



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3^a REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL N° 0008966-77.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.008966-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRE NABARRETE
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ROSENDO RODRIGUES BAPTISTA NETO
ADVOGADO : ALEXANDRE GOMES D' ABREU e outro
No. ORIG. : 00089667720114036100 11 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Apelação da União contra sentença (fls. 159/161) que, em ação anulatória de débito fiscal, julgou procedente o pedido e declarou nulo o processo administrativo nº 19515.004159/2007-14, bem como os atos subsequentes (constituição do crédito tributário e inscrição do débito em dívida ativa), por entender não aperfeiçoada a intimação por carta, uma vez que entregue no endereço do contribuinte no mesmo dia em que foi preso em flagrante. Honorários advocatícios fixados em R\$ 2.839,15.

A apelante (fls. 167/179) requer, inicialmente, o conhecimento do agravo de instrumento, convertido em retido, interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário do processo administrativo nº 19515.004159/2007-14. Em preliminar, alega a incompetência do Juízo da 11^a Vara Federal Cível em São Paulo, diante da competência absoluta do Juízo Especializado Fiscal da 4^a Vara Federal, no qual tramita a execução nº 0029002-93.2008.403.6182, para julgar toda e qualquer matéria de exceção processual relativa à respectiva inscrição da dívida. No mérito, sustenta a validade da intimação aos seguintes fundamentos:

- a) não há escala de importância entre as modalidades de intimação previstas no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72 que obrigue a administração a escolher uma em detrimento de outra;
- b) a intimação postal observou os comandos da norma de regência;
- c) não há previsão legal que altere a regra para o caso de o contribuinte ter sido preso em flagrante no mesmo dia em que o aviso de recebimento foi entregue, de maneira que a decisão recorrida acabou por legislar;
- d) a administração deve dar ciência de seus atos no domicílio tributário do sujeito passivo e, no caso de este estar sob custódia policial, seria sua obrigação informar o novo endereço de correspondência, pois impossível ao fisco presumir seu paradeiro, pois está adstrito ao princípio da legalidade e não pode criar privilégios ou benesses fiscais fundados em sua discricionariedade;
- e) não houve afronta ao direito de defesa. Na execução fiscal, houve citação do contribuinte em 02/03/2009 (fl. 131), que silenciou quanto à suposta nulidade e só veio a alegá-la às vésperas da audiência de instrução e julgamento do processo criminal, quando provocou juízo alheio ao da execução fiscal em narrativa que sugere estar imerso em surpresas processuais;
- f) não se verifica a prática de qualquer irregularidade administrativa a macular a intimação realizada, que atendeu aos princípios estatuídos no *caput* do artigo 37 da CF.

À fl. 185 foi deferida a intervenção do MPF no processo, nos termos do artigo 93, §3º, do CPP, em razão da suspensão do curso da ação penal nº 0011145-03.2009.403.6181, em trâmite na 9ª Vara Federal Criminal em São Paulo.

Contrarrazões às fls. 190/192, em que alega:

- a) a "*impossibilidade de anulação da sentença em decorrência de prejuízo proveniente da conversão de agravo de instrumento em agravo retido*";
- b) a competência do juízo cível federal para analisar a validade do processo administrativo fiscal e a discussão quanto ao cerceamento do contraditório;
- c) a nulidade da intimação do procedimento administrativo, pois o apelado sequer teve notícia de sua existência, uma vez que o aviso de recebimento foi entregue ao porteiro de sua antiga residência no mesmo dia em que foi preso, o que atenta contra os princípios previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF;
- d) o aviso de recebimento foi assinado por quem não tinha dever jurídico de comunicar o fato ao destinatário e não seria razoável ter como perfeita a citação de pessoa que se encontrava em situação psicológica aflitiva, decorrente de sua prisão em flagrante.

Manifestação do MPF às fls. 148/151, nos termos do artigo 93, §3º, do CPP, no sentido da rejeição da preliminar de incompetência e, no mérito, do provimento da apelação. Afirma que o artigo 23 do Decreto nº 70.235/72 não exige a assinatura do próprio contribuinte para que a intimação via postal seja efetivada validamente, aceito o recebimento pelo porteiro do edifício. Ademais, não consta nos autos prova cabal de que o apelado não foi cientificado do teor da intimação, porque a prisão não é circunstância que, por si só, o impediria de ter conhecimento do ato de comunicação. Não há que se falar em utilização de norma do Código de Processo Penal, pois não há omissão legal a ensejá-la.

É o relatório

VOTO

Primeiramente, cabível o reexame necessário, *ex vi* do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, porquanto a sentença foi proferida contra a União.

A ação foi ajuizada com o objetivo de desconstituir débito fiscal ao fundamento de nulidade da intimação realizada nos autos do procedimento administrativo por via postal. Alega o contribuinte que não teve conhecimento da comunicação, pois foi preso em flagrante no mesmo dia em que a correspondência foi entregue na portaria de sua antiga residência e, assim, teve prejudicado o seu direito de defesa. Do processo administrativo nº 19515.004159/2007-14, ora combatido, resultou a inscrição da dívida ativa da União nº 80.1.08.001982-99 que, por sua vez, embasou a execução fiscal nº 0029002-93.2008.403.6182, em curso na 4ª Vara das Execuções Fiscais em São Paulo, cuja suspensão foi determinada por força de liminar concedida nestes autos, contra a qual foi interposto agravo de instrumento convertido em retido, reiterado na apelação.

I - DO AGRAVO RETIDO

Quanto ao agravo retido apensado aos autos, **conheço-o**, já que requerida a sua apreciação nas razões de apelação, consoante dispõe o artigo 523, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil. No entanto, por ter sido interposto da decisão que concedeu a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário em debate, **declaro-o prejudicado** em razão do julgamento da apelação e da remessa oficial a realizar-se nesta data.

II - DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA

A União sustenta a incompetência do juízo cível para decidir sobre matéria de exceção processual relativa à inscrição de dívida cuja cobrança está em andamento em execução fiscal. Sem razão a apelante. O debate quanto à inexistência da obrigação é tipicamente realizado por meio dos embargos previstos no artigo 16 da LEF. No entanto, o direito constitucional de ação permite ao devedor que ajuíze ação cognitiva com o mesmo propósito, com o diferencial de não suspender o processo exacial, senão se oferecida garantia e assim decidido pelo juízo. Assim, nada impede que o executado opte pela via da ação anulatória de débito no lugar dos embargos de devedor. É certo que há relação de prejudicialidade entre a ação anulatória e a respectiva execução.

Entretanto, a modificação pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa, nos termos do artigo 91 c/c o artigo 102, ambos do Código de Processo Civil. Ocorre que a competência das varas especializadas de execução fiscal é absoluta e, portanto, improrrogável, de maneira que está impossibilitada a reunião dos feitos e as ações devem seguir seu curso separadamente. Nesse sentido, trago os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE. CONEXÃO. NORMA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. EXISTÊNCIA DE VARA ESPECIALIZADA PARA JULGAR EXECUÇÕES FISCAIS. REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE.

