



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

Processo n° 11065.720668/2014-42
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.617 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de maio de 2017
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente CALÇADOS SANDRA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/11/2011

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. PODER DE INFLUÊNCIA. NULIDADE.

É parcialmente nula a decisão que deixa de apreciar as razões de defesa apresentadas pelos sujeitos passivos solidários, quando a peça impugnatória atendeu à liturgia estabelecida na legislação de regência. Neste caso, cumpre que se devolva o processo para que a autoridade *a quo* analise as razões apresentadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário para reconhecer a nulidade parcial da decisão da primeira instância, e determinar a devolução do processo para que a autoridade 'a quo' analise as razões de defesa dos sujeitos passivos solidários.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Dione Jesabel Wasilewski - Relatora.

EDITADO EM: 22/05/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, Jose Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado em face do Acórdão 14-56.517 da 10ª Turma da DRJ/RPO que negou provimento à impugnação apresentada pelo sujeito passivo ao auto de infração composto pelos seguintes créditos tributários:

- Debcad 51.058.854-9: Contribuição previdenciária da empresa e GILRAT incidente sobre a remuneração a empregados e contribuintes individuais, no valor de R\$ 3.516.710,16, consolidado em 25/02/2014 (fls. 803/826);
- Debcad 51.058.855-7: Contribuições destinadas a outras entidades e fundos, no valor de R\$ 881.190,15, consolidado em 25/02/2014 (fls. 827/845).

De acordo com o relatório fiscal (fls 849/868), a fiscalização teria constatado "que a fiscalizada constitui grupo econômico de fato e irregular, com a finalidade de sonegar contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico, por meio de duas "prestadoras de serviço". As empresas Indústria de Calçados Santa Cristina Ltda. -EPP e Indústria de Calçados Conceição Ltda. -EPP, embora constituídas regularmente, não eram, de fato sociedades independentes, mas empresas interpostas" (fls 849).

Assim, foram lançadas as contribuições previdenciárias patronal e as destinadas a outras entidades e fundos sobre a folha de pagamento das terceirizadas, sob o argumento de que os empregados registrados nestas efetivamente pertenciam à empresa fiscalizada - Calçados Sandra Ltda.

Essas conclusões seriam justificadas pelos seguintes elementos:

- As empresas Indústria de Calçados Santa Cristina Ltda. -EPP e Indústria de Calçados Conceição Ltda. -EPP seriam as maiores fornecedores de mão-de-obra da recorrente, respondendo por 30% desta (fls 850);
- Ambas as empresas foram constituídas em endereços onde funcionavam filiais da Calçados Sandra Ltda., filiais estas que encerraram suas atividades poucos meses depois da constituição das prestadoras de serviços (fls 850 e 853);
- Os imóveis em que atuam as prestadoras de serviço foram alugados da Calçados Sandra sem registro em cartório ou garantias em contratos, com valores de aluguéis abaixo daqueles praticados pelo mercado (fls 850);

