

PROCESSO Nº: **0804572-82.2015.4.05.8400 - APELAÇÃO**
APELANTE: **FAZENDA NACIONAL**
APELADO: **ECOPAR DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA - ME**
ADVOGADO: **MARCELO ANTONIO PARINTINS MASÔ LOPES**
RELATOR(A): **DESEMBARGADOR(A) FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO -**
4ª TURMA

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fed. RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou procedente o pedido vestibular, declarando nulo o processo administrativo que apurou o débito inscrito em dívida ativa, por manifesto cerceamento do direito de defesa, com a consequente anulação da Execução Fiscal nº. 0000634-88.2010.4.05.8400.

No apelo, sustenta a Fazenda Nacional que a r. sentença se afasta do entendimento do colendo STJ - Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal que não exigem o esgotamento dos meios de comunicação processual previstos no Decreto nº. 70.235/72, para a validade da intimação por edital, mas sim, consideram suficiente, nos termos do art. 23, § 3º, do supracitado Decreto que se tenha revelado infrutífera a tentativa de intimação do contribuinte autuado por um dos meios previstos no *caput* do citado dispositivo. Afirma que, após a tentativa de realização da intimação por via posta, com AR, em relação a qual não subsiste mácula, a intimação por edital, revela-se válida, na linha do entendimento jurisprudencial pacificado sobre a matéria, merecendo censura a r. sentença. Alega que, ainda que a intimação via edital fosse inválida, a sentença também merece reforma, em razão de que a irregularidade na comunicação processual não alcança o processo administrativo fiscal, como um todo, nem tampouco a execução fiscal. Argumenta que a invalidade deve ser circunscrita ao próprio ato processual, não contaminando os atos anteriores, regularmente praticados, devendo a eventual sanção de nulidade restringir-se à própria intimação, conservando-se os atos processuais anteriores e repetindo-se o ato eivado de vício formal. Requer, alfim, que o recurso seja conhecido e provido.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

Éo relatório.

PROCESSO Nº: **0804572-82.2015.4.05.8400 - APELAÇÃO**
APELANTE: **FAZENDA NACIONAL**

APELADO: **ECOPAR DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA - ME**
ADVOGADO: **MARCELO ANTONIO PARINTINS MASÔ LOPES**
RELATOR(A): **DESEMBARGADOR(A) FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO -**
4ª TURMA

VOTO

O Sr. Des. Fed. RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO (Relator):

Analiso o apelo da Fazenda Nacional.

Compulsando os autos, constato que minha compreensão sobre a matéria guarda estreita consonância com a esposada pelo Juízo de Primeira Grau, motivo pelo qual adoto, como razões de decidir, a fundamentação da sentença:

"SENTENÇA

TIPO "A"

1. Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por ECOPAR DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA em face da FAZENDA NACIONAL pleiteando, em sede de urgência, suspensão da exigibilidade do crédito tributário consubstanciado na CDA n.º 37.116.115-0, cobrada nos autos da Execução Fiscal n.º 0000634-88.2010.4.05.8400.

2. Sustenta a autora que: a) o Mandado de Procedimento Fiscal n.º 09408499/2007, que deu azo à inscrição da dívida padece de grave vício; b) foi realizada citação por edital sem restarem frustrados todos os demais meios para concretizar a ciência do contribuinte; c) a sede da empresa é de fácil localização e bem sinalizada na BR 101, KM 78, de modo que todos os demais órgãos públicos (Polícia Federal, Ministério Público...) teriam conseguido encontra-la; d) o auditor da receita federal responsável pelo procedimento administrativo, quando indagado nos autos da Ação Penal n.º 0004542-51.2013.4.05.8400 sobre o exercício de alguma atividade no local sede da empresa, foi titubeante e nebuloso; e) além do endereço correto da empresa, havia nos cadastros da receita federal do Brasil o endereço pessoal de cada sócio da contribuinte, porém não houve tentativa de notificação por tal meio; f) a irregularidade na notificação caracteriza violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e legalidade administrativa, bem como inobservância ao artigo 23, I do Decreto n.º 70.235/72 e ao artigo 8º da lei n.º 6.830/80.

3. Requereu, ao final, a pronúncia de nulidade do processo administrativo que originou o crédito executado.

4. Vislumbrando a presença dos requisitos autorizadores da medida, o juízo deferiu a antecipação

de tutela pleiteada, determinando a suspensão da execução fiscal n.º 0000634-88.2010.4.05.8400 até o julgamento final desta demanda anulatória.

5. Citada, a Fazenda Nacional aduziu ter sido a citação por edital realizada em virtude de as demais terem se mostrado frustradas.

6. Pugnou, nesses termos, pela improcedência do pedido autoral.

7. É o que importa relatar.

8. Assiste razão ao autor.

9. Na espécie, apesar de ter sido realizada intimação editalícia no âmbito do processo administrativo, foi comprovado o não esgotamento, pelo fisco, dos meios de intimação elencados no Decreto n.º 70.235/72, como condição para a citação ficta.

10. Em consulta ao CD (mídia) acautelado na secretaria desta 6ª Vara, no qual consta oitiva do auditor fiscal responsável pelo processo administrativo ora impugnado, vê-se que, de fato, embora constassem dos cadastros da Receita Federal do Brasil os endereços dos sócios, o Fisco não chegou a realizar qualquer diligência diretamente a eles, no sentido de notificá-los da existência do procedimento fiscal.

11. Inclusive, o referido servidor público afirmou que, em tentativa de visita ao local, não encontrou o endereço da empresa (BR 101, KM 78), não tendo como garantir sequer se a empresa se encontrava em atividade no estabelecimento cadastrado. Informou, ainda, que diante de tal fato, procedeu à intimação por Aviso de Recebimento - AR, sem êxito que houvesse êxito.

12. Cumpre pontuar, entretanto, que, não tendo sido encontrado o endereço cadastrado da empresa em tentativa de visita local, tampouco pela via postal, seria razoável a notificação pessoal dos sócios da empresa, conforme preceitua o artigo 23, I, do Decreto 70.235/72, os quais, cientes do procedimento fiscal poderiam manifestar-se, bem como esclarecer o exato local em que se encontra o estabelecimento.

13. Não bastasse isso, a Fazenda não trouxe argumento algum bastante a ilidir a tese deduzida na inicial, revelando-se o reconhecimento do direito da autora, portanto, medida impositiva.

14. Pelo exposto, **julgo procedente** o pedido autoral, e declaro nulo o processo administrativo que apurou o débito inscrito em dívida ativa, por manifesto cerceamento de defesa, com a conseqüente anulação da Execução Fiscal n.º 0000634-88.2010.4.05.8400.

15. Custas na forma da lei.

16. Condeno a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10 % (dez por cento) sobre o valor do débito anulado.

17. Preclusa a instância recursal, arquivem-se os autos com baixa na distribuição.

18. Intimem-se".

Decerto, não merece reproche a r. sentença. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos "acusados em geral" quanto aos "litigantes", seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo.

Nesta senda, insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte no processo administrativo fiscal, sendo certo que a sua ausência implica a nulidade do mencionado procedimento e da Execução Fiscal nele fundada.

De acordo com os termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº. 70325/72, somente na hipótese de restarem infrutíferas as diligências no sentido de localizar o devedor, é que a intimação será feita por edital. Como se observa, a intimação por edital é meio alternativo, excepcional, admitido somente quando frustradas a intimação pessoal ou a intimação por carta.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DE CONTRIBUINTE DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. INTIMAÇÃO DA DECISÃO ATRAVÉS DE ÓRGÃO OFICIAL DE IMPRENSA. PRETERIÇÃO DAS FORMAS ORDINÁRIAS DE INTIMAÇÃO. DESCABIMENTO.

*I - O art. 23, do Decreto 70.235/72, prevê, em seus incisos, a forma de intimação das decisões tomadas em sede de processo administrativo fiscal. Os incisos I e II prevêm, como formas ordinárias, a intimação pessoal ou via postal ou telegráfica, com aviso de recebimento; o inciso III prevê que, em não sendo possível nenhuma das formas de intimação previstas nos incisos I e II, a citação será realizada por edital. **Extrai-se daí que a intimação por edital é meio alternativo, excepcional, admitido somente quando frustradas a intimação pessoal ou por carta.***

II - O § 3º, do art. 23, do Decreto 70.235/72, dispõe que não existe ordem de preferência entre as formas de intimação previstas nos incisos I e II do art. 23, sem se referir ao inc. III do mesmo artigo, em reforço à idéia de que a intimação por edital é exceção.

III - Somente é cabível a intimação por edital, de decisão tomada em sede de processo administrativo fiscal, após frustradas as tentativas de intimação pessoal ou por carta.

IV - O art. 69, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ressalva a aplicação da norma própria quando se tratar de processo administrativo específico. V - Recurso especial improvido". (STJ, REsp. nº. 506.675, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 18.09.2003, DJ. 20.10.2003)

"TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL. NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. DECRETO Nº 70.235/1972. CERCEAMENTO DE DEFESA.

I. Nos termos do art. 23, parágrafo 4º, I, do Decreto n.º 70.235/1972, para a intimação do contribuinte, deve se considerar como domicílio tributário do sujeito passivo o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais. Poderá à Administração Tributária, conforme o art. 23, parágrafo 1º, do citado decreto, o qual dispõe sobre o processo administrativo fiscal, promover a intimação por edital quando frustrada a citação pessoal, por via postal ou por meio eletrônico.

II. No caso dos autos não restou demonstrado que foram usados todos os meios possíveis para a localização do devedor, uma vez que não houve a notificação editalícia, antes do encerramento do processo administrativo e cobrança do crédito, caracterizando-se o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade do processo administrativo e, conseqüentemente, da execução fiscal.

III. Remessa oficial e apelação improvidas". (TRF-5ªR, APELREEX nº. 21.238, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, 4ª Turma, j. 20.03.2012, DJE. 29.03.2012, pág. 716).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CONTRIBUINTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES DO COLENDO STJ E DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO. DESCABIMENTO.

1. Os embargos de declaração não são meios próprios ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição ou omissão, in casu, inexistentes no acórdão embargado.

2. Matéria do recurso foi devidamente analisada, com motivação clara e nítida. Questões enfrentadas conforme as legislação e jurisprudência pertinentes. O magistrado não está obrigado a julgar de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento.

3. Deveras apreciado que: - "a citação na execução fiscal será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma. Frustrada a efetivação pelo correio, a citação será feita alternativamente por oficial de justiça ou por edital, reputando-se válido o ato se tentado pessoalmente pelo meirinho, sem sucesso, for efetuado pela via editalícia; - **somente na hipótese de restarem infrutíferas as diligências no sentido de localizar o devedor, o Decreto nº 70.235/1972, no parágrafo 1º do art. 23, dispõe que a intimação será feita por edital; - in casu, não foram exauridos os outros meios de notificação/intimação do contribuinte sobre o lançamento do crédito fiscal atacado, passando diretamente à expedição de edital; - nulidade absoluta do processo administrativo fiscal, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, LV, da CF/88); - precedentes do colendo STJ (REsp 478853/RS, Rel. Min. Luiz Fux) e desta Corte (AC 560576/SE, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro)."

4. Possível erro do julgamento deve ser sanado por recurso próprio.

5. Embargos de declaração não-providos". (TRF-5ªR, APELREEX nº. 28.549, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, 3ª Turma, j. 12.12.2013, DJE. 17.12.2013, pág. 350).

3. No caso dos autos, não restou demonstrado pela apelante que a empresa executada tenha mudado de endereço, nem que foram usados todos os meios possíveis para a localização do devedor. Como bem salientou o ilustre juiz sentenciante, "em consulta ao CD (mídia) acautelado na Secretaria desta 6ª Vara, no qual consta oitiva do auditor fiscal responsável pelo processo administrativo ora impugnado, vê-se que, de fato, embora constassem dos cadastros da Receita Federal do Brasil os endereços dos sócios, o Fisco não chegou a realizar qualquer diligência diretamente a eles, no sentido de notificá-los da existência do procedimento fiscal". E conclui o magistrado: (...) não tendo sido encontrado o endereço cadastrado da empresa em tentativa de visita local, tampouco pela via postal, seria razoável a notificação pessoal dos sócios da empresa,

conforme preceitua o art. 23, I, do Decreto nº. 70.235/72, os quais, cientes do procedimento fiscal, poderiam manifestar-se, bem como esclarecer o exato local em que se encontrava o estabelecimento".

Entendo que a Fazenda Nacional, ao adotar postura diversa da sugerida acima pelo magistrado *a quo* e, ao mesmo tempo, expedir diretamente o edital de citação, maculou os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cerceando o direito de defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade do processo administrativo e, conseqüentemente, da Execução Fiscal aqui fustigada.

Ressalto, por derradeiro, que o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (*per relationem*) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se, pois, por cumprida a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. VEICULAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 5º, IV, IX E XIV, 93, IX, E 220 DA CARTA MAIOR. MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (PER RELATIONEM). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ACÓRDÃO REGIONAL EM QUE ADOTADOS E TRANSCRITOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA LASTREADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (per relationem). Precedentes. (...)"(AI 855829 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. em 20.11.2012, DJe-241 DIVULG 07.12.2012, pub. 10.12.2012).

Com estas considerações, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença em todos os seus termos.

É como voto.

PROCESSO Nº: 0804572-82.2015.4.05.8400 - APELAÇÃO
APELANTE: FAZENDA NACIONAL
APELADO: ECOPAR DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA - ME
ADVOGADO: MARCELO ANTONIO PARINTINS MASÔ LOPES
RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO -
4ª TURMA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL ANTES DE ESGOTADOS TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS PARA LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. DECRETO Nº. 70.235/72. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE. TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA ("PER RELATIONEM"). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRECEDENTES. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou procedente o pedido vestibular, declarando nulo o processo administrativo que apurou o débito inscrito em dívida ativa, por manifesto cerceamento do direito de defesa, com a consequente anulação da Execução Fiscal nº. 0000634-88.2010.4.05.8400

2. De acordo com os termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº. 70.235/72, somente na hipótese de restarem infrutíferas as diligências no sentido de localizar o devedor, a intimação será feita por edital. Trata-se de meio alternativo, excepcional, admitido somente após frustradas todas as outras formas de intimação.

3. No caso dos autos, não restou demonstrado pela apelante que a empresa executada tenha mudado de endereço, nem que foram usados todos os meios possíveis para a localização do devedor. Como bem salientou o ilustre juiz sentenciante, *"em consulta ao CD (mídia) acautelado na Secretaria desta 6ª Vara, no qual consta oitiva do auditor fiscal responsável pelo processo administrativo ora impugnado, vê-se que, de fato, embora constassem dos cadastros da Receita Federal do Brasil os endereços dos sócios, o Fisco não chegou a realizar qualquer diligência diretamente a eles, no sentido de notificá-los da existência do procedimento fiscal"*. E conclui o magistrado: (...) *não tendo sido encontrado o endereço cadastrado da empresa em tentativa de visita local, tampouco pela via postal, seria razoável a notificação pessoal dos sócios da empresa, conforme preceitua o art. 23, I, do Decreto nº. 70.235/72, os quais, cientes do procedimento fiscal, poderiam manifestar-se, bem como esclarecer o exato local em que se encontrava o estabelecimento"*.

4. Caracterizado o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade do processo administrativo e, conseqüentemente, da execução fiscal.

5. Consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*). Adoção dos termos da sentença como razões de decidir.

6. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ.

7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.