



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10835.720460/2016-64
Recurso nº Embargos
Acórdão nº **1401-003.813 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de outubro de 2019
Embargante DA VINCI CONFECÇÕES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2013, 2014

OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO

Os embargos de declaração são recursos adequados para sanear vício de omissão no julgamento.

INOVAÇÃO NO FUNDAMENTO JURÍDICO. INEXISTÊNCIA.

A decisão da DRJ enfrentou satisfatoriamente todos os termos de impugnação, mantendo a responsabilização solidária nos termos do que dispõe o TVF e os autos de infração, inexistindo inovação em seus fundamentos.

Eventual fundamento complementar não inquina de nulidade a decisão recorrida caso o fundamento principal tenha sido apreciado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher em parte os embargos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano (Presidente em Exercício), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocada), Carlos André Soares Nogueira e Eduardo Morgado Rodrigues. Ausentes os conselheiros Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Relatório

Tratam-se de Recursos Voluntários e de Ofício interpostos em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em Recife (PE), que julgou procedente em parte a(s) impugnação(s) administrativa (as) apresentada (as) pelo (os) contribuinte(s) em virtude de supostas infrações a legislação tributária, exigindo-se o Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, referente ao período de maio de 2013 a fevereiro de 2014. O lançamento refere-se a tributação pelo IRRF incidente sobre pagamentos sem causa ou de operação não comprovada, totalizando o crédito tributário o valor de R\$43.871.155,59, incluindo juros de mora e multa de 150%.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal do Auto de Infração em lide, e do relatório fiscal de fls. 13.614/13.851, o lançamento se deve a apuração da falta de recolhimento de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF, referentes a pagamentos sem causa ou de operações não comprovadas, provenientes de remessas de recursos para o exterior, efetuadas nos anos-calendário 2013 e 2014, por meio de operações de câmbio fraudulentas, baseadas em operações de importação inexistentes, uma vez que não houve a aquisição de mercadorias de origem estrangeira por parte da autuada, e cuja finalidade teria sido unicamente a de evasão de divisas, apuradas em investigações realizadas no âmbito da força tarefa da operação Lava Jato.

A empresa DA VINCI realizou, ao longo de 2013 e 2014, 206 (duzentos e seis) remessas fraudulentas ao exterior por intermédio da corretora TOV, para pagamento de importações fictícias de vultosos valores, de acordo com o descrito no item 10 do citado Relatório Fiscal e procedimento de circularização (fls. 2.863/4.561) e demonstrativo de remessas fraudulentas à fl. 4.558.

De acordo com o Relatório Fiscal acima mencionado, em seu item 2.2, “a autoridade fiscal informa que a empresa DA VINCI nunca funcionou no endereço cadastral informado na Junta Comercial, conforme descrição de diligência realizada junto ao proprietário da sala informada como seu endereço cadastral”. (...) “O tópico “4 – EMPRESAS CONSTITUÍDAS E/OU CONTROLADAS POR NELMA KODAMA NO EXTERIOR” do Relatório de Fiscalização demonstra detalhadamente, com base em documentos obtidos pela fiscalização no site do governo do Hong Kong e outros elementos, que as empresas estrangeiras beneficiárias das remessas ilegais da Da Vinci, que estão listadas no TVF, foram constituídas e/ou colocadas na direção de interpostas pessoas, bastante próximas à Nelma Kodama ou em nome da própria Nelma Kodama. Tanto Nelma Kodama quanto as suas interpostas pessoas omitiram na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física as empresas estrangeiras.

Depreende-se dos autos, que “através de ações do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e da Receita Federal que a empresa DA VINCI pertencia de fato à Nelma Kodama que a utilizava para a prática de crimes financeiros, especialmente evasão de divisas e operação de instituição financeira irregular, conforme detalhadamente descrito no Relatório Fiscal e na sentença judicial de fls. 8.082/8.189. Nelma Kodama utilizava a DA VINCI para fazer remessa de recursos fraudulentos ao exterior a suas próprias empresas, sendo o seu quadro social constituído pelas interpostas pessoas Juliana Cordeiro de Moura e Paulo Sérgio Coelho”.

No curso do procedimento fiscal, “foi levantado que a empresa de fachada Da Vinci foi utilizada para a realização de muitas outras remessas de recursos para o exterior além daquelas 91 remessas tratadas na ação penal 5026243-05.2014.404.7000/PR. A fiscalização levantou a existência de 246 remessas de recursos para fora do País de forma fraudulenta por intermédio da Da Vinci, sendo 40 remessas fraudulentas através da corretora Itaú Unibanco S/A no mês de maio de 2011 e 206 remessas por meio da corretora TOV no período de maio de 2013 a fevereiro de 2014. A empresa Da Vinci estava no nome de interpostas pessoas e o controle e propriedade de fato era da doleira Nelma Mitsue Penasso Kodama”.

Em adição às provas constantes da ação penal referente ao processo judicial 50226243-05.2014.404.7000/PR as quais foram aproveitadas, *“a fiscalização coligiu elementos adicionais os quais demonstram que a DA VINCI pertencia de fato a Nelma e era por ela controlada , conforme item 6 do Relatório Fiscal”*.

Foram responsabilizados solidariamente: “As pessoas jurídicas 4 RIOS PARTICIPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÕES LTDA e PNGS PROSPER PARTICIPAÇÕES EIRELI (responsabilidade solidária de fato, artigo 124,I do CTN) e as pessoas físicas Gustavo Henrique Penasso Kodama, Iara Galdino da Silva, Nelma Mitsue Penasso Kodama, Liciane Paes Freire Penasso Kodama e Maria Dirce Penasso, todas responsabilizadas pela prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135, do CTN, com base em seu inciso II em relação a Iara Galdino da Silva e com base no inciso III em relação aos demais)”.

Constatou-se a revelia da contribuinte - DA VINCI CONFECÇÕES LTDA, bem como da responsabilizada solidária Iara Galdino, por não terem apresentado Impugnação Administrativa tempestivamente.

Ciente da autuação, os interessados apresentam **IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA**, trazendo em seu bojo as seguintes razões:

A) IMPUGNAÇÃO apresentada por **Nelma Mitsue Penasso Kodama** às fls. 14.175/14.208, dos autos, trazendo as seguintes razões:

- a) Afirma que “nunca havia sido sócia ou exercido qualquer função de gerência das empresas DA VINCI CONFECÇÕES LTDA nem da Empresa Patrimonial 4 RIOS PARTICIPAÇÕES EMPREENDIMENTOS ADMINISTRAÇÕES LTDA e que o artigo 135, III do CTN não preveria responsabilidade solidária para a hipótese delineada pela autoridade fiscal”;
- b) Que “a DA VINCI tinha como sócia de fato e de direito a sra. Iara Galdino da Silva a qual havia deixado claro no curso da ação fiscal que a impugnante Nelma não seria a dona da empresa nem nunca havia exercido qualquer poder de gerência”;
- c) Alega serem inadmissíveis “tanto as provas obtidas por meios ilícitos quanto os documentos retirados de outros autos sem que tenha sido assegurado o contraditório ao contribuinte. E que todas as interpretações da autoridade fiscal teriam sido "pautadas em avaliações isoladas de

documentos elaborados pelo MPF, sem que os mesmos tivessem sido submetidos ao contraditório, não podendo ser considerado como prova”;

- d) Conclui que “a autoridade fiscal havia utilizado como prova os valores emitidos pelo Ministério Público Federal e que partes da ação penal só poderiam ser anexados aos autos de procedimento de fiscalização de partes da ação penal com a definitiva manifestação do Judiciário (art. 155 do Código de Processo Penal)”;
- e) Alega “incompetência legal dos Auditores Fiscais da Receita Federal para imputar responsabilidade solidária a terceiros, sendo tal competência exclusiva da PGFN”;
- f) Postula “seja reconhecido e assegurado o direito à ampla defesa da impugnante para refutar o mérito do auto de infração e não somente o seu respectivo termo de responsabilidade e, por força do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e nos artigos 9º,II, e 58 do Decreto-Lei nº 70.235/72”;
- g) Argumenta não ser possível “a atribuição de responsabilidade por administração de fato nos termos do art. 135, III do CTN sem haver qualquer prova de que a contribuinte autuada fosse gerida pela impugnante”;
- h) Que “a situação fática a que incidirá o art. 134(sic), inciso III, do CTN, não tem nenhuma relação com a suposta 'administração de fato' de sociedade empresária, que se trata de atividade econômica não relacionada à administração de bens de propriedade de terceiros.”
- i) Aduz que no presente caso, “a impugnante não é contribuinte direto nem indireto, não possuindo nenhuma ligação com a empresa autuada, e tampouco jamais foi “administradora de direito ou de fato” dos bens daquela empresa. Reafirmando nunca ter administrado bens da empresa e tampouco ter pertencido ao seu quadro social à época dos fatos geradores”;
- j) Conclui, dessa forma, haver inadequação da norma jurídica ao fato imponible posto não ter havido pagamento efetuado pela DA VINCI. Em seu ponto de vista, “Nas operações fartamente narradas pelo Ministério Público Federal e reproduzidas exhaustivamente no curso da fiscalização, não havia obrigação entre a empresa DA VINCI com os destinatários, portanto não se pode falar em pagamento.”
- k) Argumenta que “o que ocorria era que algumas pessoas, visando evitar a extensa e estrita regulamentação do sistema financeiro, utilizavam empresas administradas por doleiros, para realizar saques, depósitos, transferências e demais atividades bancárias. Dessa forma, não há que se falar em pagamento com a consequente violação aos artigos 674 e 675 do RII/99.”

- l) Aduzindo que “não subsiste o fundamento adotado pelo Fisco de “pagamento sem causa”, devendo ser afastada essa tributação, haja vista que houve remessa de dinheiro para terceiros devidamente identificados, e não pagamentos feitos a beneficiário indevidamente identificado, não podendo ser taxados como “sem causa”, porque decorrem de previsão contratual vigente entre as partes, mesmo que seja posteriormente considerada ilegal”;
- m) Requereu: a) a nulidade da prova emprestada" ou a nulidade do termo de responsabilidade lavrado, ou a nulidade do termo pela incompetência da agente fiscal. / Sejam desconsideradas as provas emprestadas dos processos administrativos que não contaram com a participação da impugnante e anulado o auto de infração. / Seja acolhida a "preliminar de incompetência jurisdicional-administrativa do auditor fiscal para a fiscalização dos fatos geradores objeto da autuação fiscal e anulado o auto de infração". / Seja julgado improcedente o lançamento efetuado ou alternativamente, sendo mantida a responsabilidade da impugnante, seja anulada "a multa isolada.