-
- Os contratos de aluguel foram firmados apenas um ano e meio após o início da utilização dos imóveis (fls 854) e, em quatro anos de contrato, não houve reajuste no seu valor (fls 854);
 - Houve também aluguel de equipamentos em contratos com as mesmas características dos relativos aos imóveis (fls 855);
 - Nos anos de 2010 e 2011 a empresa Calçados Cristina não possuía nenhum valor de ativo imobilizado próprio e, em 2010, a Calçados Conceição registrava um valor irrisório (fls 855);
 - Os sócios das três empresas são ligados por laços familiares (fls 850 e 852/853);
 - As três empresas possuem a mesma atividade econômica e o mesmo Código Nacional de Atividade Econômica - CNAE (fls 851/852);
 - Não havia instrumento escrito de contrato de prestação de serviços (fls 856);
 - Considerando-se o número de trabalhadores constantes das GFIP das três empresas ocorre a redução do número de empregados da Calçados Sandra em proporção muito semelhante ao aumento do número de empregados nas outras duas empresas, o que sugere a transferência dos empregados (fls 856/859);
 - A análise da GFIP de abril de 2006 da Calçados Conceição revela que 113 dos 119 funcionários figuravam na GFIP da filial 3 da Calçados Sandra (fls 857);
 - O mesmo ocorre com a Calçados Santa Cristina, conforme tabela a fls. 858;
 - O contador das empresas e o computador utilizado para transmitir declarações e demonstrativos são os mesmos (fls 859);
 - Existe dependência econômica entre as empresas já que as receitas brutas das terceirizadas estão compostas quase que exclusivamente por serviços prestados à Calçados Sandra. Nos anos de 2010 e 2011, o percentual foi de 94% e 99% para a Santa Cristina e 95% e 70% para a Conceição (fls 860);
 - Haveria divergência nas entradas e saídas na industrialização por encomenda registrada pela Calçados Sandra, uma vez que as remessas seriam bastante superior aos retornos. Para o período considerado, as remessas para a Santa Cristina totalizariam R\$ 5.584.221,83 e o retorno seria de R\$ 2.929.666,15, enquanto que para a Calçados Conceição esses valores seriam de respectivamente R\$ 4.881.729,79 e R\$ 2.159.022,36. A empresa fiscalizada teria justificado essa divergência como um erro, mas a fiscalização entende que "tal

ocorrência em verdade advém da falta de rigor nas formalizações das operações entre a fiscalizada e suas "filhotes", o que demonstra mais uma vez que as empresas, embora constituídas como se independentes fossem, nada mais são que uma única pessoa jurídica" (fls 862);

- A Calçados Sandra não teria qualquer funcionário administrativo até abril de 2009 e, a partir desse período, compartilhou um funcionário técnico em segurança do trabalho com a Calçados Sandra. Somente a partir de março de 2010 teria um funcionário administrativo que também era ex-empregado da Calçados Sandra. Isso reforçaria a tese de que a Santa Cristina nada mais é do que a terceirização dos serviços da própria área produtiva da Sandra (fls 863);
- A Calçados Conceição, por sua vez, teria um trabalhador administrativo desde 2006, também ex-funcionário da Calçados Sandra (fls 863/864);

Com base nesses elementos, conclui a fiscalização que (fls 864/866):

Assim, tendo em vista todos os fatos narrados e exaustivamente documentados no presente Relatório, é mister afirmar que a sociedade Calçados Sandra Ltda constituiu grupo econômico de fato e irregular, por meio do qual explorou a mão-de-obra registrada em duas empresas interpostas optantes pelo Simples, Indústria de Calçados Conceição Ltda e Indústria de Calçados Santa Cristina Ltda. O risco da atividade econômica assumido por estas duas sociedades se deu de forma artificial e com o objetivo de criar uma situação jurídica com vistas à dissimulação dos fatos geradores de contribuições previdenciárias patronais. Uma vez estando os empregados registrados nessas duas "prestadoras de serviço", a fiscalizada usufruiu, irregularmente, do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, SIMPLES NACIONAL. A pessoa jurídica fiscalizada lançou mão de planejamento tributário fraudulento, por meio do qual SONEGOU contribuições sociais nos dois anos-calendário considerados.

O princípio da primazia da realidade sobre a forma diz que nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática à incorretamente formalizada. A essência do ato jurídico é o fato e não a forma. As sociedades Indústria de Calçados Conceição e Indústria de Calçados Santa Cristina não passavam de empresas interpostas utilizadas pela fiscalizada para contratar empregados com redução de encargos sociais. Com fundamento nesse princípio, e no disposto nos artigos 9º e 44 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, transcritos a seguir, foram caracterizados como da fiscalizada os segurados registrados na Conceição e Santa Cristina.

"Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(...)

Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha

às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Aduzimos, ainda, que o entendimento jurisprudencial sobre o tema foi pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio do Enunciando n.º 331.

“N.º 331 Contratação de prestação de serviços. Legalidade.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/74).”

Assim, com base no Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, artigo 142, procedemos ao lançamento das contribuições previdenciárias patronais de que tratam os incisos I, II e III, artigo 22, da Lei 8.212/91, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

Também considerou a fiscalização que os sócios-administradores agirem com violação da lei, o que implicaria sua responsabilidade solidária com base nos arts. 124, I, e 135, III, do Código Tributário Nacional - CTN (fls 866).

Pelos mesmos motivos, foi aplicada a multa de 150% prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, e arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (fls 867).

Tendo a empresa interessada e os seus sócios apresentado em conjunto impugnação à autuação (fls 889/937), sua irresignação deu ensejo ao Acórdão 14-56.517 da 10ª Turma da DRJ/RPO (fls 996/1015), com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/11/2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. VINCULAÇÃO DEPENDENTE DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA.

As decisões judiciais e administrativas somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF

O Mandado de Procedimento Fiscal não constitui requisito de validade do lançamento, pois é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos de auditoria fiscal.

NULIDADE. LANÇAMENTO. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO CONSISTENTES. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

O lançamento devidamente motivado e fundamentado em elementos fáticos e em dispositivos legais vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores afasta a alegação de nulidade com base nesses fatores.

ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL EM DIVERSAS EMPRESAS. PROPÓSITO NÃO NEGOCIAL E AUSÊNCIA DE AUTONOMIA. RECONSIDERAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. VINCULAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA À EMPRESA BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS.

A organização empresarial de um conjunto de atividades sujeito a um controle comum na forma de empresas distintas deve corresponder à realidade econômica e ter propósito eminentemente comercial, sob pena de serem reconsideradas as relações jurídicas subjacentes e vinculada a mão-de-obra à empresa efetivamente beneficiária dos serviços sempre que identificados a falta de autonomia entre as empresas e o objetivo principal de redução de tributos que, conjugados, propiciem a determinação artificial das bases de cálculo desses tributos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

Ausente defesa apresentada em nome da pessoa física dos sócios, não cabe, em sede de julgamento, apreciar oposição à imputação de responsabilidade solidária, na medida em que a pessoa jurídica não detém legitimidade e nem interesse para tanto.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. APLICAÇÃO.

Aplica-se a multa qualificada correspondente à duplicação do percentual da multa de ofício quando verificada a ocorrência de conduta dolosa caracterizada como sonegação, fraude ou conluio.

Dessa decisão foi dada ciência à empresa interessada (AR à fl 1041) e aos responsáveis solidários (AR a fls 1042/1045) em 19/03/2015.

O recurso voluntário conjunto entre Calçados Sandra Ltda. e os sócios arrolados como responsáveis solidários foi protocolado em 16/04/2015 (fls 1053/1133), tempestivamente, portanto, apresentando as razões de recorrer que são resumidas a seguir:

- A utilização dos serviços de ateliês de calçados é fato absolutamente comum, corriqueiro e necessário na atividade de fabricação de calçados, com o fim de obter benefícios fiscais, notadamente o creditamento de PIS e Cofins em relação à mão-de-obra prestada por estas empresas;

- A necessidade dos ateliês dá-se também pelos seguintes motivos: falta de mão-de-obra no local da empresa; dificuldade em locomover pessoal; experiência e especialização dos ateliês; falta de espaço físico na empresa para confecção de toda linha de produção; inexistência de maquinário específico; menor custo pela disponibilidade de mão-de-obra especializada;

- As empresas Calçados Santa Cristina Ltda. e Indústria de Calçados Conceição Ltda. são apenas duas entre dezenas de ateliês que prestam serviços para a interessada e fornecem apenas 28% da mão-de-obra terceirizada;

- O lançamento foi baseado apenas em indícios sem a indicação da base legal para suportar o lançamento;

-
- Houve cerceamento do direito de defesa pela falta de capitulação legal das infrações, infringindo cláusula pétrea da Constituição;
 - Todos os ramos econômicos praticam o que a auditoria batizou de "grupo econômico", bastando citar o mais conhecido que são montadoras de automóveis;
 - O julgamento pela DRJ não respeitou o princípio da impessoalidade, pois está composta unicamente por Auditores-Fiscais, em que o corporativismo só admite o cancelamento do auto de infração em alguns casos;
 - Houve descontinuidade no MPF, pois foi prorrogado após o esgotamento do prazo originalmente fixado;
 - Neste caso houve uma nova fiscalização, o que exigiria autorização específica;
 - A inexistência dessa autorização torna nulo o auto de infração;
 - As decisões jurisprudenciais devem ser utilizadas nos julgamentos a teor dos arts. 62 e 62-A do Regimento Interno do CARF;
 - O auto de infração está baseado em indícios e não há capitulação legal específica para as infrações imputadas, o que o torna nulo por ofensa ao direito ao contraditório e à ampla-defesa;
 - Houve apresentação de impugnação pelos sócios, sendo descabida a alegação de preclusão;
 - Não houve capitulação legal e a Lei nº 4.502, de 1964, foi revogada pela Lei nº 4.729, de 1965, esta também revogada pelo art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990;
 - A multa de 150% tem caráter confiscatório, por isso deve ser reduzida para 100%;
 - Quanto ao indício - mesma atividade econômica: para um ateliê de calçados, a atividade só poderia ser a calçadista;
 - Não há impedimento legal a que pessoas que possuem parentesco abram empresas diferentes;
 - O aluguel dos imóveis onde antes funcionavam as filiais da Calçados Sandra Ltda. só evidencia que foi uma opção mercadológica;
 - O próprio processo administrativo reconhece que os alugueres foram pagos;
 - A alegação de que os valores do aluguéis estava abaixo do valor locativo não está acompanhada de nenhuma prova nesse sentido;
 - A Calçados Sandra Ltda. aluga máquinas para vários outros ateliês;
 - É normal no ramo calçadista a falta de contrato de prestação de serviços;

- Também é normal dentro da opção efetuada que se mantivessem os empregados e a infra-estrutura local;
- O indício relativo ao mesmo computador e contador é uma tentativa da auditoria de legislar;
- É natural que o principal cliente das empresas criadas seja a Calçados Sandra pois as microempresas não suportam grandes demandas;
- Em relação ao indício de divergência nas entradas e saídas, afirma que, na remessa para os ateliês, são enviadas diversas peças para costura, e também a linha, cola, contraforte e fita de retorno, e quando da devolução estes últimos itens não mais existem, pois foram incorporados à gáspea pronta e ao traseiro pronto, o que justificaria a diferença apontada;
- Não havia necessidade de funcionários administrativos, dado o tamanho da empresa;
- O fisco está tentando dar autoaplicação ao parágrafo único do art. 116 do CTN, norma antielisiva;
- A Nike terceiriza toda sua produção;
- Transcreve jurisprudência acerca da desconsideração de negócios jurídicos (neste caso, abro um parênteses para registrar que o contribuinte esqueceu de informar que o que transcreve foi a declaração de voto de conselheiro que foi vencido, por isso, embora seja um voto muito bem redigido, não pode ser tratado como jurisprudência administrativa, já que não reflete a decisão tomada pelo colegiado na ocasião) e da formação de grupos econômicos;
- Em relação à responsabilidade solidária, transcreve doutrina e jurisprudência acerca da insuficiência da caracterização de grupo econômico para ensejar a responsabilidade de que trata o art. 124, I, do CTN, o que afastaria responsabilidade de Calçados Sandra Ltda.;

Com base no que foi acima sumariamente relatado, a recorrente formula o pedido nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, requer-se sejam acolhidas as preliminares determinando a nulidade absoluta dos autos de infração, notadamente, por descontinuidade do MPF, da falta de prorrogação e da ordem escrita para fiscalizar o mesmo exercício, por falta de capitulação legal da infração cometida para o lançamento, bem como da falta de capitulação legal do suposto crime cometido.

Que seja reconhecido que a legislação apontada para o suposto crime não se aplica ao presente caso e que, além disso, está revogada;

-Caso não seja este o entendimento desta Corte, que seja declarada a preclusão do fisco para a atribuição de responsabilidade solidária dos sócios, haja vista que a contestação apresentada em relação a eles não foi questionada na decisão da DRJ, razão pela qual devem ser excluídos da sujeição passiva e do processo de representação fiscal para fins penais.

