



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

Processo nº 10909.721591/2014-96
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3402-006.654 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2019
Matéria II-INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PAN ASIA TRADING IMP E EXP LTDA E OUTRA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Ano-calendário: 2011, 2012

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

Devem ser rejeitados os embargos quando inexiste contradição a ser suprida no Acórdão embargado.

Embargos Rejeitados

Aguardando Nova Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os Embargos de Declaração opostos, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Diego Diniz Ribeiro, Cynthia Elena de Campos, Thais de Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o Relatório da decisão recorrida com os devidos acréscimos:

O presente auto de infração trata de procedimento de fiscalização que concluiu pela prática de interposição fraudulenta na importação.

Conforme DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL, fls. 25 e seguintes e ainda nos termos do RELATÓRIO DE ENCERRAMENTO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CONTROLE ADUANEIRO que embasou o PAF 12457.732731/2012-81, fl. 33, a fiscalização aponta a empresa FALLS TRIGO IMP E EXP LTDA, CNPJ 12.058.776/0001-41, como real adquirente das mercadorias importadas de forma interposta pela empresa PAN ASIA TRADING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 10.213.525/0002-40.

Nesses termos a fiscalização aplicou à empresa PAN ASIA e à autuada solidária FALLS TRIGO, a pena de perdimento prevista no art. 23, V, § 1º do Decreto-lei nº 1.455/76. Pelo consumo da mercadoria o perdimento foi convertido em multa nos termos do art. 23, V, § 2º do Decreto-lei nº 1.455/76.

A autuação totalizou o valor de R\$ 8.898.757,90.

Intimada do Auto de Infração em 04/07/2014 (fl. 139), a autuada PAN ASIA apresentou impugnação e documentos em 06/08/2014, juntados às fls. 143 e seguintes. Referida impugnação foi julgada improcedente pelo Acórdão nº 16-66.817 - 24ª Turma da DRJ/SPO em 18/03/2015 (fl. 324).

A interessada PAN ASIA interpôs recurso voluntário ao CARF.

Através do Acórdão nº 3402-003.008 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária de 26/04/2016, foi negado provimento ao recurso voluntário (fl. 399).

Em 02/06/2016 a interessada PAN ASIA interpôs recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (fl. 433).

Em 21/06/2016 o CARF nega seguimento ao recurso especial (fl. 536).

Dessa forma, ocorreu o trânsito em julgado na esfera administrativa e os créditos lançados foram encaminhados para inscrição em Dívida Ativa (fl. 556).

Nesse momento a responsável solidária na autuação, FALLS TRIGO IMP E EXP LTDA, CNPJ 12.058.776/0001-41, ajuizou Ação Declaratória nº 5006580-93.2016.4.04.7002 na 1ª Vara da Justiça Federal de Foz do Iguaçu, alegando a nulidade da cobrança por falta de regular intimação do Auto de Infração.

Através da manifestação de fl. 642 e seguintes, a Procuradoria da Fazenda Nacional no Paraná reconhece a procedência do pedido relativo à nulidade e determina a intimação da Alfândega da Receita Federal do Brasil de Itajaí/SC para reabertura do prazo de impugnação da responsável solidária FALLS TRIGO.

Através do COMUNICADO nº 36/2016-SARAC/ALF/ITJ a empresa FALLS TRIGO foi informada da reabertura do prazo para impugnação ao Auto de Infração (fl. 565).

Intimada do Auto de Infração em 16/11/2016 (fl. 571), a responsável solidária FALLS TRIGO apresentou impugnação e documentos em 16/12/2016, juntados às fls. 575 e seguintes, alegando em síntese:

-
1. *Alega preliminarmente a nulidade do Auto de Infração por vício material no lançamento caracterizado pela deficiência da intimação. Alega que a fiscalização ocorreu integralmente à sua revelia. Alega que a intimação do Auto de Infração ocorreu em endereço que já não era mais o domicílio fiscal da impugnante à época. Alega que ato contínuo, em sem qualquer nova diligência, a impugnante foi intimada do Auto de Infração por editais. Cita o art. 23 do PAF. Afirma que a intimação por edital é método de exceção. Cita jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema. Afirma que o novo endereço da impugnante constava dos bancos de dados da Receita Federal. Alega que o vício na intimação gera nulidade insanável do ato. Cita o art. 10 do PAF. Cita jurisprudência administrativa sobre o tema. Alega assim a nulidade da segunda intimação do Auto de Infração por ter ocorrido em momento inadequado tendo a impugnante tolhido seu direito de exercer o contraditório e a ampla defesa. Alega que já decorreram todas as fases do processo administrativo sendo o lançamento mantido. Afirma que tal reabertura de prazo é ilegal pois os acórdãos já estabilizados de forma alguma serão alterados. Afirma a ocorrência de preclusão processual. Cita os arts. 17, 42, 81 e 54 do PAF. Afirma que já passaram todos os prazos para manifestação da impugnante. Cita a Portaria RFB nº 2.281/2010 que trata das situações nas quais há pluralidade de sujeitos passivos na autuação. Cita o art. 5º, LV da CF. Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema.*
 2. *Reafirma a necessidade de afastamento da responsabilidade solidária, pela nulidade da nova intimação na atual fase processual.*
 3. *Alega a inaplicabilidade do art. 689, § 1º do Decreto nº 6.759/09 ao presente caso. Alega que nenhum dos incisos do art. 689 do RA de 2009 prevê a ocultação do real importador como situação de Dano ao Erário.*

4. *Alega a decadência parcial do lançamento tributário. Afirma que a penalidade imposta não possui natureza tributária, não se aplicando as regras de decadência previstas no CTN. Afirma ser aplicável no caso concreto a regra do art. 139 do Decreto-lei nº 37/66. Pleiteia a aplicação subsidiária do §4º do art. 150 do CTN.*
5. *Alega que a presunção de interposição só pode ocorrer nas hipóteses previstas na norma. Cita jurisprudência administrativa sobre o tema. Afirma que nas demais hipóteses é necessária a prova do dolo de fraudar. Alega que cabe à fiscalização provar a conduta fraudulenta nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64. Cita doutrina sobre o tema. Alega que a fiscalização não comprovou a falta de recursos de PAN ASIA para realizar as importações. Cita os acórdãos da DRJ e do CARF já proferidos no processo. Afirma que tanto PAN ASIA como FALLS TRIGO estavam habilitadas no RADAR para operar no comércio exterior. Afirma não haver ilícito nessa condição. Afirma não haver ilegalidade no aproveitamento do crédito fiscal do ICMS no Estado de Santa Catarina. Afirma que o volume de compras realizado pela impugnante junto à PAN ASIA não prova qualquer fraude. Alega que a fiscalização não demonstrou qualquer anormalidade no preço de venda de PAN ASIA. Afirma que a fiscalização analisou um conjunto de importações e extrapolou suas conclusões para todas as importações aqui autuadas. Afirma que a utilização dos mesmos despachantes para as cargas vendidas pela PAN ASIA à impugnante poderia decorrer de indicação desta à primeira. Afirma que nem sempre as datas de importação e venda das mercadorias à impugnante eram contínuas. Afirma que os modelos de faturas, as faturas em nome de PAN ASIA, as licenças de importação e demais documentos foram encaminhados pela PAN ASIA para a impugnante para fins de acompanhamento apenas. Afirma que as mensagens relativas ao envio de faturas e LI's da impugnante para PAN ASIA foram mal interpretadas como sendo a participação direta da impugnante na negociação de exportação. Afirma que a troca de mensagens entre o despachante Sr. Leonço e*

a impugnante referia-se a importação própria desta e não de PAN ASIA. Afirma também que as conversas entre o Sr. Leonço e o Sr. Gustavo Zuzulich não se referiam a importações da PAN ASIA. Afirma que as mensagens relativas ao Sr. Nilo não se relacionam com as compras feitas pela impugnante da empresa PAN ASIA. Afirma que as mensagens entre o Sr. Nilo e o Sr. Maycon apenas demonstram haver relação comercial entre a impugnante e a PAN ASIA, mas não provam a fraude. Afirma que as mensagens relativas ao fechamento de câmbio não possuem relação com a impugnante. Afirma que a planilha indicando o capital de PAN ASIA que está “fora”, com valores relativos à impugnante, não comprova que são valores relativos a adiantamento de câmbio. Afirma que existem outras empresas na planilha de devedores da PAN ASIA que não foram fiscalizadas. Afirma que o email relativo aos valores de comissão pagos por caminhão de farinha não é conclusivo para provar a interposição de PAN ASIA nas importações da impugnante. Reafirma que não houve comprovação de dolo da impugnante em fraudar as operações de comércio exterior. Afirma que não se pode presumir que PAN ASIA não possuía área de armazenamento no Paraná para atender a seus clientes no estado.

- 6. Afirma que a pena de perdimento do art. 23, V do Decreto-lei nº 1.455/76 depende de prova de Dano ao Erário. Cita jurisprudência sobre pena de perdimento. Alega que todos os tributos foram recolhidos.*
- 7. Requer, por fim, que sejam acolhidas as preliminares e/ou seja julgado improcedente no mérito o presente auto de infração.*

Ato contínuo, a DRJ-SÃO PAULO (SP) julgou a Impugnação do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Ano-calendário: 2011, 2012

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO.

A interposição fraudulenta na importação caracteriza a penalidade prevista no art. 23, V, § 1º do Decreto-lei nº 1.455/76.

DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CASO DE FRAUDE, DOLO E SIMULAÇÃO. INÍCIO DO PRAZO: 1º DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO FATO GERADOR.

A regra é a contagem do início do prazo de decadência, nos casos de lançamento por homologação, a partir do fato gerador: art. 150, caput, do CTN. Entretanto, o § 4º do art. 150 faz ressalva para os casos de dolo, fraude e simulação. Nesses casos, o início do prazo é o 1º dia do exercício seguinte ao fato gerador (art. 173, I, CTN)

Impugnação Improcedente..

Em seguida, devidamente notificada, a empresa Moinho Falls Trigo Ltda interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Neste Recurso, a Empresa repisou os mesmos argumentos apresentados na sua Impugnação quanto a agressão ao seu direito de defesa devido a nulidade declarada judicialmente da ciência do auto de infração e, quanto ao mérito, utilizando-se dos mesmos fundamentos, solicitou que seja reconhecida por este Colegiado a inexistência de interposição fraudulenta e o conseqüente afastamento da sua responsabilidade solidária no presente auto de infração.

Este Colegiado, em sessão realizada no dia 20 de junho de 2018, decidiu, por maioria, pela nulidade de todas as decisões proferidas no presente processo, de primeira e segunda instâncias, em razão de vício na ciência da empresa FALLS do auto de infração, determinando o retorno dos autos para a unidade julgadora de primeira instância a fim de realizar julgamento conjunto das Impugnações das empresas PAN ASIA e FALLS. Eis o conteúdo da ementa sintetizadora do entendimento da turma colegiada:

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Ano-calendário: 2011, 2012

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS

Uma vez que a empresa indicada como responsável solidária não foi regularmente cientificada do auto de infração, devem ser declarados nulos todos os atos posteriores por preterição do direito de defesa, a luz do artigo 59, inciso II, do Decreto 70235/72.

PAF. DEVIDO PROCESSO LEGAL. JULGAMENTO CONJUNTO. PLURALIDADE DE SUJEITOS

Deve ser declarada a nulidade do acórdão recorrido por necessidade de realização de julgamento conjunto das impugnações interpostas pelos sujeitos passivos. Inteligência do caput do art.3º e § 2º do art.7º da Portaria SRF nº 2.284/2010 e art.59, inciso II, do Decreto 70235/72.

Decisão Recorrida Nula

Aguardando Nova Decisão

O processo foi encaminhado à PGFN para ciência em 21/06/2018 que opôs Embargos de Declaração alegando que houve suposta contradição na decisão embargada tendo em conta que a c.Turma deu provimento ao Recurso Voluntário, acolhendo a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa para, ao final, anular todo o lançamento, e defende que "*ao assim decidir o acórdão incorreu em julgamento **ultra petita***". A embargante defendeu ainda que o acórdão igualmente teria se omitido em relação ao art. 95, inciso I, do Decreto-Lei nº 37/66, uma vez que este determina que "*não há benefício de ordem na solidariedade aqui discutida, podendo figurar na posição de contribuinte o real adquirente das mercadorias importadas*", sendo clara a redação do dispositivo quanto a isso.

Na forma regimental, o Presidente da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara admitiu o presente recurso e determinou que o processo fosse a mim redistribuído para, em seguida, colocar em pauta e deliberação do Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

Os Embargos de Declaração são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos por este Colegiado.

Trata o presente processo de lançamento de pena de perdimento convertida em multa pecuniária. A acusação fiscal que gerou o lançamento é de importação de mercadoria com ocultação do real adquirente, mediante interposição fraudulenta comprovada na operação de comércio exterior, restando caracterizada a infração de Dano ao Erário, na forma prevista no inciso V e §§ 1º e 3º do art. 23 do Decreto-Lei n.º 1.455/76.

No lançamento fiscal a Autoridade Aduaneira concluiu, de acordo com as provas coletadas, que a empresa Pan Asia foi utilizada como interposta pessoa com o fim de ocultar nas importações a empresa Moinho Falls, que seria a real importadora das mercadorias.

A Embargante (Fazenda Nacional) inicialmente sustenta que houve suposta contradição na decisão embargada tendo em conta que a c.Turma deu provimento ao Recurso Voluntário, acolhendo a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa para, ao final, anular todo o lançamento, e defende que "*ao assim decidir o acórdão incorreu em julgamento **ultra petita***".

Argumenta o Advogado Público que houve julgamento *ultra petita*, vez que a Turma julgou a lide sem correspondência com o que a própria sentença judicial delimitou, ou seja, não poderia o acórdão ora embargado declarar a nulidade do lançamento em face de todos os responsáveis solidários, e também porque apenas a empresa MOINHOS FALLS obteve decisão judicial neste sentido. Convém transcrever a sentença no qual obteve o provimento da sua pretensão:

SENTENÇA

Trata-se de Procedimento Comum intentado por FALLS TRIGO IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA em face da UNIÃO FAZENDA NACIONAL, pretendendo a declaração de nulidade do Processo Administrativo Fiscal n.º 10909.721591/201496 desde a intimação da ciência do auto de infração.

A União, devidamente citada, reconheceu o pedido inicial, concordando com a nulidade da citação (evento 33).

Defendeu, no entanto, que quem deu causa à ação foi a própria autora, que deixou de se manifestar sobre a nulidade na primeira oportunidade que teve.

Os autos vieram conclusos para sentença.

Decido.

Ante o reconhecimento da procedência do pedido pela parte ré, inexistente controvérsia a ser dirimida, impondo-se a extinção do processo, com resolução de mérito, fundada no artigo 487, III, 'a' do Código de Processo Civil.

Indefiro, no entanto, o pedido para que a autora seja condenada em honorários, visto que não há prova suficiente nos autos de que tenha dado causa à distribuição da presente demanda."

Acrescenta ainda a Procuradoria da Fazenda Nacional que a questão do cerceamento de defesa em relação à MOINHOS FALLS fora saneada com nova oportunidade de apresentação de defesa na esfera administrativa, lembrou também que a decisão judicial não determinou a nulidade de todo o processo administrativo, apenas buscou sanear o feito, determinando a nulidade da citação.

Como se sabe, nos termos do art.65 do RICARF, cabem os Embargos de Declaração quando o Acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma. Servem ainda os Embargos para corrigir eventuais erros materiais. Sua função principal é sanar esses vícios da decisão. Não se trata de recurso que tenha por fim reformá-la ou anulá-la (embora o acolhimento dos embargos possa eventualmente resultar na sua modificação), mas aclará-la e sanar as suas contradições, omissões ou erros materiais.

Antes do enfrentamento dos embargos, necessário se faz expor um breve histórico sobre os fatos envolvidos no processo até a decisão embargada, que serão fundamentais para se entender o caso e chegar a melhor solução para o presente recurso:

- Intimada do Auto de Infração em 04/07/2014 (fl. 139), a autuada PAN ASIA apresentou impugnação e documentos em 06/08/2014, juntados às fls. 143 e seguintes. Referida impugnação foi julgada improcedente pelo Acórdão n° 16-66.817 - 24ª Turma da DRJ/SPO em 18/03/2015 (fl. 324).

- A interessada PAN ASIA interpôs recurso voluntário ao CARF;

- Por meio do Acórdão n° 3402-003.008 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária de 26/04/2016, foi negado provimento ao recurso voluntário (fl. 399);

- Em 02/06/2016 a interessada PAN ASIA interpôs recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (fl. 433);

- Em 21/06/2016 o CARF nega seguimento ao recurso especial (fl. 536);

- Dessa forma, ocorreu o trânsito em julgado na esfera administrativa e os créditos lançados foram encaminhados para inscrição em Dívida Ativa (fl. 556);

- Nesse momento a responsável solidária na autuação, FALLS TRIGO IMP E EXP LTDA, CNPJ 12.058.776/0001-41, ajuizou Ação Declaratória nº 5006580-93.2016.4.04.7002 na 1ª Vara da Justiça Federal de Foz do Iguaçu, alegando a nulidade das cobranças/decisões administrativas por falta de regular intimação do Auto de Infração;

- Por meio da manifestação de fl. 642 e seguintes, a Procuradoria da Fazenda Nacional no Paraná reconhece a procedência do pedido relativo à nulidade e determina a intimação da Alfândega da Receita Federal do Brasil de Itajaí/SC para reabertura do prazo de impugnação da responsável solidária FALLS TRIGO.

- Intimada do Auto de Infração em 16/11/2016 (fl. 571), a responsável solidária FALLS TRIGO apresentou impugnação e documentos em 16/12/2016.

- Ato contínuo, a DRJ-SÃO PAULO (SP) julgou a Impugnação do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre a Importação II

Ano-calendário: 2011, 2012

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO.

A interposição fraudulenta na importação caracteriza a penalidade prevista no art. 23, V, § 1º do Decreto-lei nº 1.455/76.

DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CASO DE FRAUDE, DOLO E SIMULAÇÃO. INICIO DO PRAZO: 1º DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO FATO GERADOR.

A regra é a contagem do início do prazo de decadência, nos casos de lançamento por homologação, a partir do fato gerador: art. 150, caput, do CTN. Entretanto, o § 4º do art. 150 faz ressalva para os casos de dolo, fraude e simulação. Nesses casos, o início do prazo é o 1º dia do exercício seguinte ao fato gerador (art. 173, I, CTN)

Impugnação Improcedente.

- Por fim, esta turma colegiada julgou o Recurso Voluntário no sentido de reconhecer a nulidade de todas as decisões proferidas no presente processo, de primeira e segunda instâncias, em razão do vício na ciência da empresa FALLS do Auto de Infração, determinando o retorno dos autos para a unidade julgadora de primeira instância para novo julgamento conjunto das

Impugnações da PAN ASIA e a FALLS,. conforme refletido na ementa da decisão abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Ano-calendário: 2011, 2012

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS

Uma vez que a empresa indicada como responsável solidária não foi regularmente cientificada do auto de infração, devem ser declarados nulos todos os atos posteriores por preterição do direito de defesa, a luz do artigo 59, inciso II, do Decreto 70235/72.

PAF. DEVIDO PROCESSO LEGAL. JULGAMENTO CONJUNTO. PLURALIDADE DE SUJEITOS

Deve ser declarada a nulidade do acórdão recorrido por necessidade de realização de julgamento conjunto das impugnações interpostas pelos sujeitos passivos. Inteligência do caput do art.3º e § 2º do art.7º da Portaria SRF nº 2.284/2010 e art.59, inciso II, do Decreto 70235/72.

Decisão Recorrida Nula

Aguardando Nova Decisão

Pela leitura do referido acórdão prolatado por esta turma colegiada, percebe-se que as alegações da PFN de que no caso teria ocorrido contradição na decisão recorrida por ter se dado *ultra petita*, posto que o Colegiado julgou a lide sem correspondência com o que a própria sentença judicial delimitou, ou seja, não poderia o acórdão ora embargado declarar a nulidade em face de todos os responsáveis solidários, uma vez que apenas a empresa MOINHOS FALLS obteve decisão judicial neste sentido, não devem prosperar. Passo a explicar.

De plano, constata-se que a decisão recorrida em nenhum momento declarou a **nulidade do lançamento**, como afirma a Procuradoria, restando claro que somente foi declarada a **nulidade das decisões administrativas de primeira e segunda instâncias** do processo por se identificar ofensa ao direito de defesa da empresa FALLS posto que foi reconhecido judicialmente a existência de vício na ciência do auto de infração da empresa solidária FALLS e, no julgamento desta turma colegiada, necessidade de julgamento conjunto dos recursos apresentados pelas empresas autuada e responsável solidária. Abaixo, transcreve-se trecho da decisão que denota o seu conteúdo:

Sendo incontroverso nos autos que ocorreu o vício na ciência do auto de infração, faz-se necessário reconhecer que este também prejudica os atos posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência, em consonância com o estabelecido no § 1º, do art.59, do Decreto nº 70.235/72.

Ao meu sentir, a existência do vício processual identificado nos autos contaminou os julgamentos originários de primeira instância e segunda instância porque não contou com a participação de um dos acusados e este não teve a oportunidade de apresentar recurso contra o lançamento, em afronta ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, conforme prevê o art. 59, II, do Decreto no 70.235/72.

A nulidade das decisões anteriormente proferidas com preterição do direito de defesa é absoluta, uma vez que configura violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. **Dessa forma, no entendimento desse Relator, a nulidade identificada nos autos não pode ser suprida por julgamento novo somente com as alegações da Recorrente, como afirma o acórdão recorrido. Deve-se rejulgar toda a matéria em análise conjunta das alegações e provas apresentadas por ambas as envolvidas (PAN ASIA e FALLS TRIGO).**

Vale ressaltar também que a responsabilidade tributária atribuída na fase inquisitorial de constituição do crédito tributário faz surgir a condição de sujeito passivo, por força do art.121, parágrafo único, II, do CTN, e, nessa condição, é essencial a sua intimação para participar do Processo Administrativo Fiscal (PAF), de acordo com o previsto no inciso V do art. 10, do decreto 70.235/72, *in verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

...

V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

Ademais, a Portaria SRF nº 2.284/2010, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil quando da constatação de pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária, determina a ciência de ambos os sujeitos passivos e encaminhamento para julgamento conjunto após transcorrido o prazo para apresentação de impugnação ou recurso para todos os autuados ou impugnantes, conforme a seguir transcrito:

Art. 2º Os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

Art. 3º Todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento.

(...)

Art. 7º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

§ 2º Os autos somente serão encaminhados para julgamento depois de transcorrido o prazo para apresentação de impugnação ou recurso para todos os autuados ou impugnantes, conforme o caso.

§ 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)

(negritos nossos)

Depreende-se dos dispositivos destacados que se fazem necessários a ciência e o julgamento conjunto da impugnação ou recurso de todos os autuados. Portanto, o vício no tocante à ciência do auto de infração acarretou incontestável prejuízo à Recorrente, contaminando todos os atos posteriores dele decorrentes, incluindo as decisões anteriormente prolatadas pela DRJ e CARF sem a oportunidade de participação da Responsável Solidária.

Portanto, entendo como inválidas as decisões proferidas pelos órgãos julgadores administrativos antes da intimação regular de todos os sujeitos passivos do lançamento, por ofensa a garantia do contraditório e ampla defesa.

(negritos nossos)

Assim, resta evidente que no presente caso não houve contradição ou julgamento *ultra petita*, posto que a decisão recorrida em nenhum momento anulou o lançamento fiscal, reconhecendo apenas a nulidade das decisões administrativas proferidas no processo por existência de ofensa ao direito de defesa da FALLS, em consonância, portanto, com o pedido da empresa presente no seu recurso e a decisão judicial que reconheceu a existência de vício na ciência do auto de infração.

Por fim, a PFN alega que o acórdão recorrido também se omitiu com relação ao art. 95, I do Decreto-Lei 37/66, uma vez que o mencionado artigo determina que não há benefício de ordem na solidariedade aqui discutida, podendo figurar na posição de contribuinte o real adquirente das mercadorias importadas. Eis a redação do art. 95, I, do DL nº 37/66:

Art.95 Respondem pela infração:

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

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III – o comandante ou condutor de veículo nos casos do inciso anterior, quando o veículo proceder do exterior sem estar

consignada a pessoa natural ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV – a pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

*V - conjunta **ou** isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Medida Provisória no 2.15835, de 2001)*

*VI – conjunta **ou** isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Lei no 11.281, de 2006) (negritos nossos)*

Entendo que o dispositivo legal citado não tem qualquer relação com o caso aqui discutido, haja vista que no acórdão proferido não se discutiu a exclusão de qualquer dos sujeitos passivos da relação tributária, e tampouco houve a nulidade do lançamento com relação a qualquer dos envolvidos na importação, como antes já ressaltado.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, uma vez que não foram identificados os vícios de contradição ou omissão apontados no acórdão nº3402-005.336.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator