributo aos cofres da União, o que, data vênia, tipifica-se ainda como uma fraude de natureza tributária e, em tese, em crime contra a ordem tributária conforme definido no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, e concordando com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, essas fraudes na criação de contratos fictícios, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas no âmbito da pessoa jurídica, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima.

Após ser decidida a execução da fraude, o controlador José Newton Lopes de Freitas, isoladamente ou em conjunto com José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima, definia os valores fictícios que deveriam ser gerados a partir de contratos inexistentes. Ao decidirem e determinarem a criação de contratos fictícios, com a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, e em especial, ao transferirem recursos financeiros para empresa do mesmo grupo e para terceiros por contas de tais contratos fictícios, no período em apreço, os referidos administradores incorreram no ato infracional de pagamento sem causa por meio de conduta fraudulenta. Quanto à segunda situação em destaque, objeto do auto de infração, ou seja, a cessão fraudulenta de direitos de faturas de cartão de crédito, tal como ocorreu na situação 1, aqui também pode-se afirmar, com a devida convicção, que os fatos que permearam a conduta da pessoa jurídica a partir da ação dos administradores da empresa OBOÉ CFI, no que tange à remessa de recursos financeiros por conta de cessão de direitos de faturas de cartão de crédito, da mesma forma revelaram-se fraudulentos.

Os fatos foram transcritos às fls. 15 a 18 do relatório fiscal, sendo que, embora constituam fatos diversos da situação 1, tiveram o mesmo condão de viabilizar desvios de recursos em meio a uma gestão fraudulenta.

Destarte, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, a despeito de representarem um outro expediente no intuito de viabilizar os desvios de recursos, tipificaram os pagamentos sem causa.

E assim, do mesmo modo que ocorreu na situação 1, a ação dolosa e fraudulenta inerente a esta situação 2, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

As operações irregulares abrangendo os direitos creditórios de cartões de créditos, no que tange à empresa OBOÉ CFI, devem ser imputadas à pessoa jurídica a partir da comunhão de interesses e da ação dos seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo as faturas de cartões de crédito, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

Outrossim, entendo que incorre nestas mesmas condutas fraudulentas, na qualidade de partícipe, o desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no “Sistema CFI”, de grande relevância para que as fraudes fossem praticadas.

Alexandre, seguindo determinação de seus superiores, de forma consciente e voluntária desenvolveu o “Sistema CFI” em que foram inseridos comandos que permitiram a inserção e ocultação de dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa), tendo consciência das reais finalidades a que tais alterações se prestavam, afinal, não se pode admitir que um programador realize tais modificações sem ter a exata compreensão de que se destinavam a propiciar e ocultar fraudes.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei n.º 5.172/66.

4 - ALEXANDRE RODRIGUES SILVA, desenvolvedor dos Sistemas da OBOÉ, brasileiro, casado, filho de Francisco Lima da Silva e Maria das Graças Rodrigues Silva, nascido em 31/12/1981, analista de sistemas, com endereço na Rua Gastão Justa, 702, Casa 21, Mondubim, Fortaleza (CE), Cep: 60.762-060, inscrito no CPF n.º 660.432.713-20, telefone (085) 9996-6635.

O responsável tributário solidário em apreço participou das fraudes apuradas no âmbito da pessoa jurídica, principal sujeito passivo ora autuado, conforme se destaca.

De fato, a descrição dos fatos contidos na Denúncia n.º 06014/2014 do Ministério Público Federal, bem como no relatório gerado pela comissão do Banco Central do Brasil, não deixa dúvidas quanto à conduta fraudulenta operada pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores.

Sobre a geração de contratos fictícios em lotes (situação 1), o MPF denunciou que:

Nessa modalidade fraudulenta, os administradores da OBOÉ CFI criaram lotes de milhares de contratos sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes.

O *modus operandis* foi transcrito no item 8.1, às fls. 09 a 11, do Relatório Fiscal integrante dos autos, o qual culminou, no que tange a ordem financeira, nos crimes de gestão fraudulenta (fls. 12), prestação de informações falsas ao Banco Central do Brasil (fls. 12 e 13) e desvio de recursos financeiros (fls. 13 e 14).

Tais práticas deram ensejo, no que tange aos aspectos tributários, à prática de pagamento sem causa (art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995), ou seja, recursos financeiros deram saída da empresa OBOÉ CFI a título de pagamento de contratos de empréstimos gerados em lote, os quais se revelaram fictícios.

Esta ação dolosa e fraudulenta, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Tal prática fraudulenta ocorreu especialmente entre abril de 2010 e setembro de 2011, tendo sofrido várias mutações ao longo do tempo.

Em suma, podemos afirmar que a conduta fraudulenta se tipificou no pagamento de milhares de contratos criados em lotes, pela pessoa jurídica em comunhão com a ação dos seus administradores, sem qualquer vinculação a direitos creditórios existentes, cujos objetivos primeiros eram o de aumentar falsamente o seu ativo contábil e desviar os recursos da instituição financeira, tratando-se, pois, de pagamento sem causa. Portanto, deixou o contribuinte também

de pagar tributo aos cofres da União, o que, data vênia, tipifica-se ainda como uma fraude de natureza tributária e, em tese, em crime contra a ordem tributária conforme definido no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, e concordando com a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, essas fraudes na criação de contratos fictícios, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas no âmbito da pessoa jurídica, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima.

Após ser decidida a execução da fraude, o controlador José Newton Lopes de Freitas, isoladamente ou em conjunto com José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima, definia os valores fictícios que deveriam ser gerados a partir de contratos inexistentes. Ao decidirem e determinarem a criação de contratos fictícios, com a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, e em especial, ao transferirem recursos financeiros para empresa do mesmo grupo e para terceiros por contas de tais contratos fictícios, no período em apreço, os referidos administradores incorreram no ato infracional de pagamento sem causa por meio de conduta fraudulenta.

Quanto à segunda situação em destaque, objeto do auto de infração, ou seja, a cessão fraudulenta de direitos de faturas de cartão de crédito, tal como ocorreu na situação 1, aqui também pode-se afirmar, com a devida convicção, que os fatos que permearam a conduta da pessoa jurídica a partir da ação dos administradores da empresa OBOÉ CFI, no que tange à remessa de recurso financeiros por conta de cessão de direitos de faturas de cartão de crédito, da mesma forma revelaram-se fraudulentos.

Os fatos foram transcritos às fls. 15 a 18 do relatório fiscal, sendo que, embora constituam fatos diversos da situação 1, tiveram o mesmo condão de viabilizar desvios de recursos em meio a uma gestão fraudulenta.

Destarte, os pagamentos efetuados pela empresa OBOÉ CFI pautado na cessão fraudulenta de direitos creditórios de cartão de crédito, ou seja, criações de ativos fictícios, sem dúvida, a despeito de representarem um outro expediente no intuito de viabilizar os desvios de recursos, tipificaram os pagamentos sem causa.

E assim, do mesmo modo que ocorreu na situação 1, a ação dolosa e fraudulenta inerente a esta situação 2, à medida que tentou dar uma aparência de normalidade e ocultar a real ação, tendeu a modificar totalmente as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

As operações irregulares abrangendo os direitos creditórios de cartões de créditos, no que tange à empresa OBOÉ CFI, devem ser imputadas à pessoa jurídica a partir da comunhão de interesses e da ação dos seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como o idealizador e principal articulador das fraudes envolvendo as faturas de cartões de crédito, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

Outrossim, entendo que incorre nestas mesmas condutas fraudulentas, na qualidade de partícipe, o desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no “Sistema CFI”, de grande relevância para que as fraudes fossem praticadas.

Alexandre, seguindo determinação de seus superiores, de forma consciente e voluntária desenvolveu o “Sistema CFI” em que foram inseridos comandos que permitiram a inserção e ocultação de dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa), tendo consciência das reais finalidades a que tais alterações se prestavam, afinal, não se pode admitir que um programador realize tais modificações sem ter a exata compreensão de que se destinavam a propiciar e ocultar fraudes.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei n.º 5.172/66

III – DAS CIÊNCIAS DO AUTO DE INFRAÇÃO e dos TERMOS - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA

- A Administradora Judicial, da **Massa Falida - Oboé Crédito Financiamento e Investimento S/A**, foi cientificada do Encerramento da Ação Fiscal em **11/12/2015**;

- O Responsável Tributário solidário **José Newton Lopes de Freitas**, foi cientificado do Auto de Infração em 16/12/2015;

- O Responsável Tributário solidário **Otávio Lins de Lima**, foi cientificado do Auto de Infração em 16/12/2015;

- O Responsável Tributário solidário **Alexandre Rodrigues Silva**, foi cientificado do Auto de Infração em 17/12/2015;

O Responsável Tributário solidário **José Itamar de Vasconcelos Junior**, foi cientificado do Auto de Infração em 16/12/2015.

IV – DA IMPUGNAÇÃO 01

1 - Em 30/12/2015, OBOÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A. - EM FALÊNCIA', sociedade empresária inscrita no CNPJ sob o na 01.432.688/000141, com sede na av. Senador Virgílio Távora, 1905, Aldeota, Fortaleza, Ceará, CEP 60170-251, por seu representante legal, JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, apresentou impugnação ao Auto de infração (fl. 976/1009 e 1014/1046).

a) Inicialmente, a Impugnante trás um preâmbulo concernente ao REGIME DE INTERVENÇÃO/LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA sofrida pelo Grupo Empresarial a que pertence à Impugnante(Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A, Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. e Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros SA) e alega:

- O auditor fiscal, em seu Termo de Verificação Fiscal, acolheu e endossou, sem espírito crítico nem tampouco dialético, todas as imputações do relatório da Comissão de Inquérito composta por servidores do Banco Central.;

- A conduta do Auditor Fiscal açoita o princípio da **presunção de inocência**;

- O Auditor Fiscal recebeu informações erradas ou falsas e incorreu em graves equívocos. O auto de infração não pode prosperar, ante vícios contundentes e **insanáveis de nulidade**;

- A respeito das acusações' de irregularidade pelo Banco Central, não há decisão imutável sob o manto da coisa julgada ou da prescrição. Ao arrepio do princípio da disciplina da prova, o auditor fiscal atribuiu às acusações do Banco Central consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva.

- O Auditor Fiscal se aparelhou tão somente de papéis apócrifos fornecidos pelos algozes do sr. Newton Freitas, entre os quais a Sra. Valéria Previtera da Silva. O sr. Newton Freitas solicitou ao Sr. juiz a destituição da Sra. Valéria das funções de **administrador judicial**, ante um mar de ilegalidades no processo de falência, conforme Agravo nº 0622814-27.2014.8.06.0000 em curso no e. TJCE. O Sr. Newton intentou a ação de reparação de danos nfl 0148618-17.2015.8.06.0001 contra a Sra. Valéria.

- O percentual da multa de ofício , de 150% configura confisco;

- O Auditor Fiscal decretou (supostamente arrimado no art. **124,I, e 135, III, do CTN**) a extensão da obrigação tributária a 3 pessoas físicas sob o falso pretexto de "**responsabilidade solidária por excesso de poderes, infração da lei e do estatuto**":

- José Newton Lopes de Freitas;

- José Itamar de Vasconcelos Júnior;

- Otávio Lins Lima; e

- Alexandre Rodrigues da Silva.

- As 4 pessoas físicas não são acionistas da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S/A;

- Os Srs. **Otávio Lins Lima** e **Alexandre Rodrigues** não exerceram cargo de diretor;

- O auditor fiscal colecionou fatos geradores a partir de janeiro de 2010;

- Mesmo admitida a falta de recolhimento de imposto, a ação fiscal só poderia alcançar os fatos geradores a partir de dezembro de 2010, em razão da decadência quinquenal;

b) PONTOS DE DISCORDÂNCIA E RAZÕES (DECRETO Nº 72.235, ART. 16, III)

- O Poder Público pode adotar as providências necessárias ao integral esclarecimento de suposta prática delituosa, mas **o administrado é sujeito de direitos e titular de garantias oponíveis ao Estado**;

- Na apuração dos fatos, o Poder Público há de observar um imperativo inafastável, ou seja, **a necessidade ético-jurídica de sempre promover a busca da verdade real**.

- Neste caso, o Auditor Fiscal menosprezou a exigência ético-jurídica e não chegou a verdade real. Só chegou a graves equívocos;

O auto de infração é órfão de suporte jurídico e fático, como se mostrará a Seguir:

b.1 – INSUBSISTÊNCIA DOS FATOS GERADORES

Os elementos das 2 situações utilizadas pelo auditor fiscal não se prestam à configuração de fatos geradores de IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados ou sobre pagamentos sem causa ou, ainda, sobre pagamentos de operação não comprovada.

I) CONTRATOS SUPOSTAMENTE FICTÍCIOS GERADOS EM LOTES

Nesta situação, o auditor fiscal não pode nem afirmar se ocorreu pagamento nas operações (desembolso), porquanto, nas ocorrências de repactuação, ocorre "encontro de contas" ou compensação. O auditor fiscal poderia ter comprovado as operações pelo extrato de conta de cada cliente. Há notória falha da ação fiscal.

Revela a análise das relações' de contratos fictícios gerados em lotes, extraídas do relatório da Comissão de Inquérito instituída pelo Banco Central do Brasil por meio do Ato de Diretor nº 432, de 28.09.2011, agasalhadas ao Anexo 14 do Relatório Fiscal:

-A Comissão de Inquérito simplesmente relacionou uma série de lotes de supostas operações de crédito, por produto/convênio, sem especificação de devedor/contrato;

-Não há indicação do devedor, do valor da operação nem de nenhum outro elemento do contrato, omissão a impedir a reconstituição dos lotes;

- Não há notícia se trata de operação nova (com desembolso) ou repactuação;

- Não há notícia nem comprovação da forma de desembolso da operação;

- O auditor fiscal não acostou o extrato de cada operação;

- As relações não são confiáveis, porquanto não há confronto ou conciliação com os assentamentos contábeis nem houve dialeticidade.

A implantação de lotes de contratos na carteira não significa necessariamente o desembolso de dinheiro, em razão da repactuação de saldos devedores, com desembolso apenas parcial ou sem desembolso (alongamento de prazo para redução das prestações).

A Comissão de Inquérito apresenta a seguinte tabela (fl. 42 do relatório):

Contratos "Invisíveis"		14/09/2011	jan/11	dez/10	jun/10	dez/09	jun/09	dez/08
1040	AQUISIÇÃO DE OUTROS BENS-PIF	12.133	88	66	68	81	76	37
1066	CRED CONSIG TRAB SETOR PÚBLICO	26.041	31.567	42.447	22.434	1	1	1
1210	CONSIGNADO PRIVADO	72.178	46.571	-	-	-	-	0
1228	CRED PESSOAL CONSIG APOS/PENS INSS	6.625	6.694	-	-	0	-	-
Total de ativos fictícios sem vinculação a dir. creditórios		116.977	84.920	42.513	22.502	82	77	38
Carteira total (valores brutos de provisão e prejuízo)		180.288	169.356	117.430	124.809	105.836	102.483	86.244
Relevância da fraude sobre a carteira total		65%	50%	31%	18%	0%	0%	0%

Fonte: Bases de dados da Obod CFI

A Comissão de Inquérito apresenta ainda a tabela a seguir, a demonstrar entrada de recursos líquida negativa em R\$ 672 em 2011 e positiva em apenas R\$ 3.825 em 2010:

Tabela 1 – Análise do Fluxo Financeiro da OBOÉ CFI entre 2009 e a data da Intervenção							
Valores em R\$ mil							
		2s2011	1s2011	2s2010	1s2010	2s2009	1s2009
Saldo Anterior	1	7.428	-2.497	-2.083	-848	-9.047	2.746
Subgrupo 13 - TVM	2	14.319	29.561	29.760	38.834	16.819	0
Subgrupo 16 - Operações de Crédito	3	166.207	134.640	121.464	97.657	95.360	80.902
Subgrupo 41 - Depósitos	4	170.852	163.215	148.373	130.728	111.955	76.148
Subgrupo 43 - Letras de Câmbio	5	2.246	3.483	4.934	6.611	9.271	2.008
Entradas (-Saídas) Líquidas Operações	6	1.798	-2.371	1.853	-2.883	-11.016	-21.835
Subgrupo 13 - TVM	7	4.080	17.050	-1.576	10.254	-14.572	-16.725
Subgrupo 16 - Operações de Crédito	8	-2.282	-14.679	3.429	-13.137	3.556	-5.110
Entradas (-Saídas) Líquidas Captação	9	-672	-4.121	3.825	7.292	7.213	35.733

Recai, então, na ausência de recursos, a impossibilidade da contratação de operações fictícias em 2010 e 2011, no valor de R\$ 116,9 milhões, assim como a inviabilidade de desvio de recursos.

Eventos subsequentes confirmam a insubsistência da imputação de ativos fictícios. Somente em 2012 a Oboé recebeu de R\$ 3.584.758,00 como reversão de créditos baixados pelo interventor/liquidante como incobráveis. (**grifo original**)

Grande parte das operações já estava em fase de amortização, a caracterizar o "contrato-realidade" ou "operação-realidade" (há operações eletrônicas, sem o contrato físico). Os autos não hospedam nenhum extrato de operação.

No Termo de Intimação Fiscal na 01 - Anexo 08 do Relatório Fiscal, de 12.11.2015, o auditor fiscal solicita ao administrador judicial os documentos inerentes aos supostos contratos fictícios. Em correspondência datada de 07.12.2015 (Ofício OBOÉ-MF-2015/383) - Anexo 09 do Relatório Fiscal, o administrador judicial alega não ter localizado os contratos¹, posição justificável na ausência de dados, como nome/CPF do devedor ou número do contrato. Certamente pelo mesmo motivo, o *administrador judicial também não* apresentou o extrato de cada operação, totalmente disponível. Também não indicou as ocorrências de repactuação.

O administrador fiscal apresentou ao auditor fiscal planilha não factual de movimentação bancária pela geração de contratos fictícios. Porém inexistente convergência entre os valores da planilha e os valores dos lotes de contratos hospedados no Anexo 14 do Relatório Fiscal, ou seja, a planilha é mera criação mental do administrador judicial. O auditor fiscal deparou-se com as inconsistências e, então, preferiu utilizar os dados das relações de contratos fictícios gerados em lotes, extraídas do relatório da Comissão de Inquérito instituída pelo Banco Central do Brasil por meio do Ato de Diretor ns 432, de 28.09.2011, agasalhadas ao Anexo 14 do Relatório Fiscal.

Ainda no Termo de Intimação Fiscal na 01 - Anexo 08 do Relatório Fiscal, de 12.11.2015, em seu item 8, o auditor fiscal solicita ao administrador judicial:

Apresentar os comprovantes de transferências bancárias de recursos financeiros (TED) de conta corrente da OBOÉ CFI para as contas correntes da empresa ADVISOR GESTÃO DE ATIVOS S/A e/ou de terceiros, por conta de contratos de empréstimos gerados em lotes, entre abril de 2010 e setembro de 2011.

Em sua correspondência datada de 07.12.2015 (Ofício OBOÉ-MF-2015/383)

- Anexo 09 do Relatório Fiscal, o administrador judicial alega a impossibilidade do atendimento ao item 8:

OBOÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 01.432.688/0001-41, estabelecida à Rua General Tertuliano Potiguara, 1079, nesta cidade, tendo em vista o termo de intimação acima citado, vem por sua representante legal, conforme orientação, encaminhar a V. Sa. m/dia eletrônica (CD), contendo a movimentação financeira relacionada com os contratos mencionados nos itens 1 a 7 do citado termo de intimação, esclarecendo que o item 2 foi atendido parcialmente e não foi possível atender o solicitado no item 8.

Decorridos mais de 4 anos da intervenção, a alegação de impossibilidade de atendimento ao item 8 significa a inexistência de desvio de recursos da Oboé CFI à Advisor Gestão de Ativos SA. ou a terceiros. A partir desta evidência, o auditor fiscal deveria ter reconhecido os graves embustes contidos no relatório da Comissão de Inquérito.

Enfim, as relações de contratos fictícios gerados em lotes, extraídas do relatório da Comissão de Inquérito instituída pelo Banco Central do Brasil por meio do Ato de Diretor na 432, de 28.09.2011, não se prestam à configuração de fatos geradores de IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados ou sobre pagamentos sem causa ou, ainda, sobre pagamentos de operação não comprovada.

II - CESSÃO DE DIREITOS EM FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

Nesta situação, o auditor fiscal" poderia ter comprovado todas as cessões. Há notória falha da ação fiscal.

O auditor fiscal elaborou planilha de movimentação bancária pela cessão de direitos em faturas de cartão de crédito, correspondente ao Anexo 15 do Relatório Fiscal.

A planilha revela a ocorrência de 25 transferências de reservas da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento SA para a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros SA, por meio do Sistema de Transferência de Reservas - STR, gerido e operado pelo Banco Central.

A Oboé CFI efetuou, mensalmente, a recompra dos títulos cedidos, para efeito de ajuste dos saldos devedores por conta das amortizações pelos usuários. Mas o auditor fiscal não se apercebeu das recompras e não as levou em conta.

No Termo de Intimação Fiscal na 02 - Anexo 10 do Relatório Fiscal, de 12.11.2015, o auditor fiscal solicita ao administrador judicial os documentos inerentes ao recebimento de faturas de cartões de crédito, desembolsos por cessões e reembolsos por cessões. Mas o administrador Judicial, com notória má fé, apresentou, conforme Anexo 11 do Relatório Fiscal, somente supostos desembolsos da Oboé Crédito, Financiamento e investimento SA, para a Oboé Tecnologia e Serviços S.A, originários de cessões da Oboé TSF, na qualidade de cedente, para o CLÁSSICO FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS (e demais fundos), na qualidade de cessionários.

Todas as cessões entre a Oboé TSF e o Clássico (e demais fundos) foram devidamente formalizadas, devidamente custodiadas perante a Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. e devidamente liquidadas financeiramente por meio do Sistema de Transferência de Reservas - STR, **gerido e operado pelo Banco Central.**

Nas cessões, o papel da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S.A limitou-se a funcionar como liquidante perante o Sistema de Transferências de Reservas -STR, ou seja,

efetuar os lançamentos por conta e ordem da Oboé TSF (cedente) e do Clássico (cessionário). Somente a Oboé CFI poderia e detinha conta de reservas no STR.

Na condição de liquidante, os recursos movimentados pela Oboé CFI são recursos de terceiros (Oboé TSF ou Clássico), e ela Oboé CFI não é parte legítima (sujeito passivo) de qualquer obrigação civil ou tributária. Na situação deste processo, os recursos eram da titularidade do Clássico. O auditor fiscal incorreu em gravíssimo equívoco ao considerar a Oboé CFI como o sujeito passivo da incidência de IRRF.