Alternativamente, caso não seja este o entendimento que, seja reduzida a multa por infração qualificada de 150%, para multa de ofício comum, em 75%.

- Ainda caso os autos não sejam cancelados, o que se admite apenas com fins didáticos, que a multa qualificada de 150% seja reduzida para 100%, para não configurar confisco, e com isto o nome dos sócios sejam novamente excluídos da sujeita passiva e do processo de representação fiscal para fins penais.

- Ainda, que tudo isto não for acolhido, que os autos de infração sejam cancelados pelo reconhecimento da inexistência de formação de grupo econômico com vistas a redução da carga tributária.

Por fim, dignem-se Vossas Senhorias receber o presente Recurso Voluntário para julgá-lo totalmente procedente, determinando o arquivamento do processo de auto de infração.

É o que havia para ser relatado.

Voto

Conselheira Dione Jesabel Wasilewski - Relatora

O recurso apresentado preenche os requisitos de admissibilidade e dele conheço.

Preliminar

Nulidade parcial da decisão *a quo*

Como ficou evidenciado no relatório, os sócios da empresa Calçados Sandra Ltda. foram arrolados como sujeitos passivos solidários com base nos arts. 124, I e 135, III, do CTN.

Quanto à solidariedade dos sócios, o Acórdão 14-56.517 da 10ª Turma da DRJ/RPO afirma o que a seguir se transcreve (fls 1013):

Conforme documentos de fls. 884/886 e 988/990, os sócios-administradores foram cientificados do autos de infração formalizados e, em especial, dos Termos de Sujeição Solidária Passiva que o integram (fls. 872/880). Apesar de tal fato, não apresentaram, por conta própria ou mediante representante legal seu, impugnação ao lançamento.

A única impugnação que consta do processo (fls 889/938) foi elaborada em nome da pessoa jurídica Sandra Calçados Ltda, representada pelo Sr Marcos Alberto Linden (OAB/RS 35.368) e pela Sra. Maria Terezinha Weiland Linden (OAB/RS 80.340), procuradores da empresa legalmente constituídos conforme contrato Social de fls. 947/957, datado de 25/02/2013 e Procurações de fls 940/945.

Dos fatos acima expostos decorre que precluiu administrativamente o direito dos sócios-administradores apresentarem defesa a seu favor, considerando que os arts 15 e 21 do Decreto nº 70.235/72 impõem que a impugnação ao lançamento deve ser apresentada no prazo de 30 dias a contar da ciência, sob pena de ser declarada a revelia.

A revelia é caracterizada pela ausência de contraditório e tem como efeito não apenas impedir o exercício da função jurisdicional administrativa, mas também permitir a presunção de serem verdadeiros os fatos não contestados.

É certo que, no presente caso, já que a pessoa jurídica apresentou tempestivamente recurso administrativo contestando o lançamento, a eventual exoneração do crédito tributário aproveitaria também ao sócio tido como responsável solidário pela dívida.

Porém, a imputação de solidariedade é assunto de interesse específico do sócio, que só pode ser argüida pelo próprio ou por representante legalmente constituído. Assim, na ausência de impugnação tempestiva, consolida-se administrativamente a responsabilidade atribuída aos sócios-administradores.

Ressalte-se que o fato de a empresa, em sua impugnação, ter apresentado argumentos de defesa objetivando descaracterizar a responsabilidade solidária não altera as conclusões acima, já que aquela não é pessoa legítima para pleitear em nome do sócio .

(..)

Considerando a falta de legitimidade da pessoa jurídica, não serão apreciadas, neste voto, as alegações por ela apresentadas, com vistas a afastar a inclusão dos sócios-administradores no pólo passivo do lançamento que é objeto do presente. Por outro lado, considerando que os próprios sócios-administradores também não exerceram o seu direito de defesa, resta consolidada, na esfera administrativa, a imputação de solidariedade.

Na ementa desse Acórdão ficou consignado que:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

Ausente defesa apresentada em nome da pessoa física dos sócios, não cabe, em sede de julgamento, apreciar oposição à imputação de responsabilidade solidária, na medida em que a pessoa jurídica não detém legitimidade e nem interesse para tanto.

Ocorre que a impugnação (fls 889) se inicia nos seguintes termos:

CALÇADOS SANDRA LTDA., devidamente qualificada nos autos do processo acima identificado, (...), bem como CARLOS LUIZ SCHMITT, EGON CLÁUDIA SCHMITT, PAULO ROGÉRIO SCHMITT E PAULO FERNANDO DORR arrolados

como devedores solidários vem, por meio de seus procuradores signatários, procurações e contrato social em anexo, apresentar

IMPUGNAÇÃO INTEGRAL

aos AUTOS DE INFRAÇÃO de Contribuições Previdenciárias Patronais e Contribuições destinadas às outras Entidades e Fundos, cuja ciência deu-se na data de 19/03/2014, requerendo:

O item 4.2 da Impugnação, a fls 929, trata especificamente da responsabilidade atribuída aos sócios, sendo concluído com a seguinte afirmação, que evidencia o efetivo exercício do direito de defesa desses sujeitos passivos:

Por esta razão não pode subsistir a pretensão de responsabilidade solidária aos sócios (da época) arrolados, e nem a responsabilidade pessoal.

A fls 941/944, estão juntadas as procurações conferidas pelos sujeitos passivos solidários ao signatário da peça impugnatória. Estas procurações foram conferidas em nome pessoal, e não como representantes da Calçados Sandra Ltda., e se destinam à defesa junto à Receita Federal "especialmente Processo Administrativo Fiscal Nº 11065.720.668/2014-42 e Nº 11065.720.646/2014-82".

Portanto, a realidade espelhada nos autos do processo destoa drasticamente daquela utilizada pela decisão de piso para deixar de analisar os argumentos de defesa apresentados pelos sujeitos passivos solidários.

No Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o regime das nulidades está disciplinada nos seguintes artigos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. [\(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993\)](#)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Desses dispositivos, destaco inicialmente o art. 59, I, pelo qual são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa.

A ampla defesa é um desdobramento do contraditório e este era tradicionalmente compreendido como constituído pelos elementos informação e possibilidade de reação. Contudo, na dogmática atual, esses elementos são vistos apenas como expressão formal desse princípio, insuficientes para lhe dar efetiva aplicabilidade, o que torna necessária a agregação de um novo elemento, este de caráter substancial. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

Percebeu-se muito por influência dos estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio "informação + possibilidade de reação" garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que ele seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação do seu convencimento. A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação da sua decisão, porque em caso contrário o contraditório seria mais um princípio "para inglês ver", sem grande significação prática. O "poder de influência" passa a ser portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação.

(Manual de direito processual civil - Volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves - 9. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 177).

O poder de influência não é efetivado se as alegações apresentadas pelo cidadão respeitando a liturgia do processo não são analisadas. Nesse caso, há ofensa ao princípio do contraditório e a um dos seus desdobramentos, o princípio da ampla defesa.

Por isso, embora em seu pedido a recorrente tenha solicitado que "seja declarada a preclusão do fisco para a atribuição de responsabilidade solidária dos sócios, haja vista que a contestação apresentada em relação a eles não foi questionada na decisão da DRJ, razão pela qual devem ser excluídos da sujeição passiva e do processo de representação fiscal para fins penais", entendo que se trata de nulidade parcial da decisão de piso a ser reconhecida de ofício, ensejando a devolução do processo em questão para que a autoridade *a quo* analise as razões de defesa dos sujeitos passivos solidários (art. 59, § 2º do Decreto nº 70.235, de 1972).

Dessa nova decisão a ser proferida deve ser dada ciência ao contribuinte para apresentação de novo recurso voluntário.

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer o recurso voluntário apresentado para, em sede preliminar, reconhecer a nulidade parcial da decisão de primeira instância e determinar a devolução do processo para que a autoridade *a quo* analise as razões de defesa dos sujeitos passivos solidários.

Processo nº 11065.720668/2014-42
Acórdão n.º **2201-003.617**

S2-C2T1
Fl. 1.162

(assinado digitalmente)

Dione Jesabel Wasilewski - Relatora