B) IMPUGNAÇÃO apresentada por **Maria Dirce Penasso** às fls. 14.361/14.392 dos autos, trazendo as seguintes razões:

- a) Argui que “a fiscalização havia se baseado em "informações produzidas unilateralmente pela polícia federal, antes do contraditório e diametralmente oposta a decisão definitiva por parte do Judiciário”. “Portanto, não seriam válidas”;
- b) Alega ter sido "absolvida criminalmente de todas as acusações penais, não havendo qualquer justificativa para a manutenção da tese de violação ao inciso III do artigo 135 do CTN." e que os documentos elaborados pelo MPF não poderiam ser considerados como prova tendo em vista não terem sido "sujeitos ao contraditório". Não podendo nem mesmo ser considerada como prova emprestada "já que não havia decisão definitiva sobre a matéria”;
- c) Alega “a incompetência legal dos Auditores Fiscais da Receita Federal para inclusão de responsáveis solidários no Auto de Infração”;
- d) Requereu a "aplicação do princípio da ampla defesa previsto no artigo 5º, LVda CF" em relação às impugnações interpostas pelos responsáveis tributários, assegurando o direito de defesa no âmbito do processo administrativo fiscal.
- e) Afirma que “a fiscalização lhe havia atribuído responsabilidade solidária sem, contudo, descrever a conduta pessoal da impugnante que se enquadrasse na norma prevista no artigo 135,III do CTN. Tendo a autoridade fiscal se baseado apenas no fato de ser mãe de Nelma para lhe estender o conceito de "administrador de fato" e de ser "laranja de Nelma",

não havendo nenhuma prova de que teria sido administradora de fato da DA VINCI”.

- f) Acrescenta que “ situação fática de que trata o artigo 134(sic),III do CTN não teria nenhuma relação com a suposta "administração de fato" de sociedade empresária, que se trataria de atividade econômica não relacionada à administração de bens de propriedade de terceiros”;
- g) Quanto ao mérito, alega que “as operações consideradas pela autoridade fiscal, não haveria obrigação entre a empresa DA VINCI com os destinatários e, portanto, não se poderia falar em pagamento, tendo havido a seu ver violação aos artigos 674 e 675 do RIR/99”;
- h) Afirma que “não houve pagamento conforme amplamente demonstrado nos autos da ação penal trazida aos autos pelo próprio agente fiscal. Houve simulação de operações de câmbio praticadas pela empresa DA VINCI que emprestava a sua empresa para todos aqueles que quisessem enviar ilegalmente dinheiro para o exterior”.
- i) E que “não subsiste o fundamento adotado pelo Fisco de pagamento sem causa”, devendo ser afastada essa tributação, haja vista que houve remessa de dinheiro para terceiros devidamente identificados, e não pagamentos feitos a beneficiário indevidamente identificado, não podendo ser taxados como “sem causa”, porque decorrem de previsão contratual vigente entre as partes, mesmo que seja posteriormente considerada ilegal”.

C) IMPUGNAÇÃO apresentada por **PNGS PROSPER PARTICIPAÇÕES EIRELI** às fls. 14.546/14.578 dos autos, trazendo em seu bojo as seguintes razões:

- a) Afirma que “havia sido responsabilizada solidariamente de fato na condição de grupo econômico fundamentada em prova emprestada de processo judicial criminal distribuído no estado do Paraná”;
- b) Diz que “as provas seriam inválidas por entender serem inadmissíveis as provas emprestadas dos autos de processo criminal sem que fosse assegurado o contraditório ao contribuinte, sendo necessário que as partes do segundo processo sejam as mesmas do primeiro e tenham se defendido de forma ampla”;
- c) Afirma que “os Auditores Fiscais da Receita Federal não teriam competência legal para inclusão de responsáveis no Auto de Infração”;
- d) Requereu “o direito de defesa em relação às impugnações interpostas pelos responsáveis tributários”;
- e) Afirma “ser ilegal a responsabilização solidária da impugnante por suposta formação de grupo de fato sendo a intervenção estatal na economia admitida pela Constituição apenas nas hipóteses ali previstas , sendo vedado desconsiderar a personalidade jurídica de empresas privadas à

revelia da intervenção do Poder Judiciário, para o efeito de estabelecer vínculos de responsabilidade entre empresas que considera formarem grupo informal de fato, devendo ser declarada nula por afronta aos ditames do art. 50 do Código Civil e do princípio constitucional da livre iniciativa(art. 170 da CF)”;

- f) Diz que “o artigo 124, I somente seria aplicável aos casos de tributos relacionados à propriedade de uma coisa e não à realização de uma atividade, acrescentando não haver nenhuma prova de que a impugnante ou sua sócia Maria Dirce Penasso tenham sido administradoras de fato da empresa DA VINCI, verdadeira responsável pelos créditos tributários”;
- g) Diz que “quanto ao mérito, alega haver inadequação dos artigos 674 e 675 do RIR/99 ao fato impositivo e que no presente caso não teria havido pagamento efetuado pela DA VINCI aos terceiros por não haver obrigação entre estes, não se podendo falar em pagamento mas "simulação de operações de câmbio praticadas pela DA VINCI que emprestava a sua empresa para todos aqueles que quisessem enviar ilegalmente dinheiro para o exterior.”
- h) Afirma que “a alíquota de 35% do IRRF seria de natureza punitiva e que a imposição de multa seria dupla punição sobre o mesmo fato”;
- i) Protesta ao final, “pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários”.

D) IMPUGNAÇÃO apresentada por (i) 4 RIOS PARTICIPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS ADMINISTRAÇÕES LTDA e as pessoas físicas (ii) Gustavo Henrique Penasso Kodama e (iii) Liciane Paes Freire Penasso Kodama apresentaram peças impugnatórias idênticas constantes, respectivamente, às fls. 15.691/15.721; 14.732/14.762 e 15.211/15.241, alegando o que segue:

- a) Afirmam “que os Auditores Fiscais da Receita Federal não possuem competência legal para imputar responsabilidade solidária a terceiros;
- b) “Que a autoridade fiscal havia utilizado como prova "meras planilhas e correios eletrônicos realizados em datas já atingidas pelo prazo decadencial uma vez que "se a decadência extingue o crédito tributário, encerrando o liame obrigacional entre o Estado credor e o próprio sujeito passivo, da mesma forma se encontrará rompida qualquer relação de responsabilidade tributária constituída durante o espaço de tempo abarcado pela decadência.”
- c) “Que a fiscalização havia se baseado em planilhas unilaterais e e-mails desconexos, e que as informações policiais sequer haviam comprovado a prática de qualquer crime por parte dos impugnantes, visto que contra eles não havia sido proposta qualquer ação penal pelo Ministério Público”;

- d) Dizem que dessa forma, “ante a falta de prova, o Auto de Infração deveria ser cancelado por ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária”;
- e) “Que em nenhum momento a autoridade fiscal havia apontado qualquer irregularidade em sua contabilidade e que a autuação teria se baseado unicamente em provas precárias obtidas junto à polícia federal”;
- f) “Que haviam sido utilizadas apenas presunções para efetuar o lançamento”;
- g) Que a empresa 4 RIOS sempre pertenceu a Liciane e sua família a quase quarenta anos, financeiramente sólida (proprietária de ativos de valores expressivos) e de grande confiabilidade junto a clientes e fornecedores e que nunca teria tido nenhuma relação negocial com a DA VINCI nem com a sra. Nelma Mitsue Penasso Kodama, por desenvolverem atividades econômicas distintas;
- h) Que não havia sido juntado pela autoridade fiscal qualquer e-mail trocado entre Nelma e Gustavo ou Liciane ou com representante legal da 4 RIOS;
- i) Afirmam que “em relação ao empreendimento Edifício Hotel Villa Lobos, afirma que o imóvel no qual havia sido construído o referido empreendimento, pertenceria à família de Liciane desde 1978”;
- j) “Que a construção do referido empreendimento através da parceria com outros investidores, cabendo-lhe 75 unidades habitacionais as quais haviam sido recebidas por meio de permuta física, nunca tendo alienado qualquer das unidades a Nelma Kodama, Maria Dirce Penasso ou PNGS PROSPER PARTICIPAÇÕES;
- k) “Que a menção feita no Auto de Infração de que a 4 RIOS havia realizado depósitos bancários para a sra Nelma Kodama seria pura presunção baseada em uma simples planilha”;
- l) Dizem que “quanto a sra Liciane, havia dado continuidade aos negócios iniciados por seu genitor e que por ser sócia proprietária majoritária da empresa 4 RIOS que por sua vez é proprietária de unidades habitacionais do condomínio Hotel Villa Lobos, seria natural que assumisse o cargo de síndica do citado condomínio”;
- m) “Que a autoridade fiscal não havia provado que havia praticado atos e omissões com infração de lei, cedendo a empresa para uso, benefício e participação da sra. Nelma Kodama, não tendo sido apontado qualquer ato em afronta à lei ou ao contrato social da 4 RIOS que tenha sido praticado por Liciane Paes Freire Penasso Kodama, não autorizando a responsabilidade solidária prevista no artigo 135,III do CTN”;

- n) Dizem que “quanto ao sr. Gustavo Penasso Kodama, alega auxiliar sua esposa Liciane na administração de suas empresas herdadas de seu pai. No entanto, a gestão das empresas sempre coube a sra. Liciane”;
- o) Embora seja irmão da sra. Nelma Kodama, nunca havia mantido com ela qualquer relação empresarial, apenas familiar. Portanto, nunca havia mantido qualquer relação comercial com a empresa DA VINCI, não sendo interposta pessoa da irmã”;
- p) Arguem que “o artigo 135, III do CTN não poderá servir de base para lhe atribuir responsabilidade solidária posto que tratar-se-ia de pessoa completamente alheia aos fatos geradores ocorridos no período sob ação fiscal”;
- q) Alegam “ter havido aplicação errônea da alíquota do IRRF”;
- r) “Contesta a qualificação da multa de ofício por considerar ausente o dolo/fraude, uma vez que não teria havido prática dolosa por parte da 4 RIOS, da sra Liciane ou por Gustavo. Tampouco haveria erros ou vícios em sua contabilidade”.
- s) Alegam também, “caráter confiscatório da multa de ofício de 150%, requerendo seu cancelamento”;
- t) Aduzem, ainda, “a nulidade do lançamento por inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”.

