



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19558.720022/2011-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-008.113 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2021
Recorrente MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 27/05/2011

ILEGITIMIDADE PASSIVA. AGÊNCIA MARÍTIMA. INOCORRÊNCIA.

A agência marítima, na condição de representante do transportador estrangeiro no País, responde pela infração caracterizada pela não prestação de informação sobre veículo ou carga nele transportada, na forma e no prazo estabelecidos pela RFB.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 27/05/2011

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

É de se declarar a nulidade de Auto de Infração, por vício formal, quando restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa em razão da falta de identificação do ato infracional, elemento essencial para a aplicação da penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, acolhendo a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em dar provimento ao Recurso Voluntário para fins de declarar a nulidade do Auto de Infração por vício material.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Helcio Lafeta Reis, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Mara Cristina Sifuentes, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 3201-008.113 - 3ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19558.720022/2011-82

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 167 a 187) interposto em 29/08/2018 contra decisão proferida no Acórdão 12-098.666 - 4ª Turma da DRJ/RJO, de 16 de maio de 2018 (e-fls. 118 a 121), que, por unanimidade de votos, deixou de acolher a impugnação e considerou devida a exação.

Os fatos iniciais constam do relatório do referido Acórdão, que reproduzo a seguir:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de multa no valor de R\$ 5.000,00 referente à multa aplicada pela falta da prestação de informações sobre operações executadas, no prazo estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

De acordo com a descrição dos fatos do Auto de Infração, a transportadora informou os dados de embarque no Siscomex, após o prazo de 7 dias.

O artigo 107 do Decreto-Lei nº 37/1966 traz em seu bojo que embarçar, dificultar ou impedir a ação da fiscalização aduaneira por qualquer meio ou forma constitui embarço à fiscalização. Nesse caso, a própria IN RFB nº 28/2004, expressamente no artigo 44, enquadra esse descumprimento do prazo na informação dos dados de embarque como embarço, cabendo, portanto, a multa prevista no Regulamento Aduaneiro.

Devidamente cientificada, a interessada apresentou impugnação, alegando, em síntese, ilegitimidade passiva, cerceamento ao direito de defesa, imprecisão dos dados da autuação, ausência de anexação de provas pela RFB da infringência ao prazo para a prestação de informações.

O julgamento em primeira instância, formalizado no Acórdão 12-098.666 - 4ª Turma da DRJ/RJO, resultou em uma decisão de não acolhimento da impugnação e de manutenção da exação, ancorando-se nos seguintes fundamentos: (a) que o controle das importações deve ser feito pela autoridade aduaneira, o que não é possível se as informações não são prestadas no prazo; (b) que as multas são aplicadas pelo fato de a autoridade aduaneira não poder realizar o efetivo controle, a análise de risco das operações; (c) que a IN SRF nº 510, de 2005, deu nova redação ao art. 37 da IN SRF nº 28, de 1994, e estabeleceu o prazo de sete dias para o registro de dados de embarque, quando a via for marítima; e (d) que observando-se a informação do sistema apresentada pela fiscalização, percebe-se a intempestividade do registro das informações.

Cientificada da decisão da DRJ em 08/08/2018 (Termo de Ciência por Abertura de Mensagem na e-fl. 126), a empresa interpôs Recurso Voluntário em 29/08/2018 (e-fls. 167 a 187), argumentando, em síntese, que: (a) é parte ilegítima; (b) o Auto de Infração padece de vício formal; (c) a conduta da recorrente não caracteriza o tipo legal sob o qual se justifica a imposição de multa; e (d) o registro no Siscomex de dados de embarque fora do prazo, mas antes da lavratura de um auto de infração, equivale a uma denúncia espontânea, o que afasta a aplicação de penalidade.

É o relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 3201-008.113 - 3ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19558.720022/2011-82

Voto

Conselheiro Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele se toma conhecimento.