No processo nB 10380-726.785/2015-65, o auditor fiscal atribuiu à Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários SA., na qualidade de administradora dos fundos, a figura de sujeito passivo de DIRF sobre recursos entregues à Oboé TSF. Ora, a mesma iniciativa do auditor fiscal deste processo, a emergir hipótese ainda mais absurda: duas incidências de IRRF sobre os mesmos supostos fatos geradores. (grifou-se)

Aliás, no processo na 10380-726.785/2015-65, o signatário prestou amplos esclarecimentos sobre as cessões:

A Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A. realizou, na qualidade de cedente, negócios de cessão de crédito com o Clássico Fundo de Investimento em Direitos creditórios - Clássico FIDC.

A cessão de crédito é negócio típico, previsto no Código Civil: "Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação."

Além da previsão ao Código Civil e no Regulamento do Clássico FIDC, as cessões entre a Oboé TSF e o Clássico transcorreram sob o seguinte suporte jurídico:

Contrato de Promessa de Cessão e Aquisição de Direitos Creditórios e Outras Avenças, celebrado em 20.072010 entre a Oboé TSF e o Clássico FIDC;

Termo de Cessão de Direitos Creditórios, pactuado entre as mesmas partes por ocasião de cada cessão;

Concluído o Termo de Cessão, a Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. recebeu os créditos cedidos em custódia, após conferir a regularidade dos direitos creditórios.

A liquidação financeira dos negócios, por meio de transferência via TED, ocorreu somente entre as partes envolvidas: de um lado, a Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros S.A., como cedente; de outro lado, o Clássico FIDC, como cessionário. O Clássico FIDC suportou os desembolsos em favor da Oboé TSF. Não foi a Oboé DTVM como equívocamente afirma o auditor fiscal. A participação da Oboé DTVM limitou-se a atuação como administradora, representante legal do Clássico FIDC.

O auditor fiscal não só examinou o conjunto formado por contrato, termos e TED, como acostou cópia de todo o conjunto ao auto de infração.

O auditor fiscal deveria ter exigido, e o administrador judicial deveria ter encaminhado ao auditor fiscal, os documentos elencados adiante, passíveis de fornecimento pelo custodiante (Citibank).

Por meio da Instrução CVM na 356, a referida Autarquia Federal disciplinou o funcionamento dos FIDC's e fixou regras de segregação de atribuições entre o administrador e o custodiante.

Dispõe o art. 38 da Instrução CVM n.º 356:

Art. 38. O custodiante é responsável pelas seguintes atividades:

I - receber e analisar a documentação que evidencie o lastro dos direitos creditórios representados por operações financeiras, comerciais e de serviços;

II — validar os direitos creditórios em relação aos critérios de elegibilidade estabelecidos no regulamento do fundo;

III - realizar a liquidação física e financeira dos direitos creditórios, evidenciados pelo instrumento de cessão de direitos e documentos comprobatórios da operação;

IV - fazer a custódia, administração, cobrança e/ou guarda de documentação relativos aos direitos creditórios e demais ativos integrantes da carteira do fundo;

V - emitir avisos de vencimento aos sacados, evidenciando a cessão de direitos creditórios ao fundo;

VI diligenciar para que seja mantida, às suas expensas, atualizada e em perfeita ordem a documentação dos direitos creditórios, com metodologia pre- estabelecida e de livre acesso para auditoria independente, agência classificadora de risco contratada pelo fundo e órgãos reguladores; e

VII - cobrar e receber, por conta e ordem de seus clientes, pagamentos, resgate de títulos ou qualquer outra renda relativa aos títulos custodiados, depositando os valores recebidos na conta de depósitos dos mesmos.

§1º Em fundos em que haja significativa quantidade de créditos cedidos e expressiva diversificação de devedores, o custodiante poderá realizar a verificação do lastro dos direitos creditórios a que se refere o inciso I por amostragem, desde que tal faculdade esteja prevista no regulamento do fundo.

§2º Na hipótese a que se refere o §1º, os parâmetros de quantidade dos créditos cedidos e de diversificação de devedores que ensejarão a verificação do lastro por amostragem devem estar explicitados no regulamento e no prospecto do fundo.

§3º Nos casos descritos no §1º, se o reduzido valor médio dos direitos creditórios não justificar a realização de verificação por amostragem ali referida, o regulamento do fundo poderá eximir o custodiante de tal responsabilidade.

§4º revogado pela Instrução CVM no 458, de 16 de agosto de 2007.

§5º Nos fundos em que o custodiante se utilizar da faculdade prevista no §3º não será concedido o registro automático de que trata o §1º do art. 8º, devendo-se observar os prazos de análise previstos nos arts. 8º a 10 da Instrução CVM n.º 400/03.

O Clássico contratou como custodiante a Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários SA., respeitabilíssima instituição financeira de abrangência internacional.

As acusações de irregularidades contra a Oboé DTVM, na qualidade de administradora, e à Oboé CFL na qualidade de liquidante, atingem diretamente atribuições da Citibank Distribuidora, na qualidade de custodiante, na forma do art 38,1 a IV, da Instrução

CVM na 356, e a Citibank se desincumbiu de suas atribuições com exatidão e honrou seu prestígio internacional.

Enfim, a planilha de movimentação bancária pela cessão de direitos em faturas de cartão de crédito, correspondente ao Anexo 15 do Relatório Fiscal, não se presta à configuração de fatos geradores de IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados ou sobre pagamentos sem causa ou, ainda, sobre pagamentos de operação não comprovada.

B2 – INSUBSISTÊNCIA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO

O Auditor Fiscal aplica a alíquota de 35% em duas situações:

1ª Situação – contratos supostamente fáticos

- Contratos agrupados em lotes por produto/convênio, sem a mínima identificação individual, sem o respectivo extrato;

- O auditor fiscal não distinguiu sequer os contratos decorrentes de repactuação, sem desembolso;

- inexistem contratos fictícios e todas as operações são devidamente comprováveis pelo extrato, a evidenciar a movimentação do devedor;

- os desembolsos, quando ocorrerem, são todos comprováveis pelo extrato;

- esta situação não é hipótese de pagamento a beneficiário não identificado, de pagamento sem causa ou, ainda, de pagamento de operação não comprovada;

- enfim, esta situação não é hipótese de incidência de IRRF e descabe a cobrança desse imposto;

2ª situação – cessão de direitos em faturas de cartão de créditos

- Oboé TSF não cedeu créditos à Oboé CFI, mas ao Clássico e outros fundos de investimento;

- os desembolsos da Oboé CFI à Oboé TSF são por conta e ordem do Clássico e outros fundos de investimento;

- mesmo se fosse cabível a incidência de IRRF sobre os desembolsos, o sujeito passivo não seria a Oboé CFI, mas o Clássico ou fundos de investimento;

- Oboé TSF efetuou, mensalmente, a recompra dos títulos cedidos, para efeito de ajuste dos saldos devedores por conta de amortização pelos usuários dos cartões;

- as cessões da Oboé TSF ao Clássico e demais fundos de investimento observaram rigoroso ritual jurídico, com a interferência do custodiante, afastada a hipótese de pagamento a beneficiário não identificado, de pagamento sem causa ou, ainda, de pagamento de operação não comprovada;

- enfim, esta situação não é hipótese de incidência de IRRF e descabe a cobrança desse imposto; além disso, mesmo se incidisse o IRRF sobre os valores entregues à Oboé TSF, como cedente nas cessões, o auditor fiscal, no processo nfl 10380-726.785/2015-65, já teria lançado o crédito tributário por débito à Oboé DTVM, como administradora.

- A base de cálculo manejada pelo auditor fiscal não é hipótese de incidência de imposto.

Nas duas situações, a Oboé CFI não praticou a conduta tida como hipótese de incidência de IRRF. O auditor fiscal aplicou, de forma incorreta, a legislação tributária. O lançamento viola o princípio da legalidade consagrado no art 5a, XXXIX, da Constituição Federal, bem como o art. 142 do CTN.

O auditor fiscal manipulou dados e forjou a criação de fatos geradores. A conduta é de abuso de autoridade.

O auditor fiscal exige o pagamento de tributo indevido (excesso de exação³).

Os impugnantes não receberam do auditor fiscal o tratamento previsto no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto na 1.171, de 22.06.1994:

VIII - Toda pessoa tem direito à verdade. O servidor não pode omiti-la ou falseá-la, ainda que contrária aos interesses da própria pessoa interessada ou da Administração Pública. Nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana quanto mais a de uma Nação.

O auditor fiscal menosprezou deveres fundamentais do servidor público estatuído no referido Código de Ética, bem como adotou conduta vedada:

XIV - São deveres fundamentais do servidor público: (••)

t) exercer com estrita moderação as prerrogativas funcionais que lhe sejam atribuídas, abstendo-se de fazê-lo contrariamente aos legítimos interesses dos usuários do serviço público e dos jurisdicionados administrativos;

(...)

XV - E vedado ao servidor público: (...)

d) usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa, causando-lhe dano moral ou material;

.....

(Argumentos trazidos também no Doc. de fl. 1010/1013)

b3 – INSUBSISTÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

- O Auditor Fiscal não edificou o auto de infração sobre a rocha (como faria o servidor público prudente), mas sobre a areia (como insensato). Sopram os ventos, e o auto de infração se desmoronou;

- Na ausência dos fatos geradores e das bases de cálculo, o auditor fiscal não pode comprovar a insuficiência de recolhimento de IOF;

b4 – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

- Não compete aos sujeitos passivos o ônus da prova de sua inocência, vale dizer, levantar os fatos geradores e demonstrar a correção do valor dos recolhimentos:

Não compete aos sujeitos passivos o ônus da prova de sua inocência, vale dizer, levantar os fatos geradores e demonstrar a correção do valor dos recolhimentos. Mesmo se tal ônus incumbisse aos sujeitos passivos, eles estariam impossibilitados de levantar os fatos

geradores, porquanto afastados da gestão desde 15.09.2011, sem nenhum acesso aos arquivos da Oboé CFI. (grifou-se)

- Cabia ao auditor fiscal comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade dos sujeitos passivos;

- O Auditor Fiscal não comprovou os pagamentos ou desembolsos utilizados no cálculo do IRRF. A inversão da prova aos sujeitos passivos é encurralá-los a produzir prova negativa ou prova diabólica. **O Auditor Fiscal ultrajou o princípio da reserva legal.**

2 - INSUBSISTÊNCIA DA LEGITIMIDADE DOS SUJEITOS PASSIVOS POR EXTENSÃO

- O redirecionamento aos sócios nas execuções promovidas pela Fazenda Pública só é cabível quando houver comprovação do abuso de poder ou infringência à lei;

- 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;

- O auditor fiscal não se desobrigou de qualquer exercício para demonstrar legalidade da extensão da obrigação tributária a 4 pessoas físicas;

- As 4 pessoas físicas não são acionistas da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento SA;

- Os srs. Otávio Lins Lima e Alexandre Rodrigues não exerceram cargo de diretor;

3 – DO PEDIDO DE DILIGÊNCIAS

3.1 - Os impugnantes solicitam a V. Exa. requisitar ao Banco Central do Brasil cópia dos seguintes documentos, destinados à confirmação dos fatos aqui expostos:

a) Cópia do extrato de conta dos devedores enquadrados como ativo fictício, devidamente acompanhado de cópia do comprovante de desembolso de cada operação e da identidade/CPF;

b) Cópia dos lançamentos correspondentes aos lotes de conversão da carteira do Unique 2 nos produtos 1040 e 1066, no período de 2010 e 2011, devidamente acompanhados de demonstrativo acusando o saldo do movimento de débito e crédito;

c) Cópia do inventário da carteira de operações de crédito em 31.12.2009, 30.06.2010, 31.12.2010 e 30.06.2011, contendo nome do devedor, código do produto, contrato e valor de liquidação/valor atual;

d) Cópia do extrato de conta (ou razão) dos lançamentos efetuados pela Oboé CFI a débito e a crédito da Advisor Gestão de Ativos S.A, no período de 2008, 2009, 2010 e 2011, de sorte a apontar o saldo devedor ou credor da movimentação dos recursos;

e) Cópia do extrato de conta (ou razão) dos lançamentos efetuados pela Oboé CFI a débito e a crédito da Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros SA., no período de 2008, 2009, 2010 e 2011, de sorte a apontar o saldo devedor ou credor da movimentação dos recursos;

f) Cópia do extrato de conta (ou razão) dos lançamentos efetuados pela Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros SA. a débito e a crédito da Advisor Gestão de Ativos SA. no

período de 2008,2009,2010 e 2011, de sorte a apontar o saldo devedor ou credor da movimentação dos recursos;

g) Cópia do extrato de conta (ou razão) dos lançamentos efetuados pela Oboé Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários SA. a débito e a crédito da Advisor Gestão de Ativos SA. no período de 2008, 2009, 2010 e 2011, de sorte a apontar o saldo devedor ou credor da movimentação dos recursos;

h) Cópia dos desembolsos ou lançamentos efetuados a crédito de Advisor Gestão de Ativos SA., representativos de desvios de recursos da Oboé CFI;

i) Cópia dos relatórios, de 2007 a 2011, contendo as operações sujeitas à tributação, de forma individualizada (contrato, nome do cliente, código do produto, valor), base de cálculo, valor do imposto de cada urna, total do recolhimento do período, além do comprovante do recolhimento a menor, se o caso.