E) Da IMPUGNAÇÃO apresentada pela **TOV** às fls.16.178/16.220 dos autos, trazendo sem seu bojo as seguintes razões:

- a) Diz que “no curso do procedimento fiscal entendeu a fiscalização que a empresa DA VINCI teria sido utilizada para realização de remessas de recursos para o exterior, sendo 91 apuradas na ação penal 5026243-05.2014.404.7000/PR e 246 remessas para fora do País apuradas posteriormente, sendo 40 remessas através da corretora Itaú Unibanco S/A no mês de maio/2011 e 206 remessas por meio da corretora TOV no período de maio de 2013 a fevereiro de 2014”;
- b) “Que havia sido intimada pela autoridade fiscal e que havia apresentado todos os documentos ali exigidos, “demonstrando o integral cumprimento da legislação aplicável ao caso.” Graças a sua colaboração, a autoridade fiscal havia apurado e constituído o crédito tributário no valor de R\$43.871.155,59, em face da empresa DA VINCI”;
- c) Afirma que, “apesar de na sua opinião, haver “cumprido com todas as obrigações legais a que era imposta” havia sido equivocadamente responsabilizada solidariamente”.
- d) Aduz a Impugnante que “teria sido responsabilizada por supostamente não ter sido diligente nas verificações acerca da existência da empresa Da

Vinci Confeções Ltda e da veracidade dos pagamentos/remessas ao exterior, tendo sido aplicado o art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, que prevê a responsabilização, de forma solidária, às pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador”;

- e) Pondera que “pelo fato de a infração ser falta de recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre 246 remessas de recursos ao exterior e de que a obrigação tributária de efetuar a retenção do IRF seria apenas da empresa DA VINCI, não havendo embasamento legal para atribuir responsabilidade à impugnante TOV pela retenção do IRF, conforme dispositivos legais constantes do lançamento. Concluindo que “a responsabilidade pela retenção do Imposto de Renda é da fonte pagadora. No presente caso, a responsabilidade é única e exclusivamente da empresa DA VINCI”;
- f) Diz “que todos os dispositivos legais elencados no Relatório de Fiscalização determinariam a responsabilidade legal da empresa DA VINCI pela retenção do imposto”.
- g) Diz que “nos termos do artigo 723 do RIR/99, somente seriam “solidariamente responsáveis pelo não recolhimento do imposto de renda descontado na fonte” os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”;
- h) Afirma que “acresce que não haveria interesse comum no fato gerador de que trata o inciso I do artigo 124 do CTN uma vez que entende ser “necessário que a situação de fato enquadre os sujeitos no mesmo polo da relação tributária”, sendo requisito a participação direta dos interessados na realização do fato gerador”;
- i) Diz “reconhece que a fiscalização havia demonstrado de forma plena que as demais pessoas jurídicas responsabilizadas solidariamente possuíam como sócia de fato a sra. Nelma Kodama, existindo, inclusive, confusão patrimonial entre a DA VINCI e as demais empresas. Mas que em relação à TOV não existiriam sequer indícios da existência de qualquer vínculo seja com a pessoa física Nelma Kodama seja com qualquer outra pessoa jurídica envolvida na atuação ou existência de confusão patrimonial, razão pela qual não poderia a TOV ser responsabilizada ante a inexistência de interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal”;
- j) “Que a fiscalização se ateve em demonstrar que a impugnante supostamente não teria sido diligente na sua atuação e que tal fato não seria o bastante para ensejar a responsabilização solidária. Caso não tivesse sido diligente, caberia a aplicação de penalidades administrativas pelo Banco Central do Brasil, mediante processo administrativo, não existindo qualquer dispositivo legal a prever a penalização por meio de responsabilização solidária pela não retenção do IR”.

O Acórdão ora Recorrido (11-56.902 - 3ª Turma da DRJ/REC) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2013,2014

PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS / PAGAMENTOS SEM CAUSA:

Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração ao dispositivo legal detectado pela administração em exercício de regular ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente

EXIGÊNCIA CUMULADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PUNIÇÃO.

Não há que se falar em dupla punição na exigência de IRRF por pagamentos sem causa cumulado com multa de ofício, pois tributo não constitui sanção de ato ilícito.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013,2014

RESPONSABILIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA. COMPROVAÇÃO DO INTERESSE DE TERCEIRO NOS FATOS QUE GERARAM A EXIGÊNCIA FISCAL.

Segundo o art. 124, I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Ressalve-se que o art. 135, III, do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato do contribuinte.

Exclui-se do polo passivo a pessoa cujo interesse comum não restou comprovado.

CONDUTA DOLOSA. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a conduta dolosa do sujeito passivo, aplica-se a multa qualificada prevista na legislação de regência.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013,2014

PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE.

É lícito ao Fisco Federal valer-se de informações colhidas por outras autoridades públicas para efeito de lançamento tributário, desde que estas guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O procedimento fiscal é inquisitório e, por isso, não se lhe aplica a ampla defesa e o contraditório. Incorre cerceamento do direito de defesa quando se assegura ao interessado o pleno conhecimento dos atos processuais.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Isto porque, segundo entendimento da Turma “a conduta específica e concreta do contribuinte teve a intenção de promover ilegalmente remessas de divisas do país para o exterior, ao mesmo tempo em que se evadia de tributos devidos, mediante registro em contratos de câmbio de importações fictas. Longe de se tratar de meros equívocos e erros, explicáveis pela negligência (o que poderia ensejar a multa simples de 75%), a conduta do contribuinte configurou-se em prática sistemática e reiterada, redundando em grave crime contra a Fazenda Nacional. O padrão de conduta, repetido ao longo do tempo, restou manifestado por atos específicos e reiterados, especificamente, em 246 contratos de câmbio ao desamparo de importações regulares”.

Assim, “os fatos apurados na Operação Lava Jato não guardam, necessariamente, relação direta com os fatos apurados na ação fiscal, à qual interessam apenas as consequências tributárias. Se os impugnantes tiveram ou não ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra si, é tema que refoge à circunscrição do presente litígio, para cujo desfecho interessa saber se ocorreram ou não as infrações de natureza tributária imputadas ao sujeito passivo”.

Entendeu a DRJ que(...) “em que pese o fato de que a conduta da Corretora TOV ter em tese possibilitado a realização de remessas fraudulentas de numerário ao exterior pela empresa DA VINCI, o que configuraria crime contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro, não restaram comprovadas as circunstâncias que caracterizam o interesse comum previsto no artigo 124, I do CTN, ou seja, não restou comprovada a existência de grupo econômico de fato, confusão patrimonial, vinculação gerencial ou coincidência de sócios e administradores que pudesse ensejar a responsabilização tributária da TOV”.

Considerou ainda que, “na autuação que se examina, restou evidenciado o interesse dos responsáveis, ora impugnantes, nas atividades que deram origem aos fatos geradores dos tributos devidos pela autuada, conforme disposto no citado artigo 124, inciso I, do CTN – uma vez que participara efetivamente nas ações delituosas, beneficiando-se ainda das atividades ilícitas da empresa. (...) Da mesma forma, devido a sócia administradora da 4 Rios Participações, Empreendimentos e Administrações Ltda, Liciane Paes Freire Penasso Kodama, ter praticado atos e omissões com infração de lei, cedendo a empresa para uso, benefício e participação da doleira Nelma Kodama, tudo de forma oculta, Liciane também deve responder solidariamente pelas débitos tributários da solidária da Da Vinci Confecções Ltda, a 4 Rios Participações, Empreendimentos e Administrações Ltda, nos termos art. 135, III, do CTN. Por sua vez, Nelma Kodama por ter praticado atos e omissões com infração de lei, fraude, desvio de finalidade e confusão patrimonial, mediante uso, benefício e participação de fato na 4 Rios Participações, tudo de forma oculta, deve responder solidariamente pelos débitos tributários da solidária da Da Vinci Confecções Ltda, a 4 Rios Participações”.

No caso em tela, a fiscalização se valeu, sim, de diversos documentos obtidos no âmbito da operação denominada “Lava Jato”, a exemplo da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal em face, entre outros, das Sras. Nelma Mitsue Penasso Kodama e Maria Dirce Penasso (fls. 11/74), dos relatos dos operadores do esquema, entre outros.

De qualquer forma, vemos no Termo de Verificação Fiscal que a autoridade autuante desempenhou corretamente seu mister, na medida em que buscou associar o conjunto desses documentos obtidos em outra seara com os documentos contábeis e fiscais de estilo, a exemplo das circularizações efetuadas junto aos beneficiários dos pagamentos, DIPJ, das notas fiscais, dos livros contábeis, etc.. Só então vimos surgir as consequências tributárias que culminaram na autuação.

Com isso, rejeitou-se as preliminares suscitadas, mantendo integralmente a exigência do crédito tributário lançado, e confirmar a sujeição passiva solidária atribuída a: 4 RIOS PARTICIPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÕES LTDA, PNGS PROSPER PARTICIPAÇÕES EIRELI, GUSTAVO HENRIQUE PENASSO KODAMA, IARA GALDINO DA SILVA, NELMA MITSUE PENASSO KODAMA, LICIANE PAES FREIRE PENASSO KODAMA E MARIA DIRCE PENASSO, declarando revéis a contribuinte DA VINCI CONFECÇÕES LTDA e a responsabilizada solidária IARA GALDINO DA SILVA. Por fim, excluiu-se a responsabilidade tributária solidária da CORRETORA TOV.

Da decisão Recorreu-se de **OFÍCIO** às fls.1.598 dos autos.

Ciente da decisão do Acórdão, os interessados apresentam **Recursos Voluntários**, trazendo em seu bojo as seguintes razões:

A) RECURSO VOLUNTÁRIO apresentado em 15/08/2017 (fls. 16.506/16.541) por **MARIA DIRCE PENASSO**. Ciente da autuação em 25/07/17 (fls. 16.499), alegando as mesmas razões discurridas em sede de impugnação administrativa às fls. 14.361/14.392 dos autos.

B) RECURSO VOLUNTÁRIO apresentado por **PNGS Prosper Participações Eireli em 31/08/2017 às fls. 18.672/18.723**. Ciente da autuação em 25/07/2017 (fls. 16.500), alegando as mesmas razões discurridas em sede de impugnação administrativa às fls. 14.546/14.578 dos autos.