Da ilegitimidade passiva

Preliminarmente, suscita a recorrente a sua ilegitimidade passiva, arguindo “a ausência de previsão legal que imponha ao agente de navegação a penalidade cominada pela legislação citada pelo auto de infração”.

Afirma que “os documentos que instrumentalizaram o presente procedimento demonstram inequivocamente que a recorrente **representou transportador marítimo estrangeiro**. Portanto, atuou na condição de agente de navegação, recebendo para isso um instrumento de mandato, nos termos do art. 653 do Código Civil Brasileiro”.

Diz que não é “transportadora marítima, muito menos a responsável pela prestação de informação no Siscomex carga”.

Acrescenta que “todos os argumentos apontados na decisão dão conta de obrigações tributárias ou acessórias que, de uma forma ou de outra, acabam sendo impostas ao agente por conta de sua posição jurídica e territorial. Contudo, o que se discute neste procedimento é a aplicação de uma multa, portanto, o caráter decorrente deste fato é completamente diferenciado dos demais”.

Defende que “não existe amparo legal para a responsabilização do agente marítimo, visto que o artigo 32, do Decreto-lei nº 37/1966, apenas prevê a responsabilidade solidária pelo pagamento do **imposto**, não podendo estender tal hipótese de responsabilização à pena de multa”.

Não obstante os esforços feitos pela recorrente em demonstrar que os agentes marítimos (agentes de navegação) não podem ser responsabilizados por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, no prazo estabelecido pela RFB, não lhe assiste razão nessa matéria.

O **caput** do art. 37 do Decreto-lei nº 37, de 1966, com a redação dada pelo art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003, dispõe sobre a obrigação do transportador de prestar as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado, deixando para a RFB o estabelecimento da forma e do prazo como isso deve ser feito:

Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.

O **caput** e o § 2º art. 4º da IN RFB nº 800, de 2007, expressamente disciplinam a obrigatoriedade de representação do transportador estrangeiro por uma agência marítima

nacional. Essa medida tem por objetivo nomear um responsável, no Brasil, pelos atos cometidos por um estrangeiro, tendo em vista as dificuldades legislativas de obrigá-lo, especialmente quando ele não mais se encontrar no País.

O art. 5º desta mesma IN RFB nº 800, de 2007, ao dispor que as referências feitas a transportador abrangem a sua representação por agência de navegação, acabam por obrigar o agente marítimo no que diz respeito à prestação de informações sobre o veículo e sobre as cargas nele transportadas, da mesma forma que está obrigado o transportador por ele representado.

Fato indiscutível, não negado pela recorrente, é que, no papel de representante do transportador estrangeiro, é ela quem presta as informações no sistema sobre o veículo e sobre as cargas nele transportadas. E isso a coloca no núcleo do fato gerador da infração apontada pela fiscalização, qual seja, de não informar os dados de embarque no prazo estabelecido pela IN SRF nº 28, de 1994.

Nessa condição, tendo sido a recorrente a responsável pela prestação das informações no sistema, por certo que terá concorrido para a prática de qualquer infração que disso possa ter advindo, atraindo para si a responsabilidade disciplinada no inciso I do art. 95 do Decreto-lei nº 37, de 1966.

Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

Note-se que essa responsabilidade não recai somente sobre aqueles que possam ter se beneficiado do ato infracional, mas também recai sobre aqueles que, de qualquer forma, possam ter concorrido para a sua prática, que é o caso aqui analisado.

Nesse sentido, há diversas manifestações neste Conselho, a exemplo do Acórdão nº 9303-008.393 – 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, em sessão no dia 21 de março de 2019, proferiu a seguinte ementa a respeito da matéria:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 08/12/2008, 16/12/2008, 23/12/2008, 02/01/2009

ILEGITIMIDADE PASSIVA. AGENTE MARÍTIMO. INOCORRÊNCIA. O agente marítimo que, na condição de representante do transportador estrangeiro, em caso de infração cometida responderá pela multa sancionadora da referida infração.

Dessarte, resta claro que a recorrente, na condição de representante do transportador estrangeiro, estava obrigada a prestar as informações sobre o veículo e sobre as cargas nele transportadas, na forma e no prazo estabelecidos na IN SRF nº 28, de 1994, respondendo por eventuais infrações ocorridas.

Por essas razões, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Do vício no Auto de Infração

Ainda em sede de preliminar, argui a recorrente que o Auto de Infração padece de vício formal, por ofensa ao art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Repisa que a pena foi aplicada “à Recorrente como se fosse o próprio transportador marítimo”.

Reclama de falta de transparência e clareza na exposição dos fatos, alegando ter havido falta de conexão entre os fatos, o agente e os fundamentos. Afirma ainda que a conduta punida não foi devidamente descrita e .

Contesta que, **“de todo o auto produzido a narrativa dos fatos se restringe a poucos parágrafos”,** e que **“este curto espaço não foi, e não é suficiente para compreender exatamente o que deu ensejo à aplicação da multa”,** e tampouco dela “se extrai qual foi o prazo descumprido e muito menos em que momento isto ocorreu”.

Afirma que **“não há uma descrição dos fatos suficientes para que se possa identificar o que de fato ocorreu, não há prova nos autos de que as informações foram de fato prestadas a destempo”,** e questiona **“onde estão os dados relativos à operação e documentos aduaneiros que demonstrem o suposta infração”** e **“como pode (...) exercer sua ampla defesa se se quer pode-se apontar os dados relativos a suposta infração”**.

Avaliando as possíveis ofensas apontadas pela recorrente, verifica-se que o Auto de Infração não está em dissonância com o que dispõe o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Lá se encontra a qualificação do autuado, o local, a data e a hora da lavratura, a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias, a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo e o número de matrícula.

Ou seja, o auto de infração apresenta todos os elementos de forma previstos em lei, não restando caracterizado, portanto, o vício formal.

Não obstante, é inegável que a descrição do fato contida no auto de infração, a seguir reproduzida em sua íntegra, é insuficiente para identificar o ato infracional que ensejou a aplicação da multa.

Em 22/03/2009, a empresa Tropical Nordeste Fruit Agroindústria, CNPJ: 06.292.439/0002-00, exportou para o Reino Unido 2.232 caixas contendo bananas frescas “in natura”, amparada pela DDE 2090245590/7. Para o transporte das referidas mercadorias o exportador se utilizou dos serviços da empresa MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA, CNPJ: 30.259.220/0009-52, doravante chamada de autuada.

Sucedendo que a autuada, de encontro ao que dispõe a legislação aduaneira vigente, deixou de prestar informações relativas aos dados de embarque no prazo legalmente estabelecido, o que constitui infração ao previsto no art. 37 da Instrução Normativa SRF nº 28/1994.

Como se percebe, o relatório fiscal se limita a dizer que a recorrente “deixou de prestar informações relativas aos dados de embarque no prazo legalmente estabelecido”, sem apontar a data em que teria ocorrido o embarque das mercadorias e nem se ou quando as informações teriam sido inseridas no sistema pela recorrente. Além disso, nenhum documento comprobatório foi juntado ao processo pela fiscalização.

Diante disso, entendo que a falta de identificação do ato infracional, elemento essencial para a aplicação da penalidade, prejudicou o contraditório e a ampla defesa da

recorrente, ensejando a anulação do Auto de Infração, por vício material, nos termos do inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 59. São nulos:

...

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

Para que não parem dúvidas das razões pelas quais a insuficiência na descrição dos fatos observada no Auto de Infração, e o consequente cerceamento de defesa, restou caracterizada como vício material, reproduzo parte do voto do Conselheiro Rafael Vidal de Araujo no Acórdão 9101-002.713 – 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de 3 de abril de 2017, que de forma bastante didática tratou das distinções entre o vício formal e o vício material:

Para o Direito Tributário, essa questão de compreender e identificar se o vício é formal ou material tem grande relevância, porque o Código Tributário Nacional CTN, nos casos de vício formal, prolonga o prazo de decadência para constituição de crédito tributário, nos termos de seu art. 173, II:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Os prazos de decadência tem a função de trazer segurança e estabilidade para as relações jurídicas, e é razoável admitir que o prolongamento desse prazo em favor do Fisco, em razão de erro por ele mesmo cometido, deve abranger vícios de menor gravidade.