3.2 - Os impugnantes solicitam a V. Exa. requisitar à Citibank Distribuidora cópia dos seguintes documentos, destinados à confirmação dos fatos aqui expostos:

a) Cópia do CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CUSTÓDIA QUALIFICADA firmado com os fundos Clássico, Erudito e Muhicred;

b) Cópia do CONTRATO DE CONTROLADORIA E ESCRITURAÇÃO DE COTAS firmado com os fundos;

c) Cópia dos balancetes diários dos fundos;

d) Cópia dos balanços e demais demonstrações financeiras dos fundos, acompanhados do parecer do auditor independente;

e) Cópia das assembleias gerais;

f) Demonstrativo dos recursos recebidos para integralização de cotas, por ordem crescente de data;

g) Demonstrativo das cotas subscritas e integralizadas, por ordem crescente de data;

h) Demonstrativo dos recursos desembolsados à Oboé Tecnologia e Serviços Financeiros SA. por aquisição de direitos creditórios, juntamente com cópia dos Termos de Cessão de cada operação, por ordem crescente de data;

i) Demonstrativo das operações de custódia implementadas em decorrência dos Termos de Cessão, por ordem crescente de data;

j) Demonstrativo da destinação efetiva e final dos recursos especificados pelo auditor fiscal;

k) Outros documentos julgados necessários pela RFB.

3.3 - Os impugnantes solicitam ainda a V. Exa. requisitar aos auditores independentes cópia dos relatórios de auditoria da Oboé CFI, Oboé DTVM e Clássico:

- Todos os documentos ora requeridos são convergentes e se harmonizam entre si para a comprovação das alegações dos impugnantes.

4 – MATÉRIA SUBMETIDA À APRECIÇÃO JUDICIAL

Questões do auto de infração já estão submetidas à apreciação judicial. No processo na 00009404 5 2014 4 05 8100, de natureza compartilhada com a RFB, já dormitam cópia dos seguintes processos, todos imprescindíveis ao exame desta impugnação:

FL. N°	PROCESSO N°	AUTOR	RÉU	OBJETO
1.220	0205830-98.2012.8.06.0001	MPCE	Newton Freitas	Responsabilização
1.253	0028645-42.2013.8.06.0000	Newton Freitas	Massa Falida	ilegalidade do decreto falencial
1.319	0805241-02.2014.4.05.8100	Newton Freitas	BCB	ilegalidade do pedido de autofalência
1.349	0545226-64.2012.8.06.0001	STO	Oboé DTVM	má gestão do interventor
1.444	0016140-63.2012.4.05.8100	Newton Freitas	Comissão de Inquérito	vícios do relatório
1.483	0016139-78.2012.4.05.8100	Newton Freitas	Comissão de Inquérito	relatório da Oboé CFI
1.517	0016136-26.2012.4.05.8100	Newton Freitas	Comissão de Inquérito	relatório da Oboé DTVM
1.531	0016138-93.2012.4.05.8100	Newton Freitas	Comissão de Inquérito	relatório da Oboé TSF

5 – DAS PROVAS

Os impugnantes, para provar o alegado, protestam por todos os meios admitidos (Código Civil, art 212).

6 – DOS PEDIDOS

O auditor fiscal lançou um crédito de valor astronômico, desprovido de qualquer embasamento legal.

A arbitrária peça acusatória do auditor fiscal atentou tão violentamente contra a lei e contra direitos dos administrados que constituiria medida medievalesca a cobrir de vergonha qualquer sociedade civilizada

Ante os robustos e contundentes fundamentos de fato e de direito desta impugnação, o douto julgador já tem, com certeza, elementos para formar seu convencimento e, sem dúvida, concluir pela insubsistência do auto de infração.

Por conseguinte, os impugnantes solicitam a V. Exa julgar procedente a presente impugnação e decretar a extinção do auto de infração.

"Ad argumentandum tantum", adotada a fase de diligências e, uma vez concluída, os impugnantes solicitam a V. Ex1 determinar a abertura de prazo para manifestação.

Ao final, os impugnantes solicitam a V. Exª julgar procedente a presente impugnação e decretar a extinção do auto de infração.

O signatário solicita a V. Exa facultar-lhe o acesso à integra deste processo por intermédio da disponibilização do sistema informatizado de gestão (art 8a do Decreto na 8.539, de 08.10.2015), bem como permitir-lhe o envio eletrônico de documentos digitais para juntaada aos autos (art. 11 do Decreto na 8.539).

DOS DOCUMENTOS ANEXADOS (fl. 1045)

- Texto justificando que: A decretação de falência não implica a extinção da personalidade jurídica.

V – DA IMPUGNAÇÃO 02

Em 12 de janeiro de 2016 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 ("Massa Falida), *por seu representante legal, VALÉRIA PREVITERA DA SILVA, apresentou impugnação ao Auto de infração (fl. 1058/1.343) e alega em síntese:*

01 – Preliminar de decadência parcial

- Para justificar o afastamento do art. 150, §4º do CTN e, com isso, contar o prazo decadencial pela regra geral estipulada no art. 173, I do CTN, o Auditor Fiscal afirmou terem existido diversas fraudes nas empresas;

- Não existiu fraude tributária, de modo que, no caso em epígrafe, considerando que houve a declaração e o pagamento antecipado do IRRF pela impugnante (doc. 03 – DCTF de 2010) não há como deixar de se aplicar o art. 150, § 4º, do CTN. Considerando a ciência do auto de infração em 11/12/2015, conclui-se pela decadência dos créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos até 12/2010.

02 - Da impossibilidade do lançamento de IRRF quando se identifica a causa da operação verificada

- o lançamento realizado através do auto de infração impugnado resultou da interpretação de que a impugnante teria realizado pagamentos sem causa, nos termos do art. 61, § 3o da Lei n.º 8.981/1995 e 674, § 3o do Decreto n.º 3.000/99;

- fica claro, quando não há comprovação da operação ou da causa do pagamento, há autorização legal para que seja cobrado o Imposto de Renda Retido na Fonte sob a alíquota de 35% diretamente do contribuinte pagador;

- a **Solução de Consulta Interna n.º 11 COSIT - 08/05/2013** esclarece que é justamente em razão da **incerteza da tributação devida por quem recebeu o pagamento** que a norma atribui a responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao próprio pagador:

O caput do art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995, instituiu a tributação exclusiva na fonte sobre rendimentos pagos a beneficiários não identificados. Tal norma se justifica uma vez que, em razão do anonimato do beneficiário, o Fisco se vê impedido de alcançar de forma direta o beneficiário do rendimento. **Igualmente, o seu § 1o aplica a mesma tributação quando não for comprovada a operação ou a sua causa. Neste caso, embora se conheça o beneficiário do rendimento, persiste a dúvida sobre a natureza do rendimento vinculado ao referido pagamento. Sem a certeza sobre o fato ocorrido, não há segurança para a aplicação da norma geral de tributação. Portanto, o referido artigo traz uma regra de tributação que supre a insegurança sobre o fato passível de tributação.(grifo original).**

- Sendo assim, apenas quando não há elementos seguros que demonstrem a causa do pagamento efetuado é que restaria autorizado o lançamento do IRRF:

Pode-se concluir, portanto, que, para cobrar o imposto em conformidade com o art. 61 da Lei n.º 8.981/95 é necessária a existência de dúvidas acerca da natureza do pagamento e suas consequências no mundo jurídico, mas jamais se poderá cogitar no lançamento do IRRF na hipótese do fisco identificar a causa do pagamento.(grifo original)

.....

Como será melhor evidenciado, in casu, o fisco identificou a causa das operações que deram ensejo aos pagamentos que motivaram a presente autuação, mas, furtando-se de averiguar se a tributação dessas operações ocorreu de forma correta, aplicou às disposições dos arts. 61, § 3º da Lei nº 8.981/1995 e 674, §3º do Decreto nº 3.000/99 em razão da ocorrência de vícios nos negócios jurídicos subjacentes, o que não pode ser admitido **b) Da impossibilidade de lançamento de IRRF sobre as operações de "contratos fictícios gerados em lotes - empréstimos" e "cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito"**

Inicialmente, no que tange às operações de "**contratos fictícios gerados em lotes - empréstimos**", estas correspondem a criação de contratos de empréstimos sem direito creditório vinculado, o que viabilizaria o aumento do ativo contábil e o desvio de recursos.

Já as operações de "**cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito**" correspondiam a aquisições feitas pela impugnante de faturas em situação de inadimplência, inexistentes ou não contabilizadas pela cedente.

Ora, resta evidente o absurdo: muito embora a autuação tenha identificado precisamente as operações que deram causa aos pagamentos (contratos de empréstimos e aquisições de faturas de cartões de crédito), pretendeu-se desconsiderá-la em razão da detecção de vícios cíveis que, por força do art. 118 do CTN, são completamente irrelevantes para fins tributários:

*Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada **abstraindo-se**:*

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II- dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

- a Auditoria deveria ter analisado/fiscalizado seria o devido pagamento dos tributos sobre as operações de empréstimos e aquisição de faturas, mas o fiscal acabou se furtando desse ônus ao simplesmente desconsiderar a causa dos pagamentos ocorridos e aplicar o art. 61 da Lei nº. 8.981/95;

- na seara tributária não se pode desconsiderar a causa de um pagamento pela ocorrência de vícios de natureza cível, uma vez que os erros apontados não podem repercutir na esfera tributária, pois, conforme exposto pela própria fiscalização, não há dúvidas quanto à natureza dos pagamentos efetuados pela impugnante, quais sejam os contratos de empréstimo e as aquisições de faturas de cartão de crédito:

Não se pode esquecer, ainda, que os pagamentos efetuados pela impugnante geraram receitas que foram regularmente tributadas pelos seus recebedores, de modo que **a cobrança do imposto de renda na fonte nos moldes apregoados pela fiscalização redundaria em evidente bis in idem. (grifo original)**

Portanto, tendo-se em vista que na seara tributária não se pode desconsiderar a causa de um pagamento pela ocorrência de vícios, a autuação impugnada se mostra manifestamente IMPROCEDENTE.