C) RECURSO VOLUNTÁRIO apresentado por **NELMA MITSUE PENASSO KODAMA** em 24/08/2017 às fls. 16.555/16.589. Ciente da autuação em 24/07/2017 (fls. 16.503), discurrendo as seguintes razões:

- a) DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO: Aduz que “o dever de motivação é inerente à conduta da Administração Pública em qualquer situação que invada direitos e garantias individuais, o sendo também e principalmente, quando se trata de impor penalidade ou obrigatório tributário. Nesse sentido reza a Portaria RFB 2.284/2010 em seu artigo 2º, § 1º”;

- b) **DA INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE:** Afirma que “no caso do auto de infração em espécie, a Recorrente não é contribuinte direto nem indireto e não possui nenhuma ligação jurídica com a empresa autuada. Tampouco foi "administradora de direito ou de fato" dos bens daquela empresa”. (...) E que “a violação alegadamente cometida pela empresa DA VINCI é de natureza punitiva. Ou seja, não houve fato gerador de obrigação principal que pudesse ser tida como transgredida para a aplicação da solidariedade”;
- c) **DA IMPOSSIBILIDADE DE SOLIDARIEDADE EM RELAÇÃO AO IRRF:** Diz que “está, portanto, infirmada a conclusão da Autoridade Fiscalizatória, não havendo nenhuma formação de grupo econômico e, menos ainda, sociedade entre a Recorrente e Iara ou ingerência na DA VINCI CONFECÇÕES LTDA. ME”;
- d) **DA DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO FISCAL (MULTA) E OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA (TRIBUTO):** Diz que “a natureza jurídica da sanção distingue-se, perfeitamente, da natureza jurídica do tributo extrafiscal, "proibitivo", uma vez que sanção é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, diretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe”;
- e) **Da NATUREZA JURÍDICA DO IRRF EM PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU SEM CAUSA:** Afirma que “na hipótese prevista no artigo 61 da lei 8.981/95, como não há beneficiário identificado, não é hipótese de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, trata-se obviamente de penalidade pelo descumprimento de uma obrigação legal, mesmo porque, o beneficiário de eventual pagamento não poderia se creditar do imposto. A natureza da norma é de penalidade”;
- f) **DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 674 E 675 DO RIR/99 - PAGAMENTO SEM CAUSA OU BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO:** Afirma que “não subsiste o fundamento adotado pelo Fisco de "pagamento sem causa", devendo ser afastada essa tributação, haja vista que houve remessa de dinheiro para terceiros devidamente identificados, e não pagamentos feitos a beneficiário indevidamente identificado, não podendo ser taxados como "sem causa", porque decorrem de previsão contratual vigente entre as partes, mesmo que seja posteriormente considerada ilegal. O ato de realizar o pagamento é pressuposto material para a ocorrência da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, conforme o disposto no artigo 61, da Lei nº 8.981, de 1995”;
- g) **DA DUPLA PUNIÇÃO PARA O MESMO FATO:** Diz que resta “claro que a aplicação da alíquota de 35% tem natureza punitiva, não cabe a aplicação simultânea da alíquota de 150%, tendo em vista que seria permitir a dupla punição sobre o mesmo fato, devendo ser anulada a multa isolada, caso superadas as teses de defesa suscitadas”;

- h) DA NÃO IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO E NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL: Afirma que “deve a Receita Federal, por meio de seus auditores e agentes, realizar diligências no sentido de identificar os reais beneficiários as operações e deles cobrar os valores devidos aos tributos. E há meios para isso. Tal diligência implica necessariamente no cancelamento da exigência fiscal relativa ao IRRF”;
- i) DA MULTA CONFISCATÓRIA, JUROS SOBRE MULTAS DE OFÍCIO E ISOLADA, CESSAÇÃO DOS JUROS DE MORA: Aduz que “a multa aplicada à Recorrente ultrapassa a proporcionalidade e chega ao confisco, o que é proibido nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, razão por que deve ser afastada”;
- j) Requereu que sejam “acolhidas as preliminares arguidas, com a declaração de nulidade do v. acórdão recorrido, pelas razões defendidas” e o acolhimento do presente recurso e a extinção do crédito tributário.
- k) D) RECURSO VOLUNTÁRIO apresentado por RIOS PARTICIPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÕES LTDA. (“4 Rios”), conjuntamente com o Sr. GUSTAVO HENRIQUE PENASSO KODAMA e a Sra. LICIANE PAES FREIRE PENASSO KODAMA em 24/08/2017 às fls. 16.668/ 16.796. Cientes da autuação em 25/07/2017 (fls. 16.501), discorrendo as seguintes razões:
- l) DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO QUANTO À RESPONSABILIZAÇÃO DOS RECORRENTES EM RAZÃO DE VÍCIO DE MOTIVAÇÃO: Afirma que “a motivação utilizada pela D. Autoridade Fiscal é insuficiente para o fim de imputar o vínculo da solidariedade (4 Rios) e da responsabilidade (Sr. Gustavo e Sra. Liciane), já que carece de clareza e congruência. A corroborar essa afirmação, os elementos utilizados pela Fiscalização (e-mails, planilhas, contratos etc) não justificam adequadamente o lançamento tributário em relação aos Recorrentes, pois não revelam qualquer conexão com as remessas efetuadas pela Da Vinci”. Afirma que “o mesmo raciocínio desenvolvido para sustentar a nulidade do lançamento em relação a 4 Rios vale para o Sr. Gustavo e a Sra. Liciane, embora a insuficiência da motivação em relação a eles seja ainda mais flagrante. Para a D. Autoridade Fiscal, ambos teriam permitido que a 4 Rios fosse usada pela Sra. Nelma Kodama para benefício próprio, o que justificaria a imputação da responsabilidade de ambos pelo crédito tributário devido pela Da Vinci, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN”;
- m) DAS Considerações iniciais sobre o âmbito de aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN e os requisitos que configuram o “interesse comum: Afirma que “considerando que o contribuinte é o sujeito passivo que pratica o fato gerador da obrigação tributária principal, não há dúvidas de que o inciso I do artigo 124 do CTN a ele se dirige exclusivamente. Em outras palavras, somente o contribuinte apresenta interesse na situação que

constitui o fato gerador da obrigação tributária – vez que o pratica –, de sorte que será “comum” o interesse partilhado necessariamente entre dois ou mais contribuintes. Afinal, se o contribuinte é quem possui relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador, somente ele possuirá interesse comum nela. Por outro lado, o responsável jamais poderá ser considerado solidariamente obrigado com fundamento no inciso I do artigo 124 do CTN. Afinal, além de não praticar o fato gerador da obrigação tributária em conjunto com o contribuinte, não se situa no mesmo polo da relação jurídica de direito privado utilizada para a definição do fato gerador. Nesses casos, o estabelecimento do vínculo de solidariedade entre contribuinte e responsável ou entre responsáveis dependerá de expressa previsão legal, conforme preceitua o inciso II do mesmo enunciado”;

- n) Da impossibilidade lógico-jurídica de se imputar a solidariedade em relação ao IRRF exigido com fundamento no artigo 61 da Lei nº. 8.981/95: Afirma que “a aplicação de uma norma de retenção (artigo 61 da Lei nº. 8.981/95) exclui, necessariamente, a regra da solidariedade do artigo 124, inciso I, do CTN, pois diz respeito à sujeição passiva direta. É dizer: os devedores solidários devem ser, necessariamente, contribuintes, jamais terceiros a quem se atribui a responsabilidade pelo crédito tributário. O responsável, repita-se, jamais realiza dito fato gerador, embora mantenha com ele vínculo indireto; seu dever decorre de outro fato gerador, definido na norma que prescreve o seu dever de efetuar a retenção em caráter definitivo do imposto”;
- o) DA Ausência de “interesse comum” da 4 Rios nas situações que constituíram os fatos geradores autuados - remessas realizadas pela Da Vinci a beneficiários localizados no exterior: Pontua “que o artigo 124, inciso I, do CTN só pode ser aplicado quando evidenciado o “interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária”. Assim, não basta que o Fisco demonstre a existência de um interesse comum (sempre de natureza jurídica, e não econômica, moral, social, financeira etc) entre dois sujeitos passivos; deve comprovar, também, que o interesse reside na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária”;
- p) DOS SUPOSTOS PAGAMENTOS REALIZADOS À SRA. NELMA KODAMA NÃO PROVAM O INTERESSE COMUM ENTRE A 4 RIOS E A DA VINCI: Afirma que “os supostos pagamentos realizados à Sra. Nelma Kodama, além de estarem consignados em uma planilha em formato Excel, totalmente editável e manipulável pelo usuário que a origina, não possuem qualquer lastro em documentos de suporte que evidenciem a efetiva saída dos valores do caixa da 4 Rios. Tem-se, assim, que as referidas planilhas, desacompanhadas de documentos de suporte ou outros elementos de prova, não poderiam, sozinhas, justificar lançamento de ofício pelo Fisco, muito menos, a responsabilização da 4 Rios por três Autos de Infração que exigem o pagamento de aproximadamente R\$ 78 milhões”;