Com efeito, o sentido do CTN não é prolongar a decadência para todo o tipo de crédito tributário, mas apenas para aqueles que tenha sido anulados por ocorrência de "vício formal" em sua constituição.

Nem sempre é tarefa fácil distinguir o vício formal do vício material, dadas as inúmeras circunstâncias e combinações em que eles podem se apresentar.

O problema é que os requisitos de forma não são um fim em si mesmo. Eles existem para resguardar valores. É a chamada instrumentalidade das formas, e isso às vezes cria linhas muito tênues de divisa entre o aspecto formal e o aspecto substancial das relações jurídicas.

É esse o contexto quando se afirma que não há nulidade sem prejuízo da parte. Nesse sentido, vale trazer à baila as palavras de Leandro Paulsen:

Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe, à

autoridade administrativa ou judicial verificar, pois, se tal implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo. (PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.)

A Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), ao tratar da anulação de atos lesivos ao patrimônio público, permite, em seu art. 2º, uma análise comparativa entre os diferentes elementos que compõem o ato administrativo (competência, forma, objeto, motivo e finalidade):

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”
(grifos acrescentados)

Pela enumeração dos elementos que compõem o ato administrativo, já se pode visualizar o que se distingue da forma, ou seja, o que não deve ser confundido com o aspecto formal do ato (a competência, o objeto, o motivo e a finalidade).

No contexto do ato administrativo de lançamento, vício formal é aquele verificado de plano, no próprio instrumento de formalização do crédito, e que não está relacionado à realidade jurídica representada (declarada) por meio deste ato.

O vício formal não pode estar relacionado aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, não pode referir-se à verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, à determinação da matéria tributável, ao cálculo do montante do tributo devido e à identificação do sujeito passivo, porque aí está a própria essência da relação jurídico-tributária.

O vício formal a que se refere o artigo 173, II, do CTN abrange, por exemplo, a ausência de indicação de local, data e hora da lavratura do lançamento, a falta de

assinatura do autuante, ou a falta da indicação de seu cargo ou função, ou ainda de seu número de matrícula, todos eles configurando elementos formais para a lavratura de auto de infração, conforme art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, mas que não se confundem com a essência/conteúdo da relação jurídico-tributária, apresentada como resultado das atividades inerentes ao lançamento (verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, etc. CTN, art. 142).

Penso que a verificação da possibilidade de refazimento (repetição) do ato de lançamento, com o mesmo conteúdo, para fins de apenas sanear o vício detectado, é um referencial bastante útil para se examinar a espécie do vício.

Se houver possibilidade de o lançamento ser repetido, com o mesmo conteúdo concreto (mesmos elementos constitutivos da obrigação tributária), sem incorrer na mesma invalidade, o vício é formal. Isso é um sinal de que o problema está nos aspectos extrínsecos e não no núcleo da relação jurídico-tributária.

Há uma decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais, o Acórdão nº 910100.955, que explicita bem esse aspecto:

Acórdão nº 910100.955

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional — CTN, por serem elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto, antecedem e são preparatórios à formalização do crédito tributário, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula; a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

[...]

Voto

[...]

Como visto, há um ponto comum em todos os mestres citados: o lançamento substitutivo só tem lugar se a obrigação tributária já estiver perfeitamente definida no lançamento primitivo. Neste plano, haveria uma espécie de proteção ao crédito público já formalizado, mas contaminado por um vício de forma que o torna inexecutível.... Bem sopesada, percebe-se que a regra especial do artigo 173, II, do CTN, impede que a forma prevaleça sobre o fundo. [...]

[...]

4.0 VÍCIO FORMAL NÃO ADMITE INVESTIGAÇÕES ADICIONAIS

Neste contexto, é lícito concluir que as investigações intentadas no sentido de determinar, aferir, precisar o fato que se pretendeu tributar anteriormente, revelam-se incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados

ao saneamento do vício formal. Com efeito, sob o pretexto de corrigir o vício formal detectado, não pode o Fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem necessárias, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado.

Deveras, como visto anteriormente, a adoção da regra especial de decadência prevista no artigo 173, II, do CTN, no plano do vício formal, que autoriza um segundo lançamento sobre o mesmo fato, exige que a obrigação tributária tenha sido plenamente definida no primeiro lançamento. Vale dizer, para usar as palavras já transcritas do Mestre Ives Gandra Martins, o segundo lançamento visa "preservar um direito já previamente qualificado, mas inexecutável pelo vício formal detectado".

Ora, se o direito já estava previamente qualificado, o segundo lançamento, suprida a formalidade antes não observada, deve basear-se nos mesmos elementos probatórios colhidos por ocasião do primeiro lançamento.

[...]

O fato é que se houver inovação na parte substancial do lançamento (seja através de um lançamento complementar, seja através do resultado de uma diligência), não há como sustentar que a nulidade então existente decorria de vício formal.

Nesse passo, vale transcrever a parte final da referida decisão proferida pela Delegacia de Julgamento de Recife/PE em 21/09/1998 (DECISÃO DRJ/RCE nº 639/1998), exarada nos autos do processo nº 10480.011569/9688, que identificou o vício de nulidade no lançamento original:

[...]

O lançamento foi efetuado através da notificação, de fl. 05, não contendo a matéria tributável, assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo; o nome, o cargo, o número de matrícula e a assinatura do AFTN autuante; a data e a hora da lavratura, conforme previsto no art. 5º, II, VI e VII da já citada Instrução Normativa, sendo tal omissão motivo para que seja declarada a nulidade do lançamento. Ressalte-se que, nos termos do art. 6º da Instrução, a declaração de nulidade não impede, quando for o caso, novo lançamento.

CONCLUSÃO

DECLARO NULO o presente lançamento, tornando sem efeito a notificação de fl. 05 do processo.

No caso sob exame, o procedimento para sanear o erro incorrido na atividade de lançamento implicou na identificação da própria matéria tributável, assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo, que não constavam do primeiro lançamento.

A ausência desses elementos configura vício grave, não só porque dizem respeito à própria essência da relação jurídico-tributária, mas também porque inviabilizam o direito de defesa e do contraditório.

Às considerações da PGFN sobre convalidação do ato administrativo, se aplicam todos os comentários no sentido de que o vício é formal (e sanável nos termos do art. 173, II, do CTN) quando existe a possibilidade de o lançamento ser repetido, com o mesmo conteúdo concreto (mesmos elementos constitutivos da obrigação tributária), sem incorrer na mesma invalidade.

Com efeito, não cabe falar em convalidação do ato de lançamento se está havendo inovação na parte substancial desse ato.

Além disso, o próprio Decreto nº 70.235/72, em seus artigos 59 e 60 (trazidos à baila pela PGFN), deixa bastante claro que não cabe saneamento de vício (para fins de convalidação do ato) nos casos de nulidade por preterição do direito de defesa.

Por tudo o que se disse, não há como reconhecer neste caso a ocorrência de vício formal. A regra do art. 173, II, do CTN não é aplicável à situação sob exame para fins de alongar o prazo decadencial em favor do Fisco.

Restam prejudicadas as análises dos demais argumentos trazidos no Recurso Voluntário.

Conclusão

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, acolhendo a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, por dar provimento ao Recurso Voluntário para fins de declarar a nulidade do Auto de Infração por vício material.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles