



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo n°** 10830.721743/2011-69  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão n°** 3402-007.990 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 27 de janeiro de 2021  
**Recorrente** SMALL DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETROLEO LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

OMISSÃO DO JULGAMENTO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo, por preterição do direito de defesa, o Acórdão referente ao julgamento de primeira instância que deixa de se manifestar sobre argumento autônomo trazido pelo sujeito passivo (art. 59, II, Decreto n.º 70.235/72).

REFERÊNCIA AO FUNDAMENTO EQUIVOCADO. NULIDADE.

É nula a decisão que traz o fundamento equivocado da autuação, sendo que o correto enquadramento pode influir no julgamento do litígio (art. 60, Decreto n.º 70.235/72)

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade do Acórdão da DRJ exarado no presente processo, afetando as peças processuais que lhe sucederam.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Carlos Alberto da Silva Esteves (suplente convocado) Cynthia Elena de Campos, Sílvio Rennan do Nascimento Almeida, Renata da Silveira Bilhim e Thais De Laurentiis Galkowicz. Ausente o Conselheiro Pedro Sousa Bispo, sendo substituído pelo Conselheiro Paulo Regis Venter (suplente convocado).

## Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado para a cobrança de multa por omissão na prestação de informações, inclusive no DACON, no período de janeiro a dezembro/2006, conforme identificado no Termo de Verificação Fiscal:

a) Infração 01 - Falta, omissão ou prestação de informação inexata ou incompleta.

6. O contribuinte, apesar de intimado e reintimado para tanto, **deixou de apresentar ou de informar por escrito o motivo de não o fazer, ou o fez de modo inexato ou incompleto, a documentação relativa aos custos, despesas e encargos computados pelo sujeito passivo para fins de cálculo dos créditos da não cumulatividade**, conforme consta da Reintimação, de 16/03/2011, referente ao período janeiro a dezembro de 2006, a saber:

- Falta ou omissão na prestação de informação: O sujeito passivo **deixou de apresentar a totalidade dos documentos comprobatórios de despesas de aluguéis de imóveis locados de pessoas jurídicas e de despesas de aluguéis de máquinas e equipamentos locados de pessoas jurídicas**, tais como, por exemplo, contratos, recibos, Notas Fiscais, comprovação da finalidade, demonstrativos de rateio, etc. Nenhum elemento comprobatório a esse título foi apresentado ou teve alguma informação ou esclarecimento acerca do motivo da não apresentação;

- Prestação de informação inexata ou incompleta: A documentação Fiscal comprobatória relativa aos créditos da não cumulatividade foi apresentada com inexatidão ou incompleta, gerando grandes divergências no batimento entre os valores apurados pela empresa, **os documentos comprobatórios efetivamente apresentados e os valores apurados pelo Fisco, através do aplicativo de Auditoria CONTAGIL, conforme quadro demonstrativo abaixo, relativo aos valores dos bens para revenda com créditos de PIS e COFINS a descontar (...)**

- Com relação à forma e o conteúdo dos esclarecimentos que deveriam ter sido prestados por escrito, seguem abaixo, Observações importantes, que constam do Termo de Reintimação, emitido em 16/03/2011, e que não foram observadas pelo sujeito passivo, isto é, o contribuinte não informou, esclareceu ou justificou, por escrito, o motivo da não apresentação ou da apresentação inexata ou incompleta dos elementos supra citados, conforme transcrição abaixo do referido Termo de Reintimação:

- Em razão da implementação do processo digital no âmbito da Receita Federal, TODOS os documentos ora solicitados sob reintimação deverão ser apresentados em **arquivos digitais, devidamente autenticados e com os relatórios gerados pelo SVA - Sistema de Autenticação de Arquivos Digitais, em duas vias e sob assinatura dos responsáveis. O aplicativo SVA está disponível na página <http://www.receita.fazenda.gov.br/previdencia/ArquivosDigitais/default.hX.vn>** (...)

- A inexistência dos documentos acima enumerados relativamente a quaisquer dos períodos de apuração ali compreendidos, ou ainda a eventual negativa na apresentação de algum dos itens acima listados deve ser informada em papel timbrado da empresa, datado e assinado pelo seu representante legal;

(...)

b) Infração 02 - Omissão ou Prestação de Informação Inexata ou Incompleta no DACON

**8. Analisando a documentação apresentada, constante dos Termos, Intimações e Reintimação, constatou-se que o sujeito passivo apresentou o DACON - Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais, relativo ao PIS e à COFINS, forma de apuração mensal, em desacordo com as instruções vigentes para o seu correto preenchimento e apuração das contribuições.** As instruções para o preenchimento constam no item "Ajuda" do referido programa, desde a época dos fatos, não se justificando o procedimento utilizado pelo contribuinte, frontalmente contrário às normas e orientações vigentes. O programa gerador está disponível no endereço eletrônico <http://www.receita.fazenda.gov.br/Download/ProgramasPJ.htm#Dacon>

9. Em conformidade com as informações e os valores apurados nos Termos de Verificação Fiscal anexos, relativos às obrigações principais, os campos omissos e/ou com informações inexatas/incompletas são os constantes dos quadros abaixo, que foram elaborados com base nos Anexos I (PIS Infrações DACON) e II (COFINS infrações DACON) do presente Termo (...)

19. Do acima exposto, fica demonstrado que houve descumprimento de obrigação acessória pelo contribuinte, a saber:

• **Infração 1 - Falta, omissão ou prestação de informações inexatas ou incompletas, relativas ao PIS e COFINS, nos períodos de apuração de Janeiro a Dezembro de 2006;**

• **Infração 2 - Omissão e prestação de informações inexatas ou incompletas no DACON - Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais, relativas ao PIS e COFINS, nos períodos de apuração de Janeiro a Dezembro de 2006.**

20. ENQUADRAMENTO LEGAL - Segue conforme abaixo:

• Infração 1 - Art. 16 da Lei nº 9.779/99 e art. 57, inciso II, da Medida Provisória nº 2.158-33/01 e reedições, bem como a legislação citada nos demais relatórios do Auto de Infração;

• Infração 2 - Art. 7º, inciso IV, da Lei nº 10.426/2002, com a redação dada pelo art. 19 da Lei nº 11.051/2004 a partir de 30/12/2004, bem como a legislação citada nos demais relatórios do Auto de Infração;

• Legislação subsidiária: Artigo 9 da Lei 9.715/1.998; Artigo 93 do Decreto 4.524/2.002; Artigo 53, inciso I do Decreto 6.306/2007, e demais alterações posteriores relativas aos dispositivos citados. (e-fls. 25/33 - grifei)

Inconformada, a empresa apresentou Impugnação Administrativa, julgada improcedente pelo acórdão da DRJ assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006

MULTA REGULAMENTAR. APLICAÇÃO. FALTA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

A prestação de informações no interesse da fiscalização durante procedimento de auditoria insere-se entre as obrigações acessórias cujo descumprimento implica a imposição de multa regulamentar estabelecida na legislação.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INSTAURAÇÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

O litígio administrativo se instaura com a apresentação de impugnação tempestiva. As matérias que não tenham sido especificamente, consideram-se definitivamente constituídas na esfera administrativa.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido (e-fl. 905)

Intimado desta decisão em 24/05/2012 (e-fl. 927), a empresa apresentou Recurso Voluntário em 25/06/2012 por via postal (e-fls. 929/944), reiterando suas alegações trazidas em sede de Impugnação sustentando, em síntese:

(i) a nulidade do Auto de Infração em razão:

(i.1) da aplicação da teoria da absorção, vez que as faltas na documentação já ensejaram a lavratura de autos de infração segregados relacionados ao mesmo MPF referentes aos tributos devidos;

(i.2) no curso da ação fiscal o sujeito passivo recebeu o resultado de consulta referente a aquisição de combustível de outra distribuidora de combustíveis, sendo que não caberia exigir multa por erro no preenchimento do DACON quanto a esses fatos. Salaria que o estabelecimento não foi devidamente cientificado da solução de consulta em agosto de 2010, vez que enviado para o estabelecimento localizado em Paulínea. Sustenta a omissão da r. decisão recorrida quanto ao argumento da impossibilidade de retificação do DACON no curso da ação fiscal. A consulta protocolada no processo 10835.000136/2007-35 foi respondida no curso da ação fiscal, iniciada em setembro de 2009, sendo que em 17/09/2010 que o contribuinte tomou conhecimento da solução de consulta pelo auditor, sendo que não poderia retificar seu DACON em 30 dias após a ciência vez que estava sob ação fiscal;

(i.3) a impossibilidade da fiscalização desconsiderar créditos dos anos anteriores de 2005 e a utilização de aplicativo pela fiscalização impede que seja verificada a razão para a glosa dos créditos de PIS e COFINS;

(ii) no mérito, sustenta que a multa por falta, omissão ou prestação de informação inexata referente a infração 1 somente é aplicada no caso de falta, omissão ou prestação de informação inexata em declaração, e não à fiscalização em cumprimento do MPF, sendo inaplicável no presente caso o art. 57, II, da Medida Provisória 2.158-33/01 c/c art. 16 da Lei n. 9.779/99.

Em seguida, os autos foram direcionados a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo, vez que ocorrida a intimação da r. decisão recorrida em 24/05/2012 (quinta-feira), o prazo de 30 (trinta) dias para a interposição do Recurso

Voluntário encerrou-se em 23/06/2012 (sábado), prorrogando-se para o primeiro dia útil seguinte, 25/06/2012 (segunda-feira). Com isso, o Recurso cabe ser conhecido, adentrando em suas razões.

Como relatado e como se depreende do Auto de Infração, a presente autuação se refere ao descumprimento de obrigações acessórias no período de janeiro/2006 a dezembro/2006. A fiscalização identifica duas infrações cometidas pelo sujeito passivo, com seus correspondentes fundamentos legais:

- **Infração 1** - Deixar de apresentar à fiscalização no curso da ação fiscal a documentação em formato próprio (arquivos digitais) relacionadas aos custos, despesas e encargos computados pelo sujeito passivo para fins de cálculo dos créditos da não cumulatividade do PIS e da COFINS. Fundamentada no art. 16 da Lei n.º 9.779/99 e art. 57, II, da Medida Provisória n.º 2.158-33/01 e reedições, exige-se o recolhimento de multa de R\$ 5.000,00 por competência, para os dois tributos envolvidos na ação fiscal (exigências segregadas referentes ao PIS – R\$ 60.000,00 e à COFINS – R\$ 60.000,00).
- **Infração 2** - Deixar de apresentar e apresentar informações incorretas em DACON. As informações que deixaram de ser apresentadas foram identificadas nas e-fls. 35/38, juntamente com aquelas consideradas incorretas em conformidade com os termos de ação fiscal lavrados para os Autos de Infração para exigência da obrigação principal. Fundamentada no art. 7º, inciso IV, da Lei n.º 10.426/2002, exige-se multa cuja soma alcança o montante de R\$ 80,00 por competência para cada tributo envolvido na ação fiscal (PIS – R\$ 960,00 e COFINS – R\$ 960,00), conforme quadro da e-fl. 28.

Identificado o objeto do Auto de Infração, observa-se preliminarmente que cabe ser reconhecida a nulidade da r. decisão recorrida, nos seguintes termos.

Preliminarmente, o sujeito passivo sustenta a nulidade da r. decisão recorrida por ter se omitido na apreciação do argumento da impossibilidade de retificação do DACON no curso da ação fiscal. A consulta protocolada no processo 10835.000136/2007-35 foi respondida no curso da ação fiscal, iniciada em setembro de 2009, sendo que em 17/09/2010 que o contribuinte tomou conhecimento da solução de consulta, sendo que não poderia retificar seu DACON em 30 dias após a ciência, vez que estava sob ação fiscal.

Neste ponto, observa-se que efetivamente a r. decisão recorrida, em seu relatório, faz expressa referência à argumentação veiculada pelo sujeito passivo acerca do processo de consulta e o seu pedido de nulidade do mandado de procedimento fiscal:

**A interessada toca na questão da consulta formulada à Administração e explora sua influência sobre o trabalho fiscal:**

A Contribuinte autuada, aqui Impugnante, tem sua sede administrativa localizada no município de Presidente Prudente/SP, e dentre seus objetivos sociais, está a distribuição de combustíveis líquidos, derivados de petróleo e álcool combustível.

Na execução de seu objetivo social, adquire combustível diretamente dos produtores e de outras empresas distribuidoras (que nessa condição são chamadas de "congêneres").

Nesse ponto é preciso consignar que não há como o empresário, devido à sua descomunal obrigação em relação à legislação conhecer todos os seus direitos e obrigações, por exemplo, no âmbito tributário, contábil, trabalhista, ambiental, do direito do consumidor, etc.

O próprio auditor, aliás, confessa essa dificuldade ao falar em "grande complexidade da legislação e sua variação ao longo do tempo", ao redigir o Termo de Encerramento e Verificação.

[...]

Como regular contribuinte, que sempre buscou cumprir suas obrigações fiscais, acessórias e principais e, considerando sua atividade, em 07 de fevereiro de 2007 valeu-se dessa via e apresentou, na DRF/Presidente Prudente, consulta autuada sob n. 10835.000136/2007-35, dirigida à Superintendência da Secretária da Receita Federal da 8ª Região Fiscal.

Em suas razões, a contribuinte expôs sua situação (de ser empresa distribuidora de combustíveis), que adquire álcool etílico hidratado carburante (AEHC) de distribuidores congêneres e revende a mercadoria tanto para outros distribuidores quanto para a rede varejista.

A dúvida que motivou a consulta surgiu em vista das disposições da Medida Provisória 1991-18/00 e das Leis 9.900/00; 10.637/02; 10.833/03 e 10.865/04 que disciplinam que a tributação sobre o álcool para fins carburantes com alíquota de: 1,46% (PIS) e 6,74% (COFINS) nas distribuidoras, sem esclarecer a hipótese de operação de compra e venda entre empresas congêneres, ou seja, uma distribuidora de combustível adquirindo o produto de outra distribuidora.

[...]

**A fiscalização trouxe aos autos prova de que a solução foi encaminhada via correio ao Contribuinte em 17 de setembro de 2010, portanto, já durante a execução do MPF.**

**Completa que o procedimento fiscal foi iniciado na pendência de consulta, o que seria ilegítimo. Depois, diz que, quando do envio da solução da consulta, já estaria sob procedimento fiscal sendo-lhe vedada a retificação de declarações.** Ao fim da peça de impugnação, a contribuinte assim resume suas pretensões:

**(a) reconhecer a NULIDADE do procedimento fiscal MPF 08.1.04.002009010506 e, por consequência, do lançamento a ele relacionados por se referirem a fatos que estavam pendentes de serem solucionados no processo de Consulta[...]**

(b) por consequência ao reconhecimento da nulidade do item anterior, e como forma de reparar a agressão ao direito da Contribuinte requer que lhe seja reaberto o prazo de trinta dias a que se refere o art. 48 o Decreto nº 70.235, de 1972, dentro do qual tem o direito de amoldar sua conduta de acordo com a solução de consulta, o que não pode fazer pelo fato de se encontrar sob fiscalização [...]

(c) de foram subsidiária, o reconhecimento do inaplicabilidade ao presente caso do art. 16 da Lei nº 9.779, de 1999 c.c. com o art. 57, inciso II da Medida Provisória nº 2.158-33/01 [...] que não autorizam a autuação pela falta ou pelo préstimo incompleto de informações à fiscalização. (grifei)

Portanto, o julgador de primeira instância expressamente indica que o sujeito passivo alegou, em sua impugnação, a impossibilidade de retificar o DACON no curso da ação

fiscal. Contudo, em suas razões, a r. decisão efetivamente não se manifestou quanto à essa alegação por entender que a questão relacionada a consulta já havia sido apreciada quando do julgamento dos autos de infração referentes à obrigação principal:

De início, é importante destacar que o auto de infração em tela exige muitas regulamentares sobre omissões, inexatidões em informações e declarações prestadas pela contribuinte à Administração Fiscal. A constatação de que informações incorretas foram prestadas ao Fisco decorrem de procedimentos de fiscalização que resultaram em autos de infração, objeto dos processos administrativos n.º 10830.001238/201102, 10830.001756/201118, 10830.720472/201124 e 10830.721425/201106 apreciados também nesta sessão de julgamento.

A análise do mérito dessas constatações, já foi esgotada no âmbito dos citados processos. De fato, **neles esta esfera de julgamento já procedeu ao confronto entre as razões do autuante e as alegações de defesa, no que se refere à legitimidade do procedimento, ao cerceamento do direito de defesa, aos efeitos do processo de consulta sobre os lançamentos,** à correta forma de rateio das despesas e custos comuns, à desconsideração dos créditos anteriores a janeiro de 2006. Do exame dos citados processos administrativos, **esta turma de julgamento considerou sem máculas o procedimento fiscal e corretas as constatações da auditoria com relação às diferenças de tributo apurado pela fiscalização e os apurados pela contribuinte,** conforme acórdãos dos citados processos juntados ao presente. (e-fls. 913/914 - grifei)

Aquela decisão afirma, ainda, que não foram apresentadas alegações específicas referentes à penalidade do DACON:

Quanto à multa específica relacionada a erros, incorreções e omissões das informações prestadas no DACON, de acordo com o art. 7º IN RFB n.º 1.015, de 2010, **não apresentou a contribuinte argumentos específicos em contrário.** Dessa forma, não configurada a hipótese de ilegitimidade nos procedimentos fiscais dos quais resultaram as constatações de que a contribuinte omitiu ou prestou com incorreções informações no DACON, não se instaura o litígio administrativo quanto à imposição da penalidade de R\$ 20,00 por grupo de 10 informações incorretas ou omitidas no DACON. (e-fl. 915)

Portanto, vislumbra-se que efetivamente a r. decisão recorrida incorreu em nulidade por ter deixado de analisar o argumento veiculado pelo sujeito passivo em sua Impugnação, específico relacionado a penalidade aplicada quanto ao DACON: suposta impossibilidade de retificar o DACON quanto às informações relacionadas à processo de consulta, no curso de ação fiscal.

A nulidade decorre do cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, que não teve a sua alegação específica referente a **Infração 2** analisada em primeira instância, em conformidade com o art. 59, II, do Decreto n.º 70.235/72:

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.**

Adoto aqui as considerações e a exata conclusão alcançada no Acórdão 3402-004.875, de relatoria da Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz, de 30/01/2018, que passa a integrar as razões de decidir desse acórdão com fulcro no art. 50, §1º da Lei n.º 9.784/99:

Destaco abaixo a lição de Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa López<sup>1</sup> sobre o tema:

No processo administrativo fiscal, dentre as nulidade mais comuns podem-se destacar: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente; ou com preterição do direito de defesa; a ilegitimidade de partes; omissão do julgador no enfrentamento das questões de defesa e o não atendimento aos requisitos formais do lançamento. Algumas dessas questões arguidas em preliminar são suficientes para a nulidade dos atos correspondentes e para a extinção de todo o processo administrativo, como a questão da ilegitimidade das partes; outras permitem o saneamento da irregularidade, como é o caso de cerceamento de defesa gerada pela falta indispensável da análise de uma tese arguida pelo contribuinte, ocasionando apenas a nulidade da decisão de primeira instância e o seu saneamento com a prática de ato novo.

**Efetivamente, ausência de análise dos citados argumentos e provas das impugnações, nesse contexto, ocasiona cerceamento do direito de defesa no processo administrativo e caso fosse proferido julgamento inaugural da matéria por este Conselho, estar-se-ia atuando como instância única. Tal situação não é permitida pelo sistema jurídico brasileiro, uma vez que o artigo 5º, inciso LV da Constituição confere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.**

Cumprido destacar a lição de James Marins<sup>2</sup> sobre o tema:

Não podem, União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, instituir no âmbito de sua competência, a denominada “instância única” para o julgamento das lides tributárias deduzidas administrativamente, sob pena de irremediável mutilação da regra constitucional e consequente imprestabilidade do sistema administrativo processual que, por falta de tal requisito constitucional de validade, não servirá para aperfeiçoar a pretensão fiscal impugnada, remanescendo carente de exigibilidade.

**Nesse sentido o artigo 59, inciso II do Decreto no 70.235/1972 confere efetividade ao texto constitucional ao determinar que:**

**Art. 59. São nulos (...)**

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

**Por fim, destaco que foi no intuito de coibir tal sorte de problema que o Novo Código de Processo Civil, o qual deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, estabelece os requisitos essenciais da sentença, bem como as situações em que considera não fundamentada qualquer decisão:**

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

<sup>1</sup> Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 558-559.

<sup>2</sup> Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). São Paulo: Dialética, 2010 5ª ed.

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (grifei)

Resta a este Colegiado, **assim, declarar a nulidade do Acórdão referente ao julgamento a quo que pode ser percebido como supressão de instância administrativa, culminando em preterição do direito de defesa.**" (grifei)

Acresce-se que, além dessa omissão, observa-se ainda que a r. decisão recorrida contém um erro material que merece ser apreciado por aquele Colegiado, por poder refletir diretamente no resultado de julgamento alcançado. De fato, quanto a **Infração 1**, a r. decisão recorrida afirma que o fundamento trazido no Auto de Infração seria o art. 57, I da MP 2.158-33/01.

O escopo do presente julgamento é apreciar se, diante das constatações apuradas pela auditoria, são cabíveis os lançamentos efetuados a título de multa regulamentar.

Dois tipos de penalidade foram aplicadas pela fiscalização. A multa de R\$ 5.000,00 por mês calendário, foi embasada nos seguintes dispositivos:

Lei nº 9.779, de 1999

Art.16. Compete à Secretaria da Receita Federal dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições por ela administrados, estabelecendo, inclusive, forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável.

MP 2.158-33/01

(Reeditada pelas MMPP 2.154-34/01 e 2.158-35/01, essa última em vigor e repetindo o teor da disposição no mesmo art. 57)

**Art. 57.** O descumprimento das obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei nº 9.779, de 1999, acarretará a aplicação das seguintes penalidades:

**I** R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, relativamente às pessoas jurídicas que deixarem de fornecer, nos prazos estabelecidos, as informações ou esclarecimentos solicitados;

[...] (e-fl. 914)

Contudo, como visto anteriormente, o fundamento da **Infração 1** trazida no Auto de Infração é o inciso II do art. 57 da MP 2.158-33/01, e não o inciso I. Reproduz-se, novamente, o termos do Auto de Infração:

19. Do acima exposto, fica demonstrado que houve descumprimento de obrigação acessória pelo contribuinte, a saber:

- Infração 1 - Falta, omissão ou prestação de informações inexatas ou incompletas, relativas ao PIS e COFINS, nos períodos de apuração de Janeiro a Dezembro de 2006;
- Infração 2 - Omissão e prestação de informações inexatas ou incompletas no DACON - Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais, relativas ao PIS e COFINS, nos períodos de apuração de Janeiro a Dezembro de 2006.

20. ENQUADRAMENTO LEGAL - Segue conforme abaixo:

- **Infração 1 - Art. 16 da Lei n.º 9.779/99 e art. 57, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158-33/01 e reedições, bem como a legislação citada nos demais relatórios do Auto de Infração;**
- Infração 2 - Art. 7º, inciso IV, da Lei n.º 10.426/2002, com a redação dada pelo art. 19 da Lei n.º 11.051/2004 a partir de 30/12/2004, bem como a legislação citada nos demais relatórios do Auto de Infração;
- Legislação subsidiária: Artigo 9 da Lei 9.715/1.998; Artigo 93 do Decreto 4.524/2.002; Artigo 53, inciso I do Decreto 6.306/2007, e demais alterações posteriores relativas aos dispositivos citados. (e-fl. 33 - grifei)

Essa última irregularidade igualmente enseja em nulidade da decisão face a sua necessidade de saneamento por aquele órgão por eventualmente influir na solução do litígio, em conformidade com o art. 60 do Decreto n.º 70.235/72:

**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.** (grifei)

Com isso, além da nulidade de r. decisão recorrida por ter deixado de apreciar argumento autônomo do sujeito passivo relacionado a Infração 2 (impossibilidade de retificar o DACON no curso da ação fiscal), cabe ainda ser reconhecida a existência de erro na referência ao fundamento adotado pela fiscalização quanto a Infração 1, cabendo ser realizada a análise com fulcro na legislação na qual efetivamente se respaldou a fiscalização (art. 57, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158-33/01 e reedições).

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade do Acórdão da DRJ exarado no presente processo, afetando as peças processuais que lhe sucederam.

Objetivando considerações úteis ao prosseguimento e à solução do processo, com base no artigo 59, §2º do Decreto n.º 70.235/72<sup>3</sup>, destaco que deve a DRJ, em seu novo julgamento, guardar observância ao artigo 489, §1º do Código de Processo Civil/2015, analisando o argumento que deixou de ser analisado quanto a Infração 2 (impossibilidade de retificação do DACON no curso da ação fiscal) e procedendo com a análise da Infração 1 com base no fundamento legal trazido pela fiscalização (art. 57, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158-33/01 e reedições).

<sup>3</sup> "Art. 59 (...) § 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo"

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deline