- q) DA EVENTUAL AUSÊNCIA DE CAUSA DOS SUPOSTOS PAGAMENTOS JUSTIFICARIA, NO MÁXIMO, O LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO IRRF: Diz que “no limite, se o Fisco entende que não há causa para a realização de tais pagamentos, caberia autuar a 4 Rios, na qualidade de fonte pagadora, e exigir-lhe o IRRF apenas sobre tais montantes, nos termos do artigo 61 da Lei nº. 8.981/95. O que não se justifica, evidentemente, é a sua responsabilização por remessas para o exterior efetuadas pela Da Vinci, empresa cuja existência desconhecia até a lavratura deste Auto de Infração, que perfazem R\$ 44.648.409,89, montante esse incompatível, inclusive, com a movimentação bancária da 4 Rios no período autuado”;
- r) DO CONDOMÍNIO HOTEL VILLA LOBOS E A PARTICIPAÇÃO DA SRA. NELMA KODAMA: Afirma que “em 20 de outubro de 2004, a 4 Rios (na qualidade de Primeira- Contratante) assinou o “Instrumento Particular de Compra de Terreno em Permuta por Área Construída no Próprio Local e Outras Avenças” (folhas nºs. 1.354 a 1.360 do e-processo) com o Condomínio Hotel Villa Lobos (na qualidade de Segundo-Contratante) para formalizar a “aquisição pelo SEGUNDO-CONTRATANTE do Terreno de propriedade do PRIMEIRO-CONTRATANTE” por meio de permuta de “Unidades prontas e acabadas correspondentes a 29,41% do total da área construída e reformada”, conforme a cláusula 1ª do referido instrumento. Assim, por meio desse negócio, a 4 Rios recebeu 62 unidades (apartamentos nºs. 117 a 130; 219 a 230; 319 a 330; 419 a 430; e 1.101 a 1.112)”. (...) Constata-se, “assim, a ausência de qualquer vínculo econômico ou jurídico entre a Sra. Nelma Kodama e a 4 Rios em relação aos 75 apartamentos do Hotel Villa Lobos, muito menos entre esta última e a Da Vinci. Mesmo que se admitisse, apenas hipoteticamente, que a propriedade do Hotel Villa Lobos pertence à Sra. Nelma Kodama, tal fato não seria suficiente para caracterizar o interesse comum da 4 Rios nas remessas efetuadas pela Da Vinci a beneficiários localizados no exterior. Nesse cenário meramente hipotético, o fato de a 4 Rios possuir imóveis em um hotel de propriedade da Sra. Nelma Kodama não denotaria a existência de qualquer interesse jurídico nas remessas autuadas”;
- s) DA UTILIZAÇÃO DO ENDEREÇO DA 4 RIOS PELA SRA. NELMA KODAMA:Diz que “a utilização do endereço da 4 Rios pela Sra. Nelma Kodama é conduta unilateral, que foge ao seu controle. Sabe-se que, em regra, uma pessoa pode indicar qualquer endereço nos cadastros da RFB. Nada impede que uma pessoa indique o endereço de um terceiro na sua Declaração de Ajuste Anual ou, ainda, no cadastro de uma empresa, já que inexistente qualquer avaliação prévia por parte do órgão que recebe tais informações”;
- t) DAS CRÍTICAS À DECISÃO DA DRJ QUANTO À MANUTENÇÃO DA SOLIDARIEDADE DA 4 RIOS: Diz que “a 4 Rios jamais teve qualquer tipo de contato com a empresa Da Vinci, desconhecendo completamente as atividades que ela desenvolvia. Justamente em razão

disso, as mais de 13.000 páginas dos autos não mostram qualquer vínculo existente entre elas, o que implica reconhecer a ausência de interesse comum da 4 Rios nas remessas efetuadas pela Da Vinci. À luz dessas considerações, merece provimento o Recurso Voluntário, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, reconhecendo-se, consequentemente, a ausência de solidariedade da 4 Rios em relação aos débitos exigidos da Da Vinci”;

- u) **DA RESPONSABILIDADE IMPUTADA AO SR. GUSTAVO:** Diz que “não basta alegar, genericamente, que o Sr. Gustavo praticou atos e omissões (sem identificá-los) que teriam permitido o “uso’ da 4 Rios pela Sra. Nelma Kodama para benefício próprio (sem apontar precisamente em que momento isso teria sido acordado entre as partes e, sobretudo, qual teria sido o benefício obtido por elas). Seria imprescindível a comprovação, pela D. Autoridade Fiscal, dessas alegações, bem como das condutas praticadas. Tamanha é a fragilidade da acusação fiscal também neste ponto, que a D. Autoridade Fiscal sequer vincula as suas alegações às provas supostamente produzidas nos autos”;
- v) **O USO PONTUAL DE SUA CONTA BANCÁRIA PESSOAL PELA SRA. NELMA KODAMA NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE DO ARTIGO 135, INCISO III, DO CTN:** Afirma que “o uso de conta bancária pessoal por um parente, além de não se amoldar à hipótese do artigo 135, inciso III, do CTN, tampouco prova qualquer vínculo do Sr. Gustavo com a Da Vinci, o que é suficiente para impedir a sua responsabilização pelos débitos imputados a ela”;
- w) **O SR. GUSTAVO NÃO CEDEU A 4 RIOS PARA USO E BENEFÍCIO DA SRA. NELMA KODAMA:** Afirma que “a D. Autoridade Fiscal apenas demonstra algo que jamais foi ocultado pelo Sr. Gustavo: o seu vínculo de parentesco com a Sra. Nelma Kodama. Isso, no entanto, também não permite considerá-lo responsável por todo e qualquer ato praticado por sua irmã ou pelas supostas empresas de fachada, dentre elas a Da Vinci, constituídas para a prática de supostos ilícitos penais. Vale pontuar, também, que o fato de o Sr. Gustavo e a Sra. Liciane atuarem como síndicos do Hotel Villa Lobos, onde estão situadas as 75 unidades que pertencem a 4 Rios, embora não tenha sido invocado pela D. Autoridade Fiscal como um fundamento para responsabilizá-los, é igualmente irrelevante para tal fim”;
- x) **SUBSIDIARIAMENTE: A RESPONSABILIDADE DO SR. GUSTAVO DEVE SER LIMITADA AO PERÍODO EM QUE FOI SÓCIO DA 4 RIOS (ATÉ 28.08.2012):** Destaca que “a D. Autoridade Fiscal não questionou, em momento algum, a saída do Sr. Gustavo da 4 Rios, tampouco lhe acusou de ter permanecido na empresa como sócio de fato. Com efeito, não foi feita qualquer ilação nesse sentido e, ainda que tivesse sido feita, caberia à D. Autoridade Fiscal produzir prova nesse sentido. Dessa forma, caso seja mantida a sua responsabilidade pelo crédito tributário exigido nestes autos, o que, repita-se, é admitido neste momento

apenas em caráter subsidiário, ela deverá ser limitada aos fatos geradores autuados no período de 27.05.2011 a 27.07.12”;

- y) DA RESPONSABILIDADE IMPUTADA À SRA. LICIANE: Diz que “justamente pelo fato de a Sra. Nelma Kodama e a 4 Rios (representadas pelo Sr. Gustavo e a Sra. Liciane) serem as maiores investidoras do empreendimento imobiliário, não estranha o fato de elas terem conduzido com maior rigor o acabamento do Hotel Villa Lobos, já que, como mencionado, havia grande interesse na finalização da obra, a fim de que ele pudesse gerar o retorno esperado”;
- z) DAS CRÍTICAS À DECISÃO DA DRJ QUANTO À MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO SR. GUSTAVO E DA SRA. LICIANE: Afirma que “o acórdão da DRJ deixou analisar os argumentos de defesa do Sr. Gustavo e da Sra. Liciane e, ademais, criou uma nova acusação fiscal da qual eles sequer tiveram a oportunidade de se defender. Evidencia-se, assim, que a própria DRJ, reconhecendo a insubsistência da acusação fiscal elaborada contra o Sr. Gustavo e Sra. Liciane, procurou aperfeiçoá-la, atuando indevidamente como autoridade lançadora. Mesmo diante de cenário tão absurdo, a tentativa da DRJ fracassa, eis que mesmo a nova acusação fiscal é vaga por deixar de apontar concretamente qualquer ato ilícito praticado pelo Sr. Gustavo ou pela Sra. Liciane”;
- aa) A SRA. NELMA KODAMA NÃO ERA SÓCIA DE FATO OU DE DIREITO DA DA VINCI E DA IMPÉRIO: Afirma que “em específico, não existe qualquer demonstração de que havia exclusividade na utilização da Da Vinci ou da Império pela Sra. Nelma Kodama. Carece o Auto de Infração de qualquer prova de que a totalidade das transferências realizadas mediante as contas da Da Vinci referia-se a operações de interesse da Sra. Nelma Kodama. Ao contrário, os indícios trazidos aos autos evidenciam que as empresas e contas eram disponibilizadas à ampla carteira de clientes da Sra. Iara Galdino, sem qualquer garantia de utilização exclusiva das empresas ou contas. Não há qualquer razão para crer-se que tal fato seria distinto em relação à Da Vinci”;
- bb) DA impossibilidade de aplicação dos artigos 124, inciso I e artigo 135, inciso III, do CTN em relação ao IRRF exigido com fundamento no artigo 61 da Lei nº. 8.981/95: Afirma que “está, destarte, o erro cometido pela D. Autoridade Fiscal na sua tentativa de imputar o vínculo da solidariedade a 4 Rios com fundamento no artigo 124, inciso I, do CTN e da responsabilidade ao Sr. Gustavo e a Sra. Liciane com fundamento no artigo 135, inciso III, do CTN, pois a própria regra do artigo 61 da Lei nº. 8.981/95, ao prever a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, afasta a possibilidade de que haja solidariedade ou responsabilidade de terceiros”;
- cc) DA responsabilidade dos Recorrentes deve ser limitada, no máximo, ao montante dos supostos pagamentos realizados A Sra. Nelma Kodama no período autuado: Afirma que “não se pode exigir dos Recorrentes o

pagamento integral do crédito tributário por ausência de elementos que os vinculem aos demais pagamentos supostamente realizados pela Da Vinci. Se as supostas transferências realizadas em favor da Sra. Nelma tem o condão de confirmar a existência de interesse comum da 4 Rios ou a alegada prática de atos capazes de responsabilizar o Sr. Gustavo e a Sra. Liciane, cabe limitar essa responsabilidade aos montantes transferidos no período autuado”;

- dd) DA comprovação da causa dos pagamentos pelo Fisco impede a exigência do IRRF com fundamento no § 1º do artigo 61 da Lei nº. 8.981/95: Diz que “o acórdão recorrido é incoerente neste ponto. Embora afirme, em um primeiro momento, que não teria sido comprovada “a motivação das transferências” e, portanto, “a causa dos pagamentos em questão” (página nº. 23), em um segundo momento, reconhece que a “finalidade [das remessas] teria sido unicamente a de evasão de divisas” (página nº. 3). Ora, Srs. Julgadores, entendida a causa do pagamento como o seu motivo ou a sua razão, verifica-se que a decisão recorrida também a reconhece na medida em que confirma que a finalidade das remessas autuadas teria sido, justamente, a evasão de divisas”;
- ee) Do Erro na identificação do sujeito passivo: a empresa Da Vinci não é a real fonte dos rendimentos, já que atuava como mera intermediadora dos valores remetidos: Afirma que “considerando-se correta a premissa de que a Sra. Nelma Kodama utilizava a Da Vinci para realizar essas operações, então evidentemente não se pode imputar a ela (Da Vinci) a condição de sujeito passivo do IRRF exigido com base no artigo 61 da Lei nº. 8.981/95, pois, como se disse, seu objetivo era apenas intermediar o fluxo da renda entre os clientes da Sra. Nelma Kodama (e, possivelmente, de outros doleiros) e os beneficiários finais desses pagamentos no exterior. (...) Aliás, importa ressaltar que nem ao menos é seguro afirmar que o beneficiário final das referidas remessas sempre foi pessoa diferente daquela que detinha os montantes remetidos no Brasil. Isso porque há casos em que a fonte que produz a renda confunde-se com o beneficiário final desse mesmo recurso”;
- ff) DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CUMULAR O IRRF COM A MULTA DE OFÍCIO, DEVIDO À SUA NATUREZA SANCIONATÓRIA: Diz que “ante a especialidade da regra prevista pelo artigo 61 da Lei nº. 8.981/95 frente à regra geral do artigo 44, inciso I, da Lei nº. 9.430/96, deve ser afastada a multa de 150% aplicada sobre o montante exigido a título de “IRRF”, tendo em vista a sua natureza de multa isolada”;
- gg) dA necessária realização de diligência para que a RFB verifique se as fontes pagadoras e os reais beneficiários podem ser identificados e autuados: Afirma que “a conversão do julgamento em diligência neste ponto evitará a tributação de situações em que nem mesmo o “pagamento” exigido pelo artigo 61 da Lei nº. 8.981/95 se confirma, vez que há casos, mencionados pelo próprio MPF na denúncia apresentada contra a Sra. Nelma Kodama (folhas nºs. 11 a 74 do eprocesso), em que a *fonte*

pagadora e o beneficiário no exterior se confundem. Anote-se, por fim, que, em junho de 2016, a Sra. Nelma Kodama fechou acordo de delação premiada, conforme notícias veiculadas na internet. O acesso ao seu conteúdo poderá auxiliar a RFB a cumprir a diligência ora solicitada, especialmente em relação à identificação das reais fontes pagadoras dos montantes ora autuados”;

- hh) DA IMPROCEDÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO: Afirma “que a qualificação da multa dá-se em decorrência do suposto descumprimento de deveres instrumentais e supostas condutas ilícitas das quais os Recorrentes não possuíam conhecimento, tampouco a obrigação de conhecê-las. Assim, pretende a Fiscalização que os Recorrentes sejam penalizados por atos que não praticaram, dos quais não tinham conhecimento, ou sequer a possibilidade de ter conhecimento, já que as operações da Da Vinci Ihe são completamente estranhas”;
- ii) EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA QUALIFICADA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF: Diz que “a multa deve: (i) sancionar o sujeito passivo infrator (caráter pedagógico da penalidade) em razão do descumprimento de norma que estabelece uma obrigação tributária ou um dever instrumental e (ii) desestimulá-lo a incorrer novamente na prática do ilícito. Para tanto, a multa pecuniária deve ser adequadamente graduada, a fim de que seu valor não seja excessivamente ínfimo (hipótese em que restariam frustrados os seus objetivos) ou excessivamente alto (hipótese em que haveria enriquecimento ilícito do Erário, tornando a multa uma fonte adicional de arrecadação e inviabilidade de o sujeito passivo recolher o próprio tributo exigido)”;
- jj) DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DO CTN EM CASO DE VOTO DE QUALIDADE: Diz que “para conciliar o instituto do voto de qualidade com o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como com o artigo 112 do CTN, torna-se mandatório o cancelamento das multas veiculadas no presente Auto de Infração em caso de empate no julgamento deste recurso voluntário”;
- kk) DA NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE AS MULTAS DE OFÍCIO E ISOLADA: Afirma que “tal procedimento – que tem sido praticado indiscriminadamente pela Receita Federal do Brasil – carece de fundamento legal, já que o § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, em consonância com o artigo 161 do CTN, é claro ao restringir a incidência dos juros de mora sobre o valor do principal lançado”;
- ll) DA CESSAÇÃO DA FLUÊNCIA DOS JUROS DE MORA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE 360 DIAS: Diz que “com efeito, o inadimplemento da obrigação tributária pelo contribuinte acarreta a incidência dos juros de mora. Ao optar por discutir administrativamente o débito, instaurando o litígio administrativo pela apresentação da Impugnação, o sujeito passivo aceita que, enquanto não solucionada a discussão, incidam juros de mora”;

mm) Requereu o acolhimento das preliminares suscitadas, para cancelar integral ou parcialmente o Auto de Infração lavrado.

nn) Subsidiariamente, requereu a improcedência da acusação fiscal em conformidade com as razões de mérito expostas no presente Recurso Voluntário.

Às fls. 18747/18816 - **CONTRARRAZÕES da PFN AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS**, trazendo em seu bojo as seguintes razões:

- a) Afirma que, “apesar de DA VINCI e Iara Galdino não terem apresentado impugnação, tendo sido julgadas à revelia, em nenhum momento se afastou a possibilidade de os demais responsáveis solidários impugnarem não apenas a sua sujeição passiva, mas também o próprio mérito do lançamento. Isso foi explicitamente demonstrado e fundamentado no voto que julgou a impugnação, em especial à fl. 16.192 dos presentes autos. Assim, durante todo o processo de lançamento a discussão do mérito foi oportunizada a todos os responsáveis solidários, ora recorrentes”;
- b) Diz que “as alegações acerca da motivação do ato de lançamento, permeadas de expressões denotadoras de apreciação subjetiva, revelam apenas a insatisfação da recorrente em relação ao resultado da análise probatória. Assim, os argumentos quanto à motivação devem ser objeto de exame de mérito. (...) Que os recorrentes não experimentaram qualquer prejuízo no que tange ao entendimento das infrações que lhes foram imputadas. Inversamente, revelaram ter compreendido as infrações que lhes foram imputadas, não tendo havido qualquer prejuízo para sua defesa, sobretudo quando se verifica o extenso conteúdo teórico apresentado nas páginas que compõem os recursos voluntários”;
- c) Afirma que “não deve ser acolhido argumento de que seria necessário aguardar o deslinde da ação penal ou, até mesmo, seguir-se a sorte da esfera judicial penal. Isso, porque, como sabemos, vigora em nosso país, como bem destacado pela DRJ, o princípio da independência das instâncias, de tal forma que uma absolvição na esfera penal em nenhuma situação indicará de forma peremptória a inexistência da hipótese de incidência tributária, já que se amparam em presunções, em provas e em elementos típicos totalmente diversos”;
- d) Afirma que “é imprescindível ter em mente que a acusação fiscal é de houve pagamento sem causa. Assim, ainda que houvesse a juntada de contratos e das notas fiscais, por exemplo, isso não seria suficiente para afastar a exação, pois são justamente esses os documentos que se espera sejam forjados em um esquema fraudulento. Para dirimir a questão, seria imprescindível verificar a ocorrência de efetiva obrigação a ser adimplida por meio dos referidos pagamentos”.

- e) Diz que “não tendo a DA VINCI respondido às informações e buscado esclarecer a origem dos pagamentos, em hipótese alguma seria o caso de suspender o julgamento da causa, já em estágio final, para que a SRFB reiniciasse, sem qualquer justificativa plausível, as tentativas frustradas durante toda a fase da instrução”;
- f) Ressalta “que não há nenhum vício na motivação que imputou a responsabilidade pessoal às pessoas físicas anteriormente enumeradas. A fiscalização descreveu as condutas praticadas por cada empresa envolvida no conluio e de cada um dos administradores, além de fundamentar individualizadamente as responsabilizações impostas. No presente caso, a responsabilidade tributária se deu sob duas óticas: as pessoas jurídicas foram enquadradas no art. 124, I, do CTN (responsabilidade solidária de fato) e as pessoas naturais no art. 135 do mesmo *codex*. Segundo o art. 124 do CTN, são responsáveis solidárias as pessoas expressamente designadas por lei e que possuem interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal”;
- g) Afirma que “diversa é a situação da responsabilidade que advém da prática de atos ilícitos (art. 135, CTN) ou da ocorrência de interesse comum (art. 124 CTN). Em tais casos, a responsabilidade decorre de prática de fatos que não compõem a hipótese de incidência tributária, ao contrário do que ocorre na retenção na fonte por substituição. Dessarte, não há qualquer relação de incompatibilidade entre a previsão de retenção na fonte, seja ela exclusiva ou por antecipação, e as hipóteses de responsabilização tributária previstas nos arts. 124 e 135 do CTN. É verdade que a incidência prevista no artigo 61 da Lei nº 8.981 transfere a responsabilidade de reter e recolher o tributo devido à fonte pagadora e ainda dispõe taxativamente que tal incidência é exclusiva na fonte e definitiva. Consequentemente, sob circunstâncias normais, não cabe exigir o tributo e eventuais acréscimos legais, do contribuinte de fato ou beneficiário do rendimento pago”;
- h) No presente lançamento, “a fonte pagadora é a DA VINCI, e somente ela figura inicialmente no pólo passivo em razão do seu papel como fonte pagadora. Ocorre que, além da hipótese do artigo 128, o CTN prevê outras situações em que outras pessoas, além do contribuinte, ou de eventual responsável excludente do artigo 128, possam ser chamadas a responder pelo crédito tributário. Algumas dessas hipóteses são de responsabilidade subsidiária, como as previstas no seu artigo 134. Outras são solidárias, de sorte que todos os sujeitos passivos, sem benefício de ordem, podem ser demandados a quitar o crédito tributário. Entre esses últimos casos, incluem-se as hipóteses do artigo 124 e do artigo 135”;
- i) Afirma que “os responsáveis solidários que ainda se insurgem contra a autuação apenas o fazem, praticamente, quanto à responsabilização solidária. Esse é um ponto diferencial deste feito em relação aos demais processos relacionados à Lava Jato e que possuem lançamento de IRRF, nos quais os responsáveis ainda tentam demonstrar alguma causa para os pagamentos supostamente ilícitos”;