03 - Da inexistência dos requisitos para aplicação da multa qualificada de 150%

Nos termos do art. 44, §1º. da Lei nº 9.430/96, a aplicação da multa qualificada de 150% é autorizada quando se verificar qualquer uma das situações previstas nos arts. 71 a 73 da

Lei n.º 4.502/64, os quais dispõem sobre a ocorrência de **sonegação tributária, fraude tributária e conluio para fins de sonegação e fraude tributárias.**

.....

Ocorre que, no presente caso, para justificar a aplicação da multa no patamar de 150%, o fiscal afirmou tão somente que:

"A criação de lotes de contratos de contratos fictícios, a definição de seus valores, a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI [...]

Do mesmo modo, as operações fraudulentas de cessão de direitos creditórios de cartões de créditos, no âmbito da empresa OBOÉ CFI, foram configuradas por seus administradores [...]

E assim sendo, lança-se a multa qualificada de 150%. (Relatório fiscal, fls. 27)

Fato é que por acarretar uma consequência tão grave, jamais poderia o fiscal justificar a imposição da multa duplicada com base em um relato tão genérico, que sequer buscou enquadrar as condutas da impugnante em qualquer uma das situações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 9.430/96.

.....

Entretanto, ainda que se ultrapasse essa ilegalidade e se analise os fatos que foram narrados pela fiscalização ao longo da autuação, não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 9.430/96, pois a fiscalização descreve basicamente a ocorrência das seguintes fraudes:

- i) Elaboração de contratos fictícios gerados em lotes;
- ii) cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de créditos inadimplentes ou inexistentes.

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).

Esses ilícitos buscavam tão somente o favorecimento dos interesses dos administradores do Grupo OBOÉ que assim aumentavam o ativo contábil das empresas, viabilizando a retirada de recursos, mas não resultaram sob hipótese alguma em 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.

Sendo assim, também se afigura **IMPROCEDENTE** a aplicação da multa de 150% ao presente caso.

04 - Da impossibilidade de se considerar operações válidas para fins de tributação de IOF e inválidas para fins de tributação de IRRF

As operações de "**contratos fictícios gerados em lotes - empréstimos**" e de "**cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito**" correspondiam a aquisições feitas pela impugnante de faturas em situação de inadimplência, inexistentes ou não contabilizadas pela cedente.

Ora, conforme descrito no próprio relato da infração, esta operações foram tributadas pelo IOF, colaciona-se trecho do Relatório fiscal (fls. 01):

Registre-se que, como já efetuei o lançamento tributário referente à operação 60101 IOF -OPERAÇÃO DE CRÉDITO (vide os processos administrativos MF 10380.726972/2015-49 c 10380.726973/2015-93), o presente relatório diz respeito à segunda parte da ação fiscal, ou seja, inerente às operações 20101 LR - REDUÇÃO DA RECEITA LÍQUIDA e 50151 IRRF -PAGAMENTO A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS/SEM CAUSA .OU POR OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA, as quais se apoiam nos mesmos elementos de prova.

Assim, resta evidente o absurdo: o Fisco Federal considerou as operações de "**contratos fictícios gerados em lotes - empréstimos**" e de "**cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito**" como perfeitamente válidas para fins de cobrança de IOF (nos processos listados acima), no entanto considerou as mesmas operações invalidas quando da cobrança de IRRF.

Deste modo, se as operações são válidas para fins de tributação de IOF, logicamente serão também válidas para impossibilitar a caracterização dos pagamentos que dela decorrem como pagamentos sem causa.

05 – DOS PEDIDOS

Julgado o presente processo em conjunto com os processos de n.º **10380.726972/2015-49 e 10380.726973/2015-93**, que visam a cobrança de IOF sobre a mesma operação aqui autuada;

Reconhecida a **decadência parcial** dos créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos até 12/2010;

Julgada a **improcedência total do auto de infração** em razão da devida identificação das causas para os pagamentos realizados, as quais foram indevidamente desconsideradas pela fiscalização em razão da ilegalidade dos negócios jurídicos subjacentes na esfera cível;

Declarada a **ilegalidade da aplicação da multa qualificada de 150%** (cento e cinquenta por cento) em razão da mera menção genérica de dolo, fraude ou simulação pelo agente autuante ou, ainda, pela inexistência de dolo, fraude ou simulação na esfera tributária.

DOS DOCUMENTOS ANEXOS

01 – Documentos de representação (fl. 1073/1080);

02 – CÓPIAS DE DCTF (1082/1341).

VI – DA IMPUGNAÇÃO 03

Em **15 de janeiro de 2016** o **Responsável Solidário ALEXANDRE RODRIGUES DA SILVA**, apresentou impugnação ao Auto de infração (fl. 1346/1454) e alega em síntese:

1- DOS ARGUMENTOS

- A Impugnação é tempestiva;
- O Impugnante teria agido com "excesso de poderes de poderes, infração da lei, contrato social ou estatuto", sendo responsável solidário nos termos do art. 135 do CTN, o que é totalmente impertinente e não condiz com as realidades dos fatos;
- A modalidade de responsabilidade tributária é pessoal, em todas situações do art. 135 o crédito tributário deve, necessariamente, resultar de atos comprovadamente praticados com "*excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto*";
- Não cabe o pretense responsável tributário fazer provas dos fatos (Inciso I, do art. 333 do CPC);
- A Fiscalização não demonstrou que o "responsável tributário agiu de forma dolosa, com a intenção clara, direta e manifesta de exceder aos poderes regulamentares, infringindo a lei, contrato ou estatuto;
- As supostas condutas atribuídas pelo MPF, BACEN, instrumento que teria supostamente sido utilizado pela fiscalização, não foram comprovadas e estão pendentes de julgamento na Ação penal nº 0000940-45.2014.4.05.8100;
- O Impugnante, naqueles autos, fez prova cabal que são improcedentes todas as alegações vertidas em seu desfavor, inclusive anexou aos autos mídia eletrônica contendo depoimentos de testemunhas;
- O auto de Infração parte de mera presunção de que o Impugnante que criou o "Sistema CFI" e promoveu customizações do mesmo, e além disso, teria criado tal sistema como deliberado propósito de cometer fraudes;
- Deve se frisar que o Impugnante foi admitido em 02/02/2004, na função Analista Junior, no Grupo OBOÉ através da empresas CLARINETE VENDAS LTDA;
- O Impugnante, nunca integrou, como sócio, diretor, gerente, empregado ou preposto, dos quadros funcionais da Oboé Crédito, Financiamento e Investimento S/A;
- A atividade administrativa está vinculada e adstrita à norma legal, somente podendo atuar nos limites da lei (**Princípio da reserva legal**, art. 5º, II da CF/878, c art. 150 do CTN);
- O art. 135 do CTNM, é dirigido único e exclusivamente aos sócios de diretores, gerentes e funcionários da pessoa jurídica a que efetivamente representavam, ou seja é necessário que tais terceiros efetivamente estivessem atuando indevidamente com poder de decisão, mando e gerência no âmbito da pessoa jurídica com a qual mantém vínculo jurídico-econômico, que é a responsável imediata pelo cumprimento da obrigação jurídico-tributário;
- Conforme informações amplamente demonstrados através de oitivas, O impugnante teve qualquer participação ou ingerência do Processo de criação do "SISTEMA CFI". Ressalta-se que a equipe que havia sido criada para cuidar deste sistema, era quem, de fato, procedia sua manutenção e alteração, de acordo com a diretrizes que lhe eram repassadas diretamente pelo corpo diretivo da OBOÉ CFL;
- Vale destacar, que apesar de ter assumido, no ano de 2009, a coordenação /gerência do setor de desenvolvimento, esta era uma função meramente normativa e de suporte ao predito setor. Na prática não tinha poderes para admitir ou demitir, bem como não ditava determinações e ordens à equipe responsável pelo "SISTEMA CFI".

Tanto era verdade que em seus depoimentos:

- A Sra. Elizabeth Pereira, testemunha de acusação, afirma que não tinha ciência que o ora impugnante era chefe do setor de desenvolvimento;
- O Sr. Renato Jorge Mourão Pinto, junto ao inquérito do BACEN, indica que o predito depoente era quem, de fato, desempenhava a função de gerente de projetos do Sistema CFI, provando que o Impugnante não tinha ingerência na equipe. Prova disso são os emails trocados entre ele(Renato) e o corpo diretivo da OBOÉ CFI, nos quais era solicitados a geração dos contratos ditos fictícios (fl. 2.800 a 2.822);
- Nas reuniões para a definição dos ditos contratos não tiveram a participação do Impugnante (depoimento do Renato);
- O próprio Newton em seu depoimento, na Ação Criminal, que o Impugnante não participou das reuniões do comitê, pois não tinha poder de decisão;
- As ordens superiores eram acatadas, em plena boa-fé, pois os preditos analistas ligados ao "SISTEMA CFI" não tinham condições técnicas de questionar ou suscitar dúvidas acerca das decisões financeiras tomadas pela diretoria;
- O Impugnante não teve ciência da alegadas fraudes após a intervenção do BACEN;
- Conforme a Denúncia, aduz que o Impugnante, não teve qualquer implemento de sua condição econômico-financeiro, conforme suas DIRPF (em anexo);
- Nas fl. 1361/1.373 segue resumo de depoimentos de envolvidos e testemunhas;
- Nenhuma das testemunhas ouvidas, seja de acusação ou de defesa, ou qualquer dos demais acusados afirmaram de forma categórica que o Sr. Alexandre Rodrigues da Silva tenha sido o criador ou "customizador" do predito sistema. Mesmo que estivesse participado, ainda assim, não haveria prova de que houve sua vontade consciente(dolo) com relação ao cometimento de fraudes ou crimes apontados;

2 - DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL

Requer o ora impugnante seja realizada prova pericial no sistema CFI do Grupo Oboé, para apurar quem foi o responsável pela criação e customização, com a inserção dos flags de visibilidade no referido sistema.

3 - DOS PEDIDOS

Requer:

- 1 - O provimento da presente impugnação, para que a ação fiscal seja considerada totalmente improcedente, cancelando-se, assim, o auto de infração (**grifou-se**);
- 2 - Protesta provar o alegado, em especial, se necessário, o depoimento pessoal do requerido, a oitiva de testemunhas arroladas e outras que venham a ser necessárias, ajuntada de mais documentos, perícias, vistorias ou outras;

4 - DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS

- DOC.01-PROCURAÇÃO"ADJUDICIA";
- DOC.02-DOCUMENTOS PESSOAIS DO ACUSADO;
- DOC.03-CTPS DO ACUSADO;

DOC.03-ATOS CONSTITUTIVOS EMPRESA CLARINETE;

DOC.04-ATOS CONSTITUTIVOS EMPRESA OBOÉCARD;

DOC.05-DECLARAÇÕES IMPOSTO DE RENDA;

DOC.06-MÍDIA ELETRÔNICA(CD) CONTENDO OS DEPOIMENTOS PESSOAIS E DE TESTEMUNHAS NA AÇÃO PENAL N°0000940-45.2014.4.05.8100, QUE TRAMITA JUNTO A 11º VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ; DOC.07-EMAILS ANEXADOS AUTOS DO INQUÉRITO DO BACEN, PELO ANALISTA RENATO JORGE MOURÃO PINTO ,SOBRE AS SOLICITAÇÕES DAS GERAÇÃO DOS CONTRATOS DITOS FICTÍCIOS.

Fim da transcrição do relatório da decisão de Piso.

Cientificados da decisão da DRJ os seguintes interessados apresentaram recurso voluntário.

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

No recurso aduziram as seguintes razões:

Decadência - Alega que foi demonstrada a existência de pagamentos de IRRF e, assim, deve ser utilizada a regra do art. 150, § 4º, para a contagem do prazo de decadência.

Mérito - Que deve ser cancelado o restante da autuação tendo em vista que não se deve confundir a ilegalidade das operações com a inexistência de sua causa. Entende que o fisco identificou a causa dos pagamentos e, assim, não haveria fundamentos jurídicos para a autuação.

Mérito - Impossibilidade de lançamento de IRRF sobre as operações de “contratos fictícios gerados em lotes – empréstimos” e “cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito”. Alega que a autuação bem identificou as operações e as desconsiderou por vícios ligados à legislação civil. Que os pagamentos realizados pelo recorrente geraram receitas que foram tributadas por terceiros. Assim, ao se lançar o IRRF sobre os mesmos pagamentos implicaria em *Bis in Idem*.

Mérito - Impossibilidade de considerar operações válidas para fins de IOF e inválidas para fins de lançamento do IRRF. Entende que as mesmas operações que levaram ao lançamento do IRRF foram objeto de lançamento a título de IOF onde foi reconhecida a sua existência, assim, se foram válidas para o IOF não podem ser consideradas inválidas para fins de IRRF.

É o relatório.

Fl. 40 do Acórdão n.º 1401-003.803 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10380.730501/2015-35

Voto

Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais, assim dele tomo conhecimento.

Iniciemos com a análise do recurso voluntário apresentado pela empresa.

Decadência - Alega que foi demonstrada a existência de pagamentos de IRRF e, assim, deve ser utilizada a regra do art. 150, § 4º, para a contagem do prazo de decadência.

Em relação à alegação acima trazida relativa à decadência, desnecessário se fazer maiores considerações a respeito do assunto. A contagem do prazo decadencial em relação aos lançamentos de IRRF relativos a pagamentos realizados a beneficiários não identificados ou sem comprovação de causa já foi estabelecida pela hipótese do art. 173, I, do CTN. Tal entendimento restou sumulado neste CARF por meio da Súmula CARF n.º 114, conforme abaixo:

Súmula CARF n.º 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 MF n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes:

1101-00.622, de 23/11/2011; 1402-00.320, de 11/11/2010; 2202-01.975, de 15/08/2012; 9101-00.773, de 14/12/2010; 1103-000.904, de 06/08/2013; 1301-001.544, de 03/06/2014; 1302-001.857, de 04/05/2016; 2202-002.561, de 18/02/2014; 2202-002.804, de 10/09/2014; 2301-004.531, de 08/03/2016.

Desta forma, estando os julgadores do CARF vinculados às Súmulas editadas com efeitos vinculantes, temos que, no presente caso, ao contrário do que pretende o recorrente a contagem do prazo decadencial deve obedecer às normas do art. 173, I, do CTN.

No presente caso, o lançamento foi cientificado ao contribuinte em 11/12/2015 e se refere a créditos tributários do período de janeiro/2010 a setembro/2011. Assim temos que, mesmo em relação aos períodos de apuração ocorridos em janeiro de 2010 o prazo decadencial somente começaria a fluir em 01/01/2011 encerrando-se apenas em 31/12/2015. Assim, demonstra-se que não se operou a decadência em relação a nenhum dos débitos lançados.

Assim, voto neste ponto por negar provimento à preliminar de decadência.

Das Demais Alegações de Recurso

Antes de analisar os pontos de divergência apontados pelo recorrente, passo a apresentar de maneira simples os atos praticados pela recorrente que derivaram em infrações à legislação tributária.

SITUAÇÕES LANÇADAS

1 - Contratos Fictícios gerados em lote - Serviam para a saída de numerário da empresa para "empréstimos fictícios" que apenas encobriam a saída dos recursos sem desfalcocar a situação patrimonial perante os órgãos de fiscalização.

2 - Cessão de direitos de fatura do cartão de crédito - Nessas operações faturas de cartão de crédito vencidas eram cedidas como se estivessem em dia, evitando a realização de provisão de até 100% do valor das faturas e limitando esta provisão a 0,5% sobre o saldo devedor. Servia para manter o nível de conceito A da empresa e reduzir o montante aplicado em provisões, mascarando a inadimplência. A cessão de créditos inadimplentes com mais de 180 dias de atraso chegou a montar em mais de R\$ 40 milhões. Nestas operações com o fundo UNIQUE 2 (que foi criado para acobertar as operações fraudulentas) não ocorria nenhum registro contábil da entrada de recursos na OBOÉ CARD advindos da OBOÉ CFI pela cessão dos direitos. Neste caso a origem da infração tributária decorre da realização de pagamentos a OBOÉ CARD relativos a ativos fictícios. Note-se que estes recursos enviados na operação UNIQUE 2 não eram contabilizados na OBOÉ CARD.

3 - Emissão de Cartas de Fiança - Com relação a esta outra situação não foi possível à fiscalização, dada a falta de registros contábeis, de apurar os valores omitidos, assim a autuação restringiu-se aos dois fatos acima.

Passemos à análise das alegações apresentadas em recurso.

Mérito - Que deve ser cancelado o restante da autuação tendo em vista que não se deve confundir a ilegalidade das operações com a inexistência de sua causa. Entende que o fisco identificou a causa dos pagamentos e, assim, não haveria fundamentos jurídicos para a autuação.

Não há como se acatar as alegações de recurso quanto a este item.

A causa dos pagamentos que os recorrentes entendem existir são, em verdade, as operações fraudulentas inventadas para burlar clientes, credores e o próprio fisco. Não são operações corriqueiras realizadas pela empresa cumprindo o seu objeto social.

Não é o caso de se estar desconsiderando a causa das operações pelo simples fato de elas serem ilegais de fato. Não é esse o caso, as operações são sem causa porque não foram realizadas para o cumprimento de operações típicas da empresa. Mais ainda, em resposta às intimações da fiscalização a própria empresa reconheceu que as operações fraudulentas criadas também não foram objeto de contabilização para fins de incidência tributária.

Devemos esclarecer neste tempo que a existência que uma causa calcada em ilícito criminal realizado pela empresa que desborda de suas atividades não pode ser motivo suficientes para desconstituir os lançamentos

Além da inexistência das causas das operações lançadas, o registro contábil destas operações também foi fraudado. As ilegais operações realizadas com os seus registros mantidos a parte da contabilidade oficial da empresa demonstram que as alegadas "causas" que o recorrente entende estarem demonstradas não podem ser consideradas para fins de comprovação.

Não se pode admitir que operações ilícitas, realizadas para fraudar clientes, credores e o fisco, realizadas sem os devidos registros contábeis e destinadas a ocultar o desvio de patrimônio sejam consideradas causa suficiente para a exoneração da imposição tributária

aplicada. Veja-se, quando as operações são consideradas lícitas o lançamento aplicável é o de despesa indedutível.

A tributação estabelecida pelo art 61, da lei nº 8.981/95 foi estabelecido justamente para abarcar as operações ilícitas quando o cerne da operação é a tentativa de ocultar o beneficiário da operação e sua causa.

Por estas razões, nego provimento ao recurso voluntário neste ponto.

Mérito - Impossibilidade de lançamento de IRRF sobre as operações de “contratos fictícios gerados em lotes – empréstimos” e “cessão de direitos creditórios de faturas de cartões de crédito”. Alega que a autuação bem identificou as operações e as desconsiderou por vícios ligados à legislação civil. Que os pagamentos realizados pelo recorrente geraram receitas que foram tributadas por terceiros. Assim, ao se lançar o IRRF sobre os mesmos pagamentos implicaria em *Bis in Idem*.

Na verdade as alegações trazidas no começo deste ponto assemelham-as às alegações apresentadas no tópico acima. Assim, remetendo ao que já foi apresentado anteriormente não entendo que a “identificação” das operações realizada pela fiscalização seja motivo para considerar comprovada a causa da operação.

Quanto ao segundo aspecto relativo a um possível *bis in idem* em razão de os pagamentos realizados serem considerados receitas pelos beneficiários dos mesmos, não entendo também ser possível acatar este argumento.

Em nenhum momento neste auto de infração ocorreu a identificação dos beneficiários da operação. As operações objeto desta autuação foram realizadas entre empresas do próprio grupo. Ademais não se identifica neste processo, nem os recorrentes trouxeram qualquer elemento a comprovar, que as mesmas receitas foram objeto de tributação em outro contribuinte.

Os valores que constituíram os pagamentos realizados pela empresa podem ou não ser considerados receitas de terceiros e, mais, ainda, podem ser ou não tributadas.

É justamente pela impossibilidade de definir os valores específicos das receitas entregues a terceiros e a natureza destas para fins de tributação que foi estabelecida esta regra de imposição tributária sobre o sujeito passivo que realiza estes pagamentos de forma irregular.

Por tais razões, tendo em vista que não há prova de que os pagamentos objeto da autuação foram utilizados para terceiros e, mais ainda, tendo em vista que a infração apurada baseou-se nas estritas normas da legislação pela inexistência de comprovação do beneficiário ou da operação, entendo não assistir razão aos recorrentes neste ponto.

Mérito - Impossibilidade de considerar operações válidas para fins de IOF e inválidas para fins de lançamento do IRRF. Entende que as mesmas operações que levaram ao lançamento do IRRF foram objeto de lançamento a título de IOF onde foi reconhecida a sua existência, assim, se foram válidas para o IOF não podem ser consideradas inválidas para fins de IRRF.

Ocorre, no entanto, que neste ponto a recorrente neste ponto do recurso que consta apenas em uma lauda, apenas transcreve o trecho do TVF no qual a fiscalização informa que foi concluída operação relativa ao IOF incidente sobre as operações. Com esta transcrição os recorrentes informam que como se tratam das mesmas operações, então os contratos que foram tributados pelo IOF em outro processo deveriam ser aceitos como prava das operações neste processo.

O problema neste ponto é que o recorrente sequer apresenta o conteúdo do auto de infração que foi lavrado naquele processo de forma a demonstrar que seriam os mesmos contratos e, mais ainda, que os contratos foram considerados válidos para fins de tributação do IOF.

É princípio do direito de que a prova cabe a quem alega. Neste ponto o recorrente apresenta a simples alegação de que os contratos foram validados em outro processo de autuação, no entanto não apresenta elementos de forma a aprofundar esta análise.

Veja-se que as legislações do IOF e do IRRF são completamente distintas, tanto é assim, que o julgamento destes tributos é realizado neste CARF em seções diversas. Assim, para se iniciar qualquer análise em relação ao tipo de argumentação apresentada neste ponto haveria o recorrente de trazer a autuação daquele processo, seu TVF e as possíveis decisões proferidas a fim de que pudessem se comparados os conteúdos probatórios de uma e outra a fim de que se pudesse concluir de forma a estabelecer a relação entre as operações que foram consideradas naquele processo para autuação do IOF e as que foram desconsideradas neste processo para fins de tributação do IRRF.

Assim, inexistindo prova dos argumentos apresentados pelo recorrente, voto por negar provimento ao recurso neste ponto.

RECURSO DE OFÍCIO - Baseado no Voto Vencedor da DRJ

- Exclusão de responsáveis solidários - Alega que em função da não comprovação da fraude descabe a responsabilização solidária e,

- Redução de multa para 75% - Alega que não foi comprovada a fraude

Na Decisão de Piso assim constaram os fundamentos utilizados para exoneração da responsabilidade solidária e exclusão da multa qualificada.

3 - Da responsabilidade solidária

O responsável solidário José Newton Lopes de Freitas alega que a fiscalização não comprovou o abuso de poder ou a infringência à lei necessária a

responsabilização solidária na forma do art. 135 do CTN. Razão pela qual pede o afastamento de todos os responsáveis solidários.

O responsável solidário Alexandre Rodrigues da Silva, por sua vez, contesta sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, alegando que não há provas de sua participação nas condutas ilícitas, nem do dolo.

Foram responsabilizados por "Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto" os senhores JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, JOSE ITAMAR DE VASCONCELOS JUNIOR, OTAVIO LINS LIMA e ALEXANDRE RODRIGUES SILVA.

A responsabilidade solidária, por ato infracional, tem espectro no art. 135 do CTN². Para a subsunção ao tipo legal, mister a comprovação da conduta dolosa que resultou na infração tributária e da participação do agente.

Ao tratar das provas no processo, a fiscalização assim dispõe em seu Relatório Fiscal.

4. O USO DA PROVA EMPRESTADA

Conforme já relatado, em 05 de maio de 2015 o M.M. Juiz Federal Titular da 32ª Vara Federal, Dr. Francisco Luiz Rios Alves, autorizou o compartilhamento dos dados da correspondente ação penal com esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza.

Assim, traz-se aos presentes autos as provas produzidas no âmbito da ação penal.

E mister salientar que, para garantir a admissibilidade da prova emprestada, bem como a sua eficácia no presente processo, leva-se em conta como requisitos que:

- a parte contra quem a prova foi produzida participou do contraditório na construção da prova, conforme bem demonstra o teor das peças do processo penal;
- existe identidade entre os fatos do processo penal com os fatos provados neste processo administrativo fiscal, ou seja, os fatos que configuraram o cometimento de crimes contra a ordem financeira, objeto do processo penal já existente, da mesma forma, suscitaram o cometimento dos fatos geradores de tributos federais; e
- impossível (ou difícil) a reprodução da prova emprestada no presente processo administrativo fiscal, em face do lapso temporal entre a produção das provas da lavra do BACEN e esta ação fiscal, e principalmente porque, os documentos probantes colhidos na sede da empresa fiscalizada foram carreados integralmente para o processo penal.

Outrossim, ao assim proceder, ou seja, ao carrear aos autos as provas produzidas no âmbito da ação penal estar-se-á em consonância com os princípios da economia processual e da eficiência.

A despeito de ter sido franqueado ao fisco o acesso aos dados da ação penal que cuida das irregularidades perpetradas pelos envolvidos, compulsando os autos, verifica-se que **a fiscalização efetuou o lançamento com base nos fatos**

relatados no Relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil, de folhas 378-510, e na Denúncia nº 06014/2014 do Ministério Público Federal, de folhas 511-617.

Tais documentos descrevem de maneira cristalina as fraudes perpetradas pelos responsáveis solidários, deixando saltar aos olhos, em seu relato, a vontade e a desfaçatez dos agentes envolvidos em desviar recursos do sistema financeiro, com nítidos reflexos na área tributária. Todavia, **esses documentos não têm a força probatória necessária para fundamentar a imputação do dolo aos envolvidos**, eis que desacompanhados das provas que os basearam (perícias, depoimentos, etc.). Cumpria a fiscalização carrear aos autos não só os relatos dos ilícitos praticados, mas também a prova desses ilícitos.

Razão pela qual se afasta a responsabilidade solidária das pessoas físicas JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, JOSE ITAMAR DE VASCONCELOS JUNIOR, OTAVIO LINS LIMA e ALEXANDRE RODRIGUES SILVA.

4 Da multa qualificada

Quanto à aplicação da multa qualificada, a massa falida da OBOE CFI alega que não houve o devido enquadramento dos fatos às condutas que ensejam a aplicação da multa qualificada (art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), e mais, que nos fatos narrados não se vislumbra a devida subsunção legal.

Através do Relatório Fiscal, observa-se que, ao contrário do que alega a recorrente, a fiscalização buscou qualificar a multa como base na caracterização de fraude³ e fundamentado nos seguintes fatos:

[...] a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de subtrair, no todo ou em parte, a obrigação tributária.

[...] o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado na autuação, sob pena de não restarem evidenciadas as características da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa agravada.

E assim sendo, outra não foi a conduta do contribuinte, senão a dolosa, considerando que permearam e que se tornaram evidentes ao longo da ação fiscal.

Em estreita síntese, vamos aos fatos:

- A criação de lotes de contratos fictícios, a definição de seus valores, a inserção dos respectivos dados nos sistemas informatizados da OBOÉ CFI, bem como os seus respectivos pagamentos, foram determinadas, de forma deliberada e consciente, pelo principal controlador do grupo, José Newton Lopes de Freitas, em sucessivas reuniões que contaram com a efetiva participação e a adesão consciente e voluntária dos demais administradores da empresa OBOÉ CFI, José Itamar de Vasconcelos Júnior e Otávio Lins Lima. Esta fraude só foi possível diante da ação do desenvolvedor dos sistemas do grupo OBOÉ Alexandre Rodrigues Silva, que preparou as customizações no "Sistema CFI", de modo a permitir a inserção de dados de contratos fictícios e a ocultação desses mesmos

dados do sistema de contabilidade oficial, o que facilitou a remessa fraudulenta de recursos financeiros (pagamento sem causa); e

- Do mesmo modo, as operações fraudulentas de cessão de direitos creditórios de cartões de créditos, no âmbito da empresa OBOÉ CFI, foram configuradas por seus administradores, ou seja, José Newton Lopes de Freitas, como seu idealizador e principal articulador, ao lado de José Itamar de Vasconcelos Júnior e de Otávio Lins Lima, responsáveis diretos pela determinação da execução das fraudes.

O que ocorreu, no caso concreto, embora não observado pela massa falida da OBOE CFI, mas suscitado pelo responsável solidário JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, é que não houve a devida comprovação no processo da fraude suscita. Ver tópico anterior.

Razão pela qual a multa de ofício deve ser reduzida de 150% para 75%.

Fim da transcrição do Voto da Decisão de Piso.

Ora, consoante o entendimento vencedor da Decisão de Piso o fato de a fiscalização se utilizar das provas produzidas no inquérito do Branco Central e na Denúncia apresentada pelo Ministério Público não seriam suficientes para comprovar a existência da fraude tributária. Inobstante isso, manteve em parte o lançamento de IRRF relativo ao pagamento a beneficiário não identificado ou sem comprovação de causa.

Não concordo, em absoluto, esse entendimento da Decisão de Piso.

Pela leitura dos documentos do processo a fiscalização intimou a empresa por diversas vezes a demonstrar suas operações. Atendendo a estas intimações a empresa apresentou a escrituração existente, contratos que encontrou, extratos bancários.

Então temos a seguinte situação fática, devidamente comprovada nos autos por documentos, extratos bancários e respostas da empresa:

1 - A empresa, comprovadamente, realizou cessão de contratos de crédito inexistentes e faturas de cartão de créditos vencidas, gerando a saída de numerário da empresa sem causa e gerando, em consequência, todos os problemas de ordem da fiscalização das instituições bancárias.

2 - No que tange à matéria tributária, a saída de numerário da empresa sem a devida causa, comprovação ou identificação de beneficiário constitui infração à legislação tributária.

3 - Além disso, essa saída de numerário sem causa comprovada provoca alterações na apurações dos resultados contábeis e fiscais da empresa.

Vejamos o excerto do Termo de Verificação Fiscal onde se demonstra o modo de agir da empresa para realizar as fraudes bancárias, contábeis e fiscais.

O “Sistema Finance” foi um pacote contratado junto à empresa Softpar Soluções Financeiras, com os módulos de cadastro, renda fixa, empréstimos, conta-corrente, IFT, “compliance” e contabilidade. Cada módulo constitui um banco de dados interdependente.

Era o sistema que produzia todas as informações oficiais prestadas pela OBOÉ CFI ao Banco Central e órgãos de fiscalização.

Como sistema responsável pela contabilidade, tudo nele registrado considerava-se em tese contabilizado. Por ser um sistema de codificação fechada, era difícil fazer modificações para fraudes. Não obstante atender somente à OBOÉ CFI, todas as bases de dados do “Sistema Finance” ficavam armazenadas no centro de dados da OBOÉ CARD.

Já o “Sistema CFI” foi integralmente desenvolvido pela OBOÉ CARD, especialmente pelo Sr. ALEXANDRE RODRIGUES SILVA e seus colaboradores, empregados desse braço tecnológico do grupo OBOÉ. Do mesmo modo, todas as bases de dados do “Sistema CFI” eram centralizadas na OBOÉ CARD.

Possuía módulos de cadastro, empréstimos, captação e cobrança.

Nesse sistema, desenvolvido pela própria OBOÉ, foram inseridas as adaptações que permitiam a execução de fraudes, a partir de rotinas e algoritmos desenvolvidos para essa finalidade.

A principal “customização” existente no “Sistema CFI” era no módulo de empréstimos e consistia em um comando de visibilidade (“flag”), onde os contratos marcados como “N” tinham sua visualização inibida aos usuários, exceto para aqueles com perfil de permissão especial¹¹. Explicando de outra forma, o “Sistema CFI” tinha uma espécie de campo para os contratos, no qual poderia haver a marcação “S” ou “N”.

A marcação com “S” permitia a visualização dos contratos assim identificados por todos os usuários e, portanto, era a empregada nos contratos que de fato existiam.

Já a marcação com “N” impedia a visualização dos contratos pelos usuários em geral, salvo aqueles detentores de “permissão especial”, que poderiam ver normalmente essas duas categorias (marcados com “S” e marcados com “N”) sem restrições.

Os “contratos invisíveis”, ou marcados com “N”, tratavam basicamente de contratos fictícios ou lançamentos com dados alterados, gerados para as fraudes

Outra “customização” importante era no módulo de captação e se referia à possibilidade de selecionar os títulos emitidos pela Oboé CFI que seriam exportados para o “Sistema Finance”.

Tal modificação foi utilizada nas fraudes relacionadas à captação, em que boa parte dos recursos captados era omitida da contabilidade oficial, para que pudessem ser desviadas.

No seu Termo de Verificação Fiscal, item 10.1 a fiscalização a partir da reafirmação dos atos praticados de forma fraudulenta pelos responsáveis solidários depreende que a ocorrência destes atos caracteriza a ocorrência de fraude na forma do estabelecido pelos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Dadas estas informações me causa espanto a conclusão empreendida pela Delegacia de Julgamento que, ao se deparar com a realização de fraudes devidamente comprovadas que, além de configurarem infrações contra a ordem financeira caracterizam infrações à lei e contrato social da empresa com evidente dolo de origem no que tange à realização de operações fictícias com vistas ao desvio de recursos da empresa.

Acrescente-se a isto que a maior parte dos recursos realizada por meio das fraudes foi **OMITIDA DA CONTABILIDADE OFICIAL** da empresa, para que pudessem ser desviadas.

Veja-se, não se trata simplesmente de um crime cometido contra os clientes e credores da empresa. A omissão da contabilização dos valores destas operações constitui crime tributário tipificado pelas normas da Lei nº 8.137/90 (Define os crimes contra a Ordem Tributária e econômica).

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
(Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Ora, assim temos que a atuação dos responsáveis solidários, assim como demonstrado no TVF, foi no sentido de infringir deliberadamente a lei e contrato social, sendo

perfeitamente cabível a imposição de responsabilidade solidária a estes pelos atos praticados que deram causa a infrações tributárias, no caso, pagamento sem causa ou beneficiário não identificado.

Querer fazer crer, como entendeu a decisão recorrida, que a causa da operação, mesmo que juridicamente ilícita é plausível para fins de comprovação da legislação tributária é querer torna impunível o ilícito. Ou seja, aquele que comete crimes contra clientes, credores e contra o fisco dada a falsidade da contabilidade apresentada tem esses crimes exonerados na esfera tributária a partir do momento em que apresente qualquer causa da operação, mesmo que inteiramente ilícita.

A tomarmos esta interpretação, então deveríamos, no casos de processos oriundos das diversas operações que decorrem do pagamento de vantagens indevidas a terceiros por meio de contratos fictícios, deveríamos igualmente exonerar as mesmas autuações, visto que a “causa” destas operações, que seria o pagamento de vantagens indevidas, estaria com sua causa comprovada.

Por estas razões, e levando-se em consideração que a participação dos responsáveis solidários imputados foi incontestada, entendo por dar provimento ao recurso de ofício restaurando a responsabilização dos imputados, tendo em vista que o único motivo de sua exclusão foi a interpretação acerca da existência de uma causa das operações que, conforme vimos acima, entendemos indevida.

Da Exoneração da Qualificação da Multa

Quanto a imposição de multa qualificada, também discordo frontalmente do decidido pelo Turma Julgadora da DRJ.

Os atos praticados com a criação de operações fictícias ou simuladas, com a manipulação de sistemas para impedir o registro contábil e fiscal das operações, são atos com evidente dolo e intuito de fraude que repercutem, sem sombra de dúvida, em infrações às normas tributárias. Ora a existência de dolo, fraude ou simulação no modo de agir do recorrente é o requisito legal para a qualificação da multa aplicada.

Esses são os precedentes do CARF neste sentido:

MULTA QUALIFICADA. DOLO. FRAUDE. CONFIGURAÇÃO. Mantém-se a qualificação da multa de ofício quando comprovado nos autos o dolo do sujeito passivo ao praticar qualquer das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. **Acórdão nº 9101-004.105, de 09/04/2019.**

MULTA QUALIFICADA. DOLO. FRAUDE. CONLUÍO. SONEGAÇÃO FISCAL. Evidenciada, pelas provas carreadas aos autos, a ação dolosa de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com a intenção de suprimir ou reduzir o pagamento do imposto devido, cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996. **Acórdão nº 1301-003.829, de 17/04/2019.**

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO. Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96,

quando restar demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, 72 ou 73 da Lei n.º 4.502/64. **Acórdão n.º 1402-003.733, de 19/02/2019.**

MULTA QUALIFICADA. PAGAMENTO SEM CAUSA. Mantém-se a aplicação da multa qualificada na autuação de IRRF na modalidade pagamento sem causa quando presentes quaisquer das circunstâncias previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE DIRETORES DE S/A. CARACTERIZAÇÃO DO EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI OU A ESTATUTOS.** Mantém-se a responsabilidade tributária solidária de diretores quando caracterizada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou a estatutos. **Acórdão n.º 1201-002.922, de 14/05/2019.**

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 135, III DO CTN. A expressão "infração de lei" prevista no art. 135 do CTN refere-se a situações nas quais os sócios atuem fora das suas atribuições funcionais, extrapolando o que esteja previsto na lei societária ou no estatuto social da empresa, muitas vezes em prejuízo da própria empresa. No caso, os agentes fiscais não comprovaram qualquer infração funcional praticada pelos seus sócios, por violação da lei ou do estatuto social. **Acórdão n.º 1302-003.418, de 19/03/2019.**

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ART. 135 DO CTN. Nos termos do art. 135 do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica o administrador por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação da atividade essencialmente ilícita do empreendimento da fiscalizada. **Acórdão n.º 1302-003.388, de 19/02/2019.**

Dados estes fatos e precedentes, entendo que não agiu bem a Delegacia de Julgamento ao exonerar a responsabilidade solidária dos imputados pela fiscalização e realizar a exoneração da qualificação da multa, tendo em vista que em minha opinião estão perfeitamente demonstrados e provados os fatos que caracterizam o dolo de agir no sentido de realizar atos fraudulentos e com infração à lei e aos estatutos da empresa, razão pela qual voto no sentido de dar provimento ao recurso de ofício para:

a) restaurar a qualificação da multa de ofício aplicada para o percentual de 150%, em vista da caracterização do dolo e fraude nos atos praticados que visavam à ocultação ou redução dos tributos devidos;

b) Manter a responsabilidade solidária dos imputados JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, JOSE ITAMAR DE VASCONCELOS JUNIOR, OTAVIO LINS LIMA e ALEXANDRE RODRIGUES SILVA, pela realização de atos dolosos com infração à lei e estatutos da empresa.

- Exoneração de parte do lançamento - Exonerou a parte onde ele alega que não foi comprovada a movimentação bancária de saída de recursos da conta da empresa.

Com relação a este item da decisão de Piso que reduziu o valor da autuação assim se pronunciou a DRJ.

2 - Da comprovação da infração

O responsável solidário José Newton Lopes de Freitas contesta a imputação da infração de pagamento sem causa, ou a beneficiário não identificado, por entender não restar configurada a infração. No que tange aos pagamentos efetuados por conta dos contratos fictícios, alega que não há prova do desembolso do dinheiro ou do pagamento. Em relação aos pagamentos efetuados pela cessão de direitos das faturas de cartão de crédito, aduz que os recursos utilizados nos pagamentos eram de titularidade do Clássico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, e que a Oboé CFI atuou como mera liquidante nas operações.

Compulsando o Auto de Infração, vê-se que o lançamento tem fundamentação legal no art. 674 do RIR 99, que repete as disposições do art. 61 e § 1º da Lei n.º 8.981/95, *verbis*:

*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 n.º 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.

[grifou-se]

Pela leitura do dispositivo, estão sujeitos à exação do Imposto de Renda na Fonte todos os pagamentos, contabilizados ou não, realizados sob qualquer forma (espécie, transferência bancária, título ao portador, cessão de crédito, etc.), desde o fisco comprove a existência do pagamento e o contribuinte não logre êxito em identificar o beneficiário ou a causa da operação.

Trata-se de uma presunção legal que considera pagamento de rendimentos tributáveis a terceiros – fato gerador do Imposto de Renda na Fonte - todo pagamento cujo qual a fonte pagadora não consiga justificar sua causa ou deixe de identificar o beneficiário.

O lançamento em comento tem duas causas distintas:

- Os pagamentos aos contratos fictícios gerados em lote;
- Os pagamentos às cessões de direitos fraudulentos de faturas de cartões de crédito.

No que toca aos contratos fictícios, a própria autoridade lançadora assevera que, o lançamento foi baseado nas informações constantes do sistema eletrônico de dados denominado "Sistema CFI", e mais, que esses pagamentos foram

parcialmente confirmados pela movimentação bancária. Ver trecho reproduzido do Relatório Fiscal:

No caso dos contratos fictícios gerados em lotes, a base de cálculo do IRRF foi o total diário dos valores liberados (pagos) relativos aos lotes de contratos gerados, valores estes extraídos do "Sistema CFI", conforme constantes em listagens específicas (ANEXO 14 - CONTRATOS FICTÍCIOS GERADOS EM LOTES), as quais foram elaboradas originalmente pela comissão responsável pelo inquérito administrativo no âmbito do BACEN, constantes nas folhas de 8.494 a 8.550 do volume 54 dos apensos do referido relatório. No caso, as informações de movimentações bancárias oferecidas pelo próprio contribuinte (como resposta ao Termo de Intimação Fiscal 01/2015), apesar de parciais, corroboram e demonstram o que aqui se argui, o pagamento sem causa.

Ainda segundo a fiscalização, o "Sistema CFI" era um sistema desenvolvido pelo Grupo OBOÉ que controlava as entradas de informações no seu sistema contábil (Sistema Finance).

Ocorre que, não há nada no processo que assegure que os dados extraídos do "Sistema CFI" espelhem com fidelidade a ocorrência do pagamento. Poderia até refletir de maneira indireta sua ocorrência, seja pelo volume das transações ou pelas exatidões pontuais. Porém, esses indícios não suprem a prova indiciária necessária para configuração da presunção. A presunção do pagamento sem causa exige a comprovação inequívoca do pagamento.

De se ver, o Anexo 14 (fls. 902-940), citado pela fiscalização como prova do pagamento, totaliza por convênio, os valores liberados diariamente para os contratos. Contudo, não há nenhuma vinculação dessas liberações com as saídas de numerários das contas bancárias, ou com qualquer outro meio de pagamento.

Nesse contexto, a fiscalização trouxe às folhas 621-737 a movimentação financeira confirmada pelo contribuinte como relativa aos ditos contratos. Tal movimentação está sedimentada em extratos bancários, Requisições de Transferência da Instituição Financeira para Conta Cliente, Registros de Transferência Eletrônica Disponível - TED e informações do próprio do contribuinte, a que se tomará como confissão. Efetuado o batimento entre esta movimentação e os pagamentos relacionados no Auto de Infração, restaram comprovados apenas os seguintes pagamentos, devendo os demais, relativos aos contratos fictícios, serem excluídos do lançamento.

Data	Fonte documental	Destinatário	Valor
26/04/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	734.867,20
27/04/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.204.237,59
28/04/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.134.539,95
29/04/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	735.065,56
24/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.301.663,51
25/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.257.812,20
26/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.112.421,49
27/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	997.829,83
30/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	752.845,90
31/05/11	INFORMADO PELO CONTRIBUINTE	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	477.427,07
13/06/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	710.783,36
29/06/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.459.335,24
30/06/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	1.485.100,00
21/07/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	217.800,00
22/07/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	210.900,00
25/07/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	232.300,00
26/07/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	234.600,00
27/07/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	224.500,00
28/07/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	229.700,00
29/07/11	TED BANCO SAFRA	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	210.200,00
29/07/11	REQUISIÇÃO TRANSF IF PARA CC	OBOÉ TSF (OBOÉ CARD)	977.808,00

No que se refere às cessões de direito das faturas de cartões de crédito, tal lançamento está devidamente sedimentado na movimentação financeira do contribuinte. Ver folhas 941-963. O responsável solidário José Newton Lopes de Freitas tenta justificar os pagamentos porém não faz prova de suas alegações. Nem se diga que não tinha acesso aos meios de prova pois, como confessado pelo próprio, apresentou, em sede de contestação na ação nº 0205830-98.2012.8.06.0001, as provas dos fatos extintivos da irregularidades apuradas. Razão pela qual se mantém essa parte do lançamento.

Demonstra-se assim, que a Decisão de Piso exonerou da autuação os lançamentos relativos aos registros de contratos fictícios que foram cedidos, constatou a DRJ que não havia a correspondência de todos os registros dos contratos fictícios com os valores das saídas de recursos das contas-corrente da empresa, assim foram excluídos da autuação os registros que não tinham essa correspondência, mantendo-se apenas no lançamento os valores que efetivamente saíram das contas da empresa.

Quanto a esta análise não merece reparo a Decisão proferida. Efetivamente só podem persistir os lançamentos relativos a pagamento sem causa quando comprovada a realização do pagamento efetivo, qual seja, a saída de recursos da conta da empresa.

Por estas razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício neste ponto, mantendo a exclusão dos valores determinada pela Decisão de Piso.

CONCLUSÃO

De todo o exposto voto no sentido de negar provimento à preliminar de decadência e ao recurso voluntário. Em relação ao recurso de ofício voto por dar parcial provimento apenas para restabelecer a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150% e restaurar a responsabilização solidária dos imputados JOSE NEWTON LOPES DE FREITAS, JOSE ITAMAR DE VASCONCELOS JUNIOR, OTAVIO LINS LIMA e ALEXANDRE RODRIGUES SILVA, pela realização de atos dolosos com infração à lei e estatutos da empresa.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Relator