1. *Esta Seção, ao julgar o CC 106.041/SP (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 9.11.2009), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu pela impossibilidade de serem reunidas execução fiscal e ação anulatória de débito precedentemente ajuizada, quando o juízo em que tramita esta última não é Vara Especializada em execução fiscal, nos termos consignados nas normas de organização judiciária. No referido julgamento, ficou consignado que, em tese, é possível a conexão entre a ação anulatória e a execução fiscal, em virtude da relação de prejudicialidade existente entre tais demandas, recomendando-se o simultaneus processus. Entretanto, nem sempre o reconhecimento da conexão resultará na reunião dos feitos. A modificação da competência pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa e desde que observados os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 292 do CPC. A existência de vara especializada em razão da matéria contempla hipótese de competência absoluta, sendo, portanto, improrrogável, nos termos do art. 91 c/c 102 do CPC. Dessarte, seja porque a conexão não possibilita a modificação da competência absoluta, seja porque é vedada a cumulação em juízo incompetente para apreciar uma das demandas, não é possível a reunião dos feitos no caso em análise, devendo ambas as ações tramitarem separadamente. Embora não seja permitida a reunião dos processos, havendo prejudicialidade entre a execução fiscal e a ação anulatória, cumpre ao juízo em que tramita o processo executivo decidir pela suspensão da execução, caso verifique que o débito está devidamente garantido, nos termos do art. 9º da Lei 6.830/80.*

2. *Pelas mesmas razões de decidir, o presente conflito deve ser conhecido e declarada a competência do Juízo suscitado para processar e julgar a ação anulatória de débito fiscal.*

(*CC 105.358/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 22/10/2010*)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. IPTU. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. AÇÃO ANULATÓRIA EM OPOSIÇÃO A EXECUÇÃO FISCAL. VIABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

(...)

2. *Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor promova pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional.*

(...)

4. *Agravo regimental improvido.*

(*AgRg no REsp 1054833/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 02/08/2011*)

Preliminar de incompetência que se rejeita.

III - DO MÉRITO

A intimação por via postal no processo administrativo fiscal está prevista no artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, que assim dispõe:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

A norma ainda prevê:

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

No caso em exame, a Receita Federal encaminhou notificação ao contribuinte para informar o encerramento do processo administrativo que resultou em crédito tributário relativo ao imposto de renda da pessoa física. O aviso de recebimento foi entregue no dia 14/12/07, assinado por Ednael Oliveira Santos (fl. 56). De fato, foram respeitadas as disposições contidas no Decreto nº 70.235/72: foi eleita a intimação por via postal (e não há ordem de preferência - art. 23, §3º), com prova de recebimento (art. 23, inciso II), no endereço fornecido pelo administrado em seu cadastro fiscal (art. 23, §4º, inciso I) e, conforme bem observado pelo membro do Ministério Público Federal, a lei não exige a assinatura do próprio contribuinte para sua efetivação, daí porque se aceita a entrega ao porteiro da residência como válida. Assim, a administração agiu nos estritos termos do artigo 37 da Constituição Federal. Não obstante, a presunção da validade da intimação postal é *iuris tantum*, de maneira que admite prova em contrário e, *in casu*, há situação fática a elidi-la. Está comprovado nos autos que o autor foi preso em flagrante no mesmo dia em que o AR foi entregue em seu endereço fiscal, ou seja, em 14/12/2007 (auto de prisão em flagrante à fl. 76), e ficou sob custódia da Polícia Federal de São Paulo até 14/12/2007, oportunidade em que foi encaminhado à Penitenciária de Tremembé II, onde cumpriu pena sob o regime fechado (fl. 81) até 02/06/2010, data em que foi beneficiado pelo livramento condicional (fl. 83). Embora não haja previsão expressa que altere a regra no caso em que o notificado tenha sido preso em flagrante no mesmo dia, bem como não seja possível invocar o cárcere para se eximir de suas obrigações, entendo que a prisão representa extrema restrição da liberdade do indivíduo, pois o retira do convívio social e

impede a realização das rotinas mais simples, dentre elas, a verificação de sua correspondência. Se a clausura não é circunstância que por si só impede o conhecimento do ato de comunicação, conforme alega o representante do *parquet*, por outro lado, dada a restrição sofrida pelo preso, as cartas só poderiam ter-lhe sido entregues por meio da intervenção de outra pessoa, e não se pode presumir que terceiro não obrigado legalmente tenha cumprido a tarefa. Dessa maneira, enquanto o ato da administração tenha respeitado a forma legal, o seu objetivo não foi alcançado por razões estranhas à sua atuação e à vontade do contribuinte. Portanto, não se trata de imputar falha à atuação fazendária ou de criar hipótese de intimação não prevista em lei, mas de reconhecer a supremacia da finalidade do ato sobre a sua forma.

Quanto à afirmação de que seria obrigação do contribuinte informar a alteração de seu domicílio fiscal, pois o fisco não pode presumir seu paradeiro e, adstrito ao princípio da legalidade, não pode criar regra de exceção a resultar em privilégios ou benesses, é preciso destacar que não se está a discutir intimações a serem realizadas após a prisão. A controvérsia limita-se àquele ato realizado em 2007, quando foi impossível ao autor informar a alteração de seu domicílio em tempo hábil. Afinal, a mudança ocorreu no mesmo dia da entrega da documentação e por ato alheio à sua vontade.

No que diz respeito à alegação de que não houve prejuízo à defesa do contribuinte, uma vez que foi citado no processo executivo fiscal em 02/03/2009 (fl. 131) e deixou de alegar a nulidade, igualmente improcedente. A efetiva citação no processo de execução não tem a força de regularizar a ausência de intimação do processo administrativo que o precedeu. Evidente o prejuízo sofrido pela parte, que não teve oportunidade de recorrer da decisão administrativa que culminou na inscrição da dívida ativa, contrariados, assim, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV da Constituição da República. A possibilidade de defesa por meio de oposição de embargos não valida a nulidade do procedimento fiscal, nem retira da parte o direito de vê-la reconhecida em ação autônoma própria se assim lhe for conveniente.

Por fim, em relação à insurgência contra a aplicação subsidiária do artigo 360 do Código de Processo Penal, nos termos do qual está prevista a citação pessoal do réu que estiver preso, observo que, apesar de ter constado na inicial, a procedência do pedido se dá por motivo diverso, conforme explicitado, e não se cogita de sua incidência na situação em exame.

Por todos esses motivos, é nula a intimação realizada por via postal, em que a entrega foi feita a terceiro no mesmo dia em que o contribuinte a ser notificado foi preso em flagrante, diante da ausência de consumação do objetivo do ato, conforme prova juntada aos autos.

IV - DA SUCUMBÊNCIA

À vista da sucumbência integral da ré, que resultou na anulação da certidão de dívida ativa referente ao crédito fiscal de R\$ 40.702,66, a sentença de procedência fixou a verba honorária no valor de R\$ 2.839,15, montante que se apresenta adequado aos parâmetros consolidados pela jurisprudência desta Quarta Turma.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida, e julgar prejudicado o agravo retido.

Comunique-se o teor deste julgado ao Juízo da 4^a Vara Federal das Execuções Fiscais em São Paulo e ao Juízo da 9^a Vara Federal Criminal em São Paulo, em razão do trâmite dos processos nº 0029002-93.2008.403.6182 e 0011145-03.2009.403.6181, respectivamente.

É como voto.

**André Nabarrete
Desembargador Federal**

24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ANDRE NABARRETE NETO:10023
Nº de Série do Certificado: 6BAA9E1A525190D6
Data e Hora: 06/05/2013 18:54:06

APELAÇÃO CÍVEL N° 0008966-77.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.008966-6/SP

D.E.

Publicado em 27/05/2013

RELATOR : Desembargador Federal ANDRE NABARRETE
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ROSENDO RODRIGUES BAPTISTA NETO
ADVOGADO : ALEXANDRE GOMES D' ABREU e outro
No. ORIG. : 00089667720114036100 11 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO. PREJUDICADO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL PARA CONHECER DE MATÉRIA RELATIVA À NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO ACOLHIMENTO. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL. DECRETO N° 70.235/72, ART. 23. RECEBIMENTO POR TERCEIRA PESSOA. PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM*. SITUAÇÃO FÁTICA QUE A ELIDI. ENTREGA NO MESMO DIA EM QUE O CONTRIBUINTE FOI PRESO EM FLAGRANTE. PREJUÍZO PARA A DEFESA CONFIGURADO. A NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL NÃO É CONVALIDADA PELA CITAÇÃO VÁLIDA NA EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL QUE SE RECONHECE DIANTE DA AUSÊNCIA DE CONSUMAÇÃO DO OBJETIVO DO ATO.

1. Impõe o reexame necessário da sentença, à luz do disposto no inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil.

2. Agravo retido contra o deferimento da liminar conhecido, pois requerida a sua apreciação nas razões de apelação (art. 523, *caput* e §1º, do CPC) e prejudicado em razão do julgamento da apelação e da remessa oficial nesta data.

3. O debate quanto à inexistência da obrigação é tipicamente realizado por meio dos embargos previstos no artigo 16 da LEF, mas o direito constitucional de ação permite ao devedor que ajuíze ação cognitiva com o mesmo propósito. Nada impede que o executado opte pela via da ação anulatória de débito no lugar dos embargos de devedor. Embora exista relação de prejudicialidade entre a ação anulatória e a respectiva execução, a modificação pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa, nos termos do artigo 91 c/c o artigo 102, ambos do Código de Processo Civil. Competência das varas especializadas de execução fiscal absoluta e, portanto, improrrogável, de maneira que está impossibilitada a reunião dos feitos e as ações devem seguir seu curso separadamente. Preliminar rejeitada.

4. A intimação por via postal no processo administrativo fiscal está prevista no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72.

5. Ato que, mesmo respeitada a forma legal não atingiu sua finalidade, pois a correspondência foi entregue a terceiro (porteiro) no mesmo dia em que o contribuinte a ser intimado foi preso em flagrante.

6. Presunção *iuris tantam* que admite prova em contrário. Comprovada nos autos situação fática apta a elidi-la.

7. Embora não haja previsão expressa que altere a regra no caso em que o notificado tenha sido preso em flagrante no mesmo dia, bem como não seja possível invocar o cárcere para se eximir de suas obrigações, a prisão representa extrema restrição da liberdade do indivíduo, pois o retira do convívio social e impede a realização das rotinas mais simples, dentre elas, a verificação de sua correspondência.

8. Não se pode presumir que terceiro não obrigado legalmente tenha entregue as cartas ao preso.

9. É obrigação do contribuinte informar a alteração de seu domicílio fiscal. *In casu*, a controvérsia limita-se àquele ato realizado em 2007, quando foi impossível ao autor informar a alteração de seu domicílio em tempo hábil. Afinal, a mudança ocorreu no mesmo dia da entrega da documentação e por ato alheio à sua vontade.

10. A efetiva citação no processo de execução não tem a força de regularizar a ausência de intimação do processo administrativo que o precedeu. Evidente o prejuízo sofrido pela parte, que não teve oportunidade de recorrer da decisão administrativa que culminou na inscrição da dívida ativa, contrariados, assim, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV da Constituição da República. A possibilidade de defesa por meio de oposição de embargos não valida a nulidade do procedimento fiscal, nem retira da parte o direito de vê-la reconhecida em ação autônoma própria se assim lhe for conveniente.

11. Procedência que não se funda no pedido de aplicação subsidiária do CPP.

12. Nulidade da intimação reconhecida.

13. Anulação da certidão de dívida ativa de R\$ 40.702,66 e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.839,15, montante que se apresenta adequado aos parâmetros consolidados pela jurisprudência desta Quarta Turma.

14. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, a que se nega provimento. Agravo retido que se julga prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida, e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de maio de 2013.

**André Nabarrete
Desembargador Federal**

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ANDRE NABARRETE NETO:10023
Nº de Série do Certificado: 6BAA9E1A525190D6
Data e Hora: 06/05/2013 18:54:03