- j) Diz que “o grupo possuía um sistema de contabilidade informal, já comprovado em sentença condenatória, chamado Sysmoney. Por meio desse sistema, a contadora Mirna Zanetti e Nelma Kodama controlavam as empresas de fachada, como DA VINCI. Vejamos à fl. 13.693”. (...) E que “a responsabilidade da Sra. Maria Dirce decorre do fato de ser administradora da PNGS PROSPER, que formava grupo econômico com DA VINCI e 4 RIOS PARTICIPAÇÕES. A PNGS PROSPER, como vimos acima, serviu aos designios ilícitos de Nelma Kodama. Maria Dirce, porém, não apenas cedeu o nome como laranja, como também fraudou declarações de IR, como é possível aferir da leitura do Relatório Fiscal (fl. 13.724)”;
- k) Aduz que “os recorrentes tentam desqualificar o trabalho probatório de forma veemente, mas não possuem a mesma veemência na apresentação de provas que comprovem a origem e a destinação dos repasses feitos mensalmente a Nelma Kodama. Se a 4 RIOS e seus sócios, ao invés de menosprezarem a prova dos autos, se dispusessem a comprovar a razão dos repasses e da confusão patrimonial com Nelma Kodama, a PGFN seria a primeira a, em nome da verdade real, solicitar que o contraditório fosse feito e fossem analisadas tais provas”. E que “mesmo tendo sido reintimada diversas vezes, a 4 RIOS não se dispôs a comprovar os destinatários ou as causas dos depósitos, mesmo quando novas provas foram obtidas em apreensões de mídias digitais (fl. 13.825). Ainda após terem sido obtidos documentos que comprovavam os pagamentos, a empresa se recusou a responder às indagações da SRFB”;
- l) Afirma que “buscando dificultar as investigações, a 4 RIOS tentou impedir o acesso da SRFB às suas movimentações bancárias e à movimentação da conta corrente na qual eram feitos envios de recursos por empresas de fachada em benefício de Alberto Youssef (fl.13.830). Na sequência, registra-se que mais uma vez Gustavo Kodama busca acobertar sua participação nos negócios escusos da doleira Nelma Kodama, retirando documentos do condomínio e impedindo que a fiscalização tivesse acesso aos instrumentos de cessão e transferência de direitos de unidades habitacionais, demonstrativos de recebimento de recursos, dentre outros”;
- m) Às fls. 3.985 dos autos – a PFN anexa cópia de conversações realizadas via e-mail, e afirma que “Liciane Kodama, por sua vez, sendo sócia administradora da (4) RIOS, praticou atos e omissões com infração à lei, cedendo a empresa para uso, benefício e participação da doleira Nelma Kodama, tudo de forma oculta. O uso da 4 RIOS no esquema fraudulento já foi detalhadamente demonstrado, motivo pelo qual não há que se alongar a peça nesse aspecto”. E que, incabível, portanto, limitar a responsabilidade de Gustavo Kodama ao período em que fora formalmente sócio da 4 RIOS, já que nunca deixou de ser administrador de fato”;
- n) Acerca do juro sobre a multa de ofício, aduz que “a multa tem natureza de obrigação principal, visto que incontestável o seu conteúdo pecuniário. O conceito de crédito tributário está esculpido no art. 139 do CTN, nos

seguintes termos: o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Desta forma, por ser a multa, indubitavelmente obrigação principal, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o crédito tributário engloba o tributo e a multa. Logo, tanto sobre o tributo (principal) quanto sobre a multa deve incidir juros, como determina o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional”;

- o) Ressalte-se que “há várias decisões firmadas em voto de qualidade que reconhecem direitos invocados por contribuintes, o que desconstrói, refuta, abomina, de imediato, falácia que nos dá conta de que votos de qualidade proferidos por conselheiros indicados pela Fazenda, necessariamente, decidem em favor do Fisco, prejudicando os contribuintes. Admitir-se que voto de qualidade seja um voto carimbado, marcado, viciado, tendente, é premissa que devasta todo um modelo de construção de decisão, como já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em processo emblemático”;
- p) Afirma que “na situação dos autos, onde o ajuste doloso entre TOV e Da Vinci resulta claro, com a corretora auxiliando a prática dos atos ilícitos, é possível afirmar que sem a conduta da corretora não teria sido possível modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a evitar o pagamento dos tributos devidos. Por conseguinte, é forçoso concluir que ambos possuem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, sendo que a responsabilidade tributária decorre do cometimento do ato ilícito, no momento da ocorrência do fato gerador. Não se trata de interesse econômico no resultado, mas de participação consciente e direta na fraude, o que justifica a aplicação da norma contida no art. 124, I, do CTN ao caso”.
- q) Requereu que seja negado provimento ao recurso voluntário, bem como que seja provido o recurso de ofício.

Às fls. 18851 dos autos – **Acórdão de nº 1401002.881 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**, que negou provimento aos Recursos Voluntários interpostos pelo Contribuinte e de Ofício. O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2013, 2014

**PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS/
PAGAMENTOS SEM CAUSA:**

Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração ao dispositivo legal detectado pela administração em exercício de regular ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente

EXIGÊNCIA CUMULADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PUNIÇÃO.

Não há que se falar em dupla punição na exigência de IRRF por pagamentos sem causa cumulado com multa de ofício, pois tributo não constitui sanção de ato ilícito.

COMPATIBILIDADE DA PRESUNÇÃO COM A RESPONSABILIZAÇÃO DE TERCEIROS.

As situações descritas no artigo 124 e no artigo 135 que podem levar à responsabilização solidária são distintas e ao mesmo tempo compatíveis com a hipótese do artigo 128 do mesmo CTN. Assim, nada impede que determinada pessoa física ou jurídica seja autuada como responsável em virtude de não ter cumprido seu dever de reter e recolher o tributo sobre o rendimento de que foi a fonte pagadora, e ao mesmo tempo outras pessoas físicas e jurídicas serem convocadas a responder como devedores solidários, se sua conduta ou condição permitir que sejam enquadradas em quaisquer das hipóteses previstas naqueles outros artigos.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. SÚMULA CARF N. 108.

No que se refere à alegação de ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício, basta observar o disposto nos artigos 113, 139 e 161 do CTN para se chegar à conclusão de que os juros moratórios não apenas incidem sobre o principal, mas também sobre a multa de ofício proporcional, já que ambos compõem o crédito tributário constituído. Aplicação da Súmula 108.

RESPONSABILIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA. COMPROVAÇÃO DO INTERESSE DE TERCEIRO E ATOS CONTRÁRIOS À LEI DOS ADMINISTRADORES E SÓCIOS DE FATO.

Segundo o art. 124, I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Ressalve-se que o art. 135 do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato do contribuinte.

Exclui-se do polo passivo a pessoa cujo interesse comum não restou comprovado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. CONFUSÃO PATRIMONIAL. Caracteriza a confusão patrimonial de esferas patrimoniais típica do interesse comum previsto no artigo 124, I, do CTN, com a conseqüente responsabilização solidária, beneficiar-se pela utilização da estrutura legal e dos resultados da empresa, apropriando-se do patrimônio por ela gerado ilegalmente. No caso dos autos resta demonstrado o interesse jurídico e econômico, bem como o nexo entre as partes.

CONDUTA DOLOSA. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a conduta dolosa do sujeito passivo, aplica-se a multa qualificada prevista na legislação de regência.

PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE.

É lícito ao Fisco Federal valer-se de informações colhidas por outras autoridades públicas para efeito de lançamento tributário, desde que estas guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O procedimento fiscal é inquisitório e, por isso, não se lhe aplica a ampla defesa e o contraditório. Incorre cerceamento do direito de defesa quando se assegura ao interessado o pleno conhecimento dos atos processuais.

ARGUIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

O CARF não é competente para afastar a aplicação de lei ou considerá-la inconstitucional. Aplicação da Súmula 2 do CARF.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL PARA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A Portaria RFB n. 2.284/2010, que define o procedimento de constituição do crédito tributário no caso de pluralidade de sujeitos passivos, nos termos da legislação pátria, tratando-se de atividade administrativa plenamente vinculada, nos termos do art. 142 do CTN.

SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA DE JUROS APÓS 360 DIAS

O art. 24 da Lei nº 11.457/2007 não prevê obrigações ou consequências específicas para um processo que tenha duração superior ao referido prazo, tratando-se de norma programática. A aplicação de juros decorre de expressa aplicação de lei.

SOBRESTAMENTO DO FEITO PARA AGUARDAR AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE

Salvo exceções, as decisões judiciais e administrativas são independentes no âmbito de suas respectivas esferas (civil, penal, administrativa, tributária, trabalhista etc.), até porque um mesmo fato pode consistir em ilícito tributário mas não penal, e vice-versa. Por sua vez, a eventual absolvição na esfera penal não acarreta necessariamente na improcedência do PAF. O processo administrativo fiscal é regido por princípios próprios, como o da oficialidade, que obriga a administração a impulsioná-lo até sua decisão final.

Cientificados do Acórdão de Recurso de Ofício e Voluntário, os responsáveis tributários abaixo relacionados apresentaram embargos de declaração:

Responsável Tributário	Ciência Acórdão	Data Embargos
NELMA MITSUE PENASSO	23/11/2018 (fls. 18.997)	27/11/2018 (fls. 18.967)

KODAMA,		a 18.968
MARIA DIRCE PENASSO	22/11/2018 (fls. 18.996)	27/11/2018 (fls. 18.994 a 18.995).
PNGS PROSPER PARTICIPAÇÕES EIRELI	22/11/2018 (fls. 19.999)	27/11/2018 (fls. 18.994 a 18.995).
4 RIOS PARTICIPAÇÕES EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÕES LTDA	24/11/2018 (fls. 19.145)	30/11/2018 (fls. 19.022 a 19.023)
GUSTAVO HENRIQUE PENASSO KODAMA	23/11/2018 (fls. 18.998)	30/11/2018 (fls. 19.085)
LICIANE PAES FREIRE PENASSO KODAMA	24/11/2018 (fls. 19.144)	30/11/2018 (fls. 19.085)

Às fls. 19.148 e seguintes constam o despacho de admissibilidade nos seguintes termos:

Conclusão

Por todo o exposto, entendo que as embargantes Maria Dirce Penasso, Nelma Mitsue Penasso Kodama e PNGS Prosper Participações Eireli não demonstraram a existência da alegada contradição analisada nos itens A.1 e A.2 acima, razão pela qual REJEITO os embargos de declaração em tela, nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Com relação aos embargantes Gustavo Henrique Penasso Kodama, Liciane Paes Freire Penasso Kodama e 4 Rios Participações Empreendimentos e Administrações Ltda. ADMITO PARCIALMENTE os embargos para sanar o vício apontado no item "B.1.3 Nulidade da Decisão de 1ª Instância por alteração dos fundamentos da acusação fiscal e omissão na análise dos argumentos da impugnação".

De acordo com o referido item "B.1.3" admitido, alegam os embargantes que:

B.1.3 Nulidade da Decisão de 1ª Instância por alteração dos fundamentos da acusação fiscal e omissão na análise dos argumentos da impugnação

Alegam as embargantes que a decisão embargada teria sido omissa na análise ao argumento mencionado no item IV.6 do recurso voluntário, no sentido de que a decisão proferida pela DRJ seria nula por alteração nos fundamentos da acusação fiscal. A omissão foi assim apontada:

"No tópico nº. IV.6 {"Críticas à decisão da DRJ quanto à manutenção da responsabilidade do Sr. Gustavo e da Sra. Liciane ") , os Embargantes alegaram a nulidade da decisão proferida pela DRJ, tendo em vista que ela alterou os fundamentos da acusação fiscal, conduta que extrapola a função daquele órgão de julgamento, além de afrontar o disposto no artigo 145 do CTN, que estabelece taxativamente as hipóteses de alteração do lançamento.

Na origem, a d. Autoridade Fiscal acusou os Embargantes de terem praticado "atos e omissões com infração de lei" que teriam permitido à "Sra. Nelma Kodama usar, beneficiar-se e participar ocultamente da empresa 4 Rios " (folha n.º.13.834 do eprocesso), responsabilizando-os, enfim, com fundamento na regra do artigo 135, inciso III, do CTN; a decisão de 1ª instância, por outro lado, manteve a responsabilidade dos Embargantes por considerar que ambos possuiriam interesse "nas atividades que deram origem aos fatos geradores dos tributos devidos pela autuada, confirme disposto no citado artigo 124, inciso I, do CTN - uma vez que participara efetivamente nas ações delituosas, beneficiando-se ainda das atividades ilícitas da empresa" (16.460 do eprocesso).

Nesse sentido, concluiu a DRJ que "[n]o caso dos autos, todo o conjunto probatório indica que os impugnantes eram efetivamente sócio de fato da contribuinte [Da Vinci]" (folha n.º. 16.461 do e-processo).

Ocorre que essa acusação que jamais foi formulada pela d. Autoridade Fiscal, pois os Embargantes não foram responsabilizados pelo crédito tributário com base no artigo 124, inciso I, do CTN, mas, sim, com base no artigo 135, inciso III, do mesmo diploma. Tampouco eles foram acusados de atuar como sócios de fato da Da Vinci."

De fato, no item iv.6 do recurso voluntário apresentado, as embargantes afirmaram que a decisão de primeira instância teria alterado a acusação fiscal, relativamente à atribuição de responsabilidade às pessoas físicas Gustavo e Liciane, fato este que ensejaria sua nulidade. Eis o que consta do referido recurso:

"No tópico intitulado "4 RIOS, PARTICIPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÕES LTDA e as pessoas física Gustavo Henrique Penasso Kodama e Liciane Paes Freire Penasso Kodama", o acórdão proferido pela DRJ se ateve aos argumentos apresentado pelos Recorrentes em sede de Impugnação.

Todavia, longe de enfrentá-los, a DRJ preferiu simplesmente **reproduzir na íntegra grande parte do Relatório de Fiscalização**. Não obstante, a referida decisão **alterou a acusação fiscal**, vez que manteve a responsabilidade imputada ao Sr. Gustavo e à Sra. Liciane sob o fundamento de que ambos possuiriam interesse "nas atividades que deram origem aos fatos geradores dos tributos devidos pela autuada, confirme disposto no citado artigo 124, inciso I, do CTN – uma vez que participara efetivamente nas ações delituosas, beneficiando-se ainda das atividades ilícitas da empresa" (página n.º. 37 do acórdão recorrido).

Seguindo essa linha de pensamento, o acórdão recorrido conclui que "[n]o caso dos autos, todo o conjunto probatório indica que os impugnantes eram efetivamente sócio de fato da contribuinte [Da Vinci]" (página n.º. 38 do acórdão recorrido). Ocorre que o Sr. Gustavo e a Sra. Liciane **não foram responsabilizados pelo crédito tributário com base no artigo 124, inciso I, do CTN, mas, sim, com base no artigo 135, inciso III, do mesmo diploma**. Ademais, a D. Autoridade Fiscal jamais acusou o Sr. Gustavo e a Sra. Liciane de serem sócios de fato da Da Vinci, mas, sim, de terem supostamente cedido a 4 Rios para uso e benefício da Sra. Nelma Kodama.

Assim, a decisão de 1ª instância, além de não expor as razões que justificariam a manutenção da acusação fiscal originalmente formulada pela D. Autoridade Fiscal e a rejeição dos argumentos apresentados em sede de Impugnação, **inovou indevidamente o lançamento** mediante a alteração de sua motivação e fundamentação."

Ao apreciar a questão relativa à atribuição da responsabilidade às embargantes, o acórdão embargado decidiu pela sua manutenção, entretanto, silenciou-se sobre a suposta nulidade da decisão de primeira instância por alteração da acusação fiscal. Assim, afim de que sejam analisados os argumentos do recurso voluntário apresentado pelas embargantes, os embargos devem ser admitidos.

Assim é que, nos termos do referido despacho de admissibilidade, esse é o limite para análise desta TO sobre os argumentos recursais.

Em tempo, no último mês de agosto os Recorrentes Solidários 4 Rios, Gustavo e Liciane Kodama apresentam petição (juntada aos autos em 21/09/2019) informando que a Procuradoria Regional da República apresentou manifestação pugnando pelo desprovisionamento do Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal naqueles autos, o que demonstra que, tanto a sentença, quanto o parecer, **reconheceram, uma vez mais, a inexistência de vinculação entre a Requerente e a Sra. Nelma Kodama** quanto aos ilícitos imputados a ela.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva - Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recursos são tempestivos e preencheram parcialmente os requisitos de admissibilidade, conforme o r. despacho de admissibilidade.

Inicialmente, no que se refere às petições apresentadas pelas solidárias às fls. 19176 a 19234, ressalto que as mesmas se referem a alegações de mérito a respeito da atribuição da responsabilidade aos recorrentes. Cumpre ressaltar que, além dos fatos por ele noticiados não serem novos nos autos e não vincularem este Conselho, entendo que fogem dos estreitos limites de análise recursal em sede de embargos.

Como acima relatado, alegam as Embargantes que a DRJ inovou nos fundamentos de acusação ao manter a responsabilização solidária dos Srs. Gustavo Henrique Penasso Kodama, Liciane Paes Freire Penasso Kodama.

Em síntese, aduz que a DRJ manteve a responsabilização com fundamentos relativos ao art. 124 do CTN quando, em verdade, a responsabilização foi com base no inc. III do art. 135 do CTN.

Nesse sentido é que este Relator, de fato, não enfrentou diretamente tal argumento recursal, razão pela qual tal omissão deve e será suprida no presente julgamento.

No mérito da alegação da embargante, no que se refere à suposta nulidade da decisão da DRJ entendo que o argumento não merece ser acolhido.

Ao contrário do quanto alegado, a DRJ não alterou os fundamentos da acusação e sequer manteve a responsabilização dos Srs. Gustavo Kodama e Liciane Kodama pelo art. 124

do CTN, ao contrário, a relatora da DRJ conclui o tópico do seu voto expressamente mantendo a responsabilização com base no art. 135 do CTN, senão vejamos:

Ressalve-se que o art. 135, III, do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato da empresa. Assim, ainda que o estatuto ou contrato social não confira poderes a um dos sócios para praticar atos de gerência, se este é o administrador de fato da pessoa jurídica, deve ser igualmente responsabilizado pela prática de atos ilícitos.

Ante o acima exposto, voto no sentido de confirmar a sujeição passiva solidária atribuída.

Cumprido reiterar que, no contexto fático, a empresa 4 Rios Participações foi incluída como responsável solidária por ser um dos instrumentos utilizados no esquema criminoso objeto da fiscalização, compondo o grupo econômico objeto do lançamento.

Por sua vez, os sócios de direito e de fato da 4 Rios Participações foram imputados como responsáveis solidários nos termos do inc. III do art. 135 do CTN por terem disponibilizado a referida empresa como instrumento de sonegação e lavagem de dinheiro, o que por certo se constitui como ato contrário ao contrato social e infração à lei, constituindo-se em claro abuso de direito na utilização da pessoa jurídica. Tal fato foi o fundamento da responsabilização, e isso restou claro tanto no TVF quanto no voto condutor da DRJ, senão vejamos trecho da DRJ:

Da mesma forma, devido a sócia administradora da 4 Rios Participações, Empreendimentos e Administrações Ltda, Liciane Paes Freire Penasso Kodama, ter praticado atos e omissões com infração de lei, cedendo a empresa para uso, benefício e participação da doleira Nelma Kodama, tudo de forma oculta, Liciane também deve responder solidariamente pelas débitos tributários da solidária da Da Vinci Confecções Ltda, a 4 Rios Participações, Empreendimentos e Administrações Ltda, nos termos art. 135, III, do CTN. Por sua vez, Nelma Kodama por ter praticado atos e omissões com infração de lei, fraude, desvio de finalidade e confusão patrimonial, mediante uso, benefício e participação de fato na 4 Rios Participações, tudo de forma oculta, deve responder solidariamente pelos débitos tributários da solidária da Da Vinci Confecções Ltda, a 4 Rios Participações.

Por sua vez, também restou comprovado que o Sr. Gustavo era sócio de fato da empresa, tendo atuado ativamente na administração e ocultação dos atos ilícitos, tendo, inclusive, destruído provas relativas às atividades da empresa.

A citação que a DRJ faz em seguida, quanto ao art. 124 do CTN é no âmbito da análise da conclusão a respeito da confusão patrimonial entre a Sra. Nelma Kodama e a 4 Rios Participações, e não para justificar a manutenção da responsabilização do Sr. Gustavo e Sra. Liciane.

E mesmo assim, se a DRJ entendesse que também seria caso da responsabilização pelo art. 124 do CTN, e enfrentasse isso como fundamento subsidiário, isso em nada tornaria nula a decisão vez que efetivamente enfrentou e justificou a manutenção da responsabilização pelo art. 135 do CTN, nos termos do lançamento.

Desta feita, não há como acolher a preliminar de nulidade da decisão da DRJ.

Assim é que, suprimindo a omissão, voto no sentido de par parcial provimento aos embargos, sem efeitos infringentes, devendo ser inserido na ementa da decisão embargada o seguinte trecho:

PRELIMINAR NULIDADE DECISÃO RECORRIDA. INOCORRÊNCIA.

A decisão da DRJ enfrentou satisfatoriamente todos os termos de impugnação, mantendo a responsabilização solidária nos termos do que dispõe o TVF e os autos de infração, inexistindo inovação em seus fundamentos.

Eventual fundamento complementar não inquina de nulidade a decisão recorrida caso o fundamento principal tenha sido apreciado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva