

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 1ª Turma Cível

Processo N. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0713139-79.2018.8.07.0000

AGRAVANTE(S) ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - ME

AGRAVADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador TEÓFILO CAETANO

Acórdão N° 1140915

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INSCRITO NA DÍVIDA ATIVA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL PRÉVIO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO. DECISÃO. REJEIÇÃO. DECISÃO. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL LOCAL. CIÊNCIA DA CONTRIBUINTE. APERFEIÇOAMENTO. ADMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL OU POR AVISO DE RECEBIMENTO. INEXISTÊNCIA. FÓRMULA DE APERFEIÇOAMENTO DA CIÊNCIA. PUBLICAÇÃO. DERRADEIRA HIPÓTESE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PRECEDENTES E REPUTADOS PRIORITÁRIOS. (LEI DISTRITAL 4.567/11, ART. 11 E §§ 1º E 2º). INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO ORIGINÁRIO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. FORMA INOBSERVADA. TUTELA PROVISÓRIA SOB A FORMA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE. CONCESSÃO. PRESSUPOSTOS PRESENTES (NCPC, ARTS. 300 e 303). DEFERIMENTO. NECESSIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR TER A PARTE RECORRIDO. INOCORRÊNCIA.

1. A antecipação de tutela formulada sob a forma de tutela provisória de urgência postulada em caráter antecedente tem como pressupostos genéricos a ponderação da subsistência de prova inequívoca e a verossimilhança da argumentação alinhada de forma a ser aferido que são aptas a forrar e revestir de certeza o direito material invocado, e, outrossim, a subsistência de risco de advir à parte postulante dano irreparável ou de difícil reparação ou risco ao resultado útil do processo, à medida que não tem caráter instrumental, ensejando, ao contrário, o deferimento da prestação perseguida de forma antecipada (NCPC, arts. 300 e 303).

2. Consoante emerge da interpretação sistemática da regulação legal que pauta o processo administrativo-tributário no âmbito local, instaurado contencioso administrativo, a intimação do contribuinte da decisão que, implicando o desprovimento do recurso que formulara, ensejará a constituição de débito tributário em seu desfavor, deve ser realizada preferencialmente sob a forma

pessoal ou pela via postal com aviso de recebimento - AR, reservando-se a intimação via publicação no Diário Oficial do Distrito Federal – DODF somente quando inviabilizadas as formas de intimação prioritárias por encerrarem certeza sobre a cientificação (Lei Distrital nº 4.567/11, art. 11 e §§ 1º e 2º).

3. A impugnação ao auto de infração que, mediante o reconhecimento de que o contribuinte praticara infração tributária, debita-lhe o pagamento do crédito tributário apurado, resultando na sua inscrição em dívida ativa, deve transitar sob o formato do devido processo legal administrativo, que encarta o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os recursos que lhe são inerentes (CF, art. 5º, LV), resultando que, desprovido o recurso manejado pelo contribuinte, deve o contribuinte impugnante ser necessariamente cientificado, na forma legalmente estabelecida, do resultado alcançado pelo órgão fazendário, pois ainda o assiste o direito de valer-se de recurso administrativo e das vias judiciais como forma de obstar a aplicação da decisão administrativa, derivando da inobservância dessa regulação vício de procedimento que afeta o crédito tributário, legitimando que seja suspensa sua exigibilidade.

4. A formulação da pretensão reformatória com lastro nos parâmetros defendidos pela parte recorrente como aptos a aparelhá-la e legitimar seu acolhimento não importa em alteração da verdade, encerrando simples exercício dialético e defesa do direito, cujo reconhecimento é postulado de conformidade com a apreensão que extraíra da regulação legal que lhe é dispensada, obstando que o havido seja enquadrado como fato apto a ensejar a caracterização da litigância de má-fé, mormente quando o recurso é acolhido.

5. Agravo conhecido e provido. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, TEÓFILO CAETANO - Relator, SIMONE LUCINDO - 1º Vogal e RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de Novembro de 2018

Desembargador TEÓFILO CAETANO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de **agravo de instrumento** aviado por **Itamar Comercial de Alimentos Ltda - ME** em face da decisão que, nos autos da **ação anulatória de ato administrativo** que maneja em desfavor do **Distrito Federal**, indeferira a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que reclamara objetivando a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativo ao ICMS retratado na CDA nº 5.018.077.975-3. Almeja a agravante a desconstituição da decisão devolvida a reexame e, por conseguinte, sua contemplação com o provimento antecipatório que originalmente postulara.

Segundo o alinhado na decisão agravada, em consonância com o disposto no art. 11 da Lei Distrital nº 4.567/2011, que cuida do processo administrativo fiscal no âmbito do Distrito Federal, foram estabelecidos diversos meios de intimação das decisões proferidas em sede de contencioso fiscal, não

havendo, contudo, imposição para que o devedor seja intimado pessoalmente. Destacara o provimento, outrossim, que a decisão desfavorável à impugnação administrativa formulada pela contribuinte fora publicada no Diário Oficial do Distrito Federal e, ainda, fora objeto de comunicação por escrito, não se inferindo violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois a intimação fora regular, em conformidade com as regras aplicáveis.

Como estofa da pretensão reformatória, argumentara, em suma, que, no dia 24.05.2011, fora lavrado em seu desfavor o Auto de Infração nº 2863/2011, por suposta infração à legislação tributária local, decorrente de aproveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS. Assinalara que, inconformada com a autuação, formulara impugnação, que fora refutada pela autoridade fiscal competente. Mencionara que, em consonância com o decidido administrativamente, não recolhera o ICMS decorrente do aproveitamento indevido de crédito fiscal relativo a documento fiscal inidôneo, imputando-lhe débito de R\$ 914.488,27 (novecentos e quatorze mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e vinte e sete centavos). Observara que a decisão que rejeitara a impugnação que formulara fora publicada exclusivamente no Diário Oficial local, de modo que, não tivera ciência do resolvido, o que ensejara a consolidação do débito tributário e, por conseguinte, a inscrição do importe individualizado em Certidão da Dívida Ativa nº 5.018.077.975-3.

Asseverara que a mera publicação no diário oficial não fora hábil a lhe conferir ciência sobre a rejeição da impugnação, maculando a higidez do procedimento administrativo. Destacara que nas fases pretéritas do contencioso fiscal fora intimada pessoalmente ou por AR, afigurando-se ilegal a intimação via de publicação do Diário Oficial. Apontara que, em consonância com o artigo 11 da Lei Distrital nº 4.567/2011, que trata do processo administrativo fiscal, no âmbito do Distrito Federal, a intimação do contribuinte deve ser pessoal ou por via postal, com aviso de recebimento e, somente quando frustradas essas formas de intimação, ressoa possível a intimação mediante publicação no diário oficial. Acentuara que, no procedimento administrativo nomeado, seu endereço fiscal encontrava-se correto, ressoando, portanto, nula a intimação via publicação.

Aduzira que, ao contrário do que assentara a decisão guerreada, não lhe fora encaminhada qualquer comunicação por escrito acerca da resolução da impugnação administrativa. Salientara que o Conselho Especial dessa Corte de Justiça, resolvendo o incidente de inconstitucionalidade nº 2017.00.2.011085-3, assentara que a regra albergada no §3º do artigo 11, da Lei Distrital nº 4.567/2011, que determina que a intimação referente aos atos e decisões dos processos sujeitos à jurisdição contenciosa poderá ser efetuada diretamente por publicação no DODF, deve ser interpretada no sentido de que a opção pela publicação no Diário Oficial pode ocorrer apenas após o esgotamento dos meios ordinários de intimação (pessoal, postal e eletrônico), quando se tratarem de atos e decisões que impliquem prejuízo ao administrado.

Sustentara, alfim, que a publicação da decisão, que rejeitara a impugnação que formulara no âmbito do processo administrativo fiscal, exclusivamente no Diário Oficial, sem que fossem esgotados os meios legais para essa medida de exceção, configura a violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do direito de ação/petição e da recorribilidade, do duplo grau de jurisdição e da segurança jurídica. Acrescentara que, conquanto presentes os requisitos necessários à concessão do provimento antecipatório que postulara, não lhe fora concedido, somente lhe restando o duplo grau de jurisdição como forma de obtê-la e prevenir os prejuízos passíveis de lhe advir do decisório arrostado. Esteado nesses argumentos, reclamara, a desconstituição do decisório arrostado e, por conseguinte, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativo ao ICMS retratado na CDA nº 5.018.077.975-3.

Admitido o processamento do agravo, não havendo sido formulado pedido de antecipação da tutela recursal, fora assinalado prazo ao agravado para, querendo, contrariar o recurso ^[1].

O agravado, devidamente intimado, contrariara o agravo, defendendo, em suma, seu desprovimento e a condenação da agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, pois procedera de modo temerário e provocara incidente manifestamente infundado^[2].

É o relatório.

[1] - Decisão ID Num. 4928369– Pág. 1 (fl. 304).

[2] - Contraminuta ID Num. 5083521 – Pág. 1/11 (fls. 307/317).

VOTOS

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Relator

Cabível, tempestivo, preparado, subscrito por advogado devidamente constituído e corretamente aparelhado, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do agravo.

Cuida-se de agravo de instrumento aviado por Itamar Comercial de Alimentos Ltda - ME em face da decisão que, nos autos da ação anulatória de ato administrativo que maneja em desfavor do Distrito Federal, indeferira a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que reclamara objetivando a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativo ao ICMS retratado na CDA nº 5.018.077.975-3. Almeja a agravante a desconstituição da decisão devolvida a reexame e, por conseguinte, sua contemplação com o provimento antecipatório que originalmente postulara.

Segundo o alinhado na decisão agravada, em consonância com o disposto no art. 11 da Lei Distrital nº 4.567/2011, que cuida do processo administrativo fiscal no âmbito do Distrito Federal, foram estabelecidos diversos meios de intimação das decisões proferidas em sede de contencioso fiscal, não havendo, contudo, imposição para que o devedor seja intimado pessoalmente. Destacara o provimento, outrossim, que a decisão desfavorável à impugnação administrativa formulada pela contribuinte fora publicada no Diário Oficial do Distrito Federal e, ainda, fora objeto de comunicação por escrito, não se inferindo violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois a intimação fora regular, em conformidade com as regras aplicáveis.

De acordo com o alinhado, o objeto deste agravo cinge-se à aferição da presença dos requisitos aptos a legitimarem que, em sede de provimento antecipatório, sejam suspensos os efeitos da CDA nº 5.018.077.975-3, que estampa débito tributário de ICMS imputado à agravante, no valor de R\$ 914.488,27 (novecentos e quatorze mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e vinte e sete centavos), sob o argumento de que a exação combatida é inexigível, porquanto o procedimento administrativo fiscal em que fora constituído padece de nulidade, tendo em vista que não fora regularmente intimada da decisão que rejeitara a impugnação que formulara, restando violados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Alinhadas essas premissas e emoldurado o objeto do agravo, seu desenlace não encerra dificuldade.

Inicialmente deve ser registrado que a tutela provisória de urgência consubstancia medida destinada a assegurar, havendo verossimilhança da argumentação que induza plausibilidade ao direito invocado e risco de dano se não concedida, a intangibilidade do direito, velando pela utilidade do processo, ostentando natureza instrumental. Ante a natureza jurídica da qual se reveste, a tutela de urgência deve derivar de elementos que evidenciem a probabilidade do direito invocado, conferindo lastro material apto a sustentar de modo inexorável o direito controvertido de lastro material, legitimando que seja assegurada sua intangibilidade até o desate da lide.

Aliado à plausibilidade do direito vindicado, consubstancia pressuposto da antecipação de tutela de urgência a aferição de que a sua não concessão poderá advir dano à parte; ou risco ao resultado útil do processo. É o que se extrai do disposto no artigo 300 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Comentando a nova regra procedimental, Daniel Amorim Assumpção Neves^[1] preceitua que: *“Segundo o art. 300, caput, do Novo CPC, tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito. A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema, sendo a mesma probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão de tutela cautelar e antecipada. O legislador não especificou que elementos são esses capazes de convencer o juiz, ainda que mediante uma cognição sumária, a conceder a tutela de urgência pretendida. É natural que o convencimento do juiz para a concessão da tutela de urgência passa pela parte fática da demanda, já que o juiz só aplicará o direito ao caso concreto em favor da parte se estiver convencido, ainda que em juízo de probabilidade, da veracidade das alegações de fato da parte. ... Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito”.*

Alinhadas essas considerações, no caso, a relevância da fundamentação fora devidamente evidenciada pela agravante. Com efeito, do cotejo dos autos apura-se que, no dia 24.05.2011, fora lavrado em seu desfavor o Auto de Infração nº 2863/2011[2], por suposta infração à legislação tributária local, decorrente de aproveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS. Diante do fato, no 13.05.2011 formulara impugnação[3], postulando a decretação da nulidade do auto de infração lavrado em seu desfavor. Aludida impugnação somente fora resolvida em 09 de março de 2016[4], publicando-se a decisão no Diário Oficial do Distrito Federal do dia 16 de março de 2016[5], nos seguintes termos:

“SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA

**SUBSECRETARIA DA RECEITA COORDENAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO GERÊNCIA DE
JULGAMENTO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

EDITAL Nº 22, DE 14 DE MARÇO DE 2016

O GERENTE DE JULGAMENTO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL, DA COORDENAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO, DA SUBSECRETARIA DA RECEITA, DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, torna pública as decisões do julgamento de primeira instância, as quais declaram a IMPROCEDÊNCIA da impugnação dos processos abaixo relacionados, na seguinte ordem: PROCESSO, INTERESSADO, DOCUMENTO DE LANÇAMENTO, CNPJ/CPF, EFEITO NO LANÇAMENTO, REEXAME NECESSÁRIO AO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS: ... 0040.002312/2011, ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA (SUPERMERCADOS TATICO), AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2863/2011,08.661.708/003-67, SEM EFEITO NO LANÇAMENTO, SEM REEXAME NECESSÁRIO; ... Nos termos do artigo 69, combinado com §2º do artigo 12 do Decreto nº 33.269/2011, o prazo para a apresentação do recurso voluntário é de 30 (trinta) dias a partir da data da publicação. Ficam os sujeitos passivos mencionados INTIMADOS a recolher o crédito tributário, referente à parte

controversa, exigido nos processos acima ou, querendo interpor recurso voluntário ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. O não atendimento a essa intimação implicará inscrição do débito em dívida ativa e posterior cobrança judicial.

Há que ser destacado que, além da publicação individualizada, a decisão fora encaminhada por mensagem eletrônica[6] à agravante, como se extraí do abaixo reproduzido, *in verbis*:

“DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

CFDF: 07.484.934/003-29

Interessado: ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA (SUPERMERCADOS TATICO)

Senhor Contribuinte,

Encaminha-se, em anexo, a Decisão nº 0322/2016, referente à impugnação apresentada nos autos do Processo nº 0040.002313/2011, contra o lançamento abaixo identificado:

TRIBUTO: ICMS

Auto de infração: 2863/2011

As orientações quanto aos procedimentos para pagamento do tributo e/ou interposição de recurso estão explicitados na Notificação anexa, se for o caso.

ATENÇÃO!

Se o pagamento for efetuado até o último dia do prazo fixado para o cumprimento da decisão de primeira instância, o percentual da multa aplicada, em razão do descumprimento de obrigação principal, será reduzido em 65%. (inciso II do art. 65-A da Lei 1.254/96).

O encaminhamento desta mensagem e de seus anexos constitui mera ação pró-ativa para evitar deslocamento do contribuinte até a Administração Tributária para obtenção de cópias. A contagem do prazo legal, para interposição de recurso à Segunda Instância ou realização de pagamento, tem início a partir da publicação do Edital de intimação no DODF, nos termos do § 2º do art. 12 do Decreto nº 33.269/2011.

EDITAL Nº 22, PUBLICADO NO DODF 51, PG 36, DE 16/03/2016.

Atenciosamente,

Gerência de Julgamento do Contencioso Administrativo

Nº Mensagem: 6820545

Data Postagem: 18/03/2016

Data da Ciência: 19/04/2016 - 08.661.708/0003-67”

Consignados esses fatos, deve ser registrado que a Lei nº 4.567/2011, que cuida do processo administrativo fiscal no âmbito do Distrito Federal, fixara, em seu artigo 11, as formas de intimação dos sujeitos passivos em sede de contencioso de natureza tributária. **Conquanto a redação desse dispositivo tenha sido parcialmente alterada pela Lei nº 5.910 de 13.07.2017, no caso, será**

reproduzido o texto vigente à época da publicação da decisão que rejeitara a impugnação administrativa formulada pela agravante, por traduzir a norma legal que deve lastrear a resolução da controvérsia. Confira-se:

“Art. 11. Far-se-á a intimação:

I – por servidor competente, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem os intimar;

II – por via postal, com aviso de recebimento;

III – por publicação no Diário Oficial do Distrito Federal – DODF;

IV – por meio eletrônico, atestado o recebimento mediante:

a) certificação digital;

b) envio ao endereço eletrônico atribuído ao contribuinte pela administração tributária;

V – pela publicação no sítio da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, na Internet, nos casos de deferimento integral em processos de jurisdição voluntária ou quando o sujeito passivo for notificado por qualquer um dos meios dispostos nos incisos acima.

Deflui do preceito legal trasladado que a intimação dos atos e decisões proferidos no âmbito do procedimento administrativo pode ser consumada via de uma das formas individualizadas, a saber: (i) pessoal, devendo ser recolhida a assinatura do contribuinte; (ii) por via postal, com aviso de recebimento; (iii) por publicação no DODF; (iv) por meio eletrônico, mediante certificação digital; e (v) por publicação no sítio eletrônico da secretaria fazendária. Conforme se infere do dispositivo, não fora estabelecida ordem de preferência acerca das formas de intimação. Ocorre, contudo, que fora fixado pelo §1º, do artigo 11, acima reproduzido, que nos procedimentos administrativos fiscais que compreenderem a lavratura de auto de infração e a constituição de crédito tributário por intermédio de auto de infração, a intimação do contribuinte somente será efetuada via publicação no DODF após terem sido esgotados os outros meios de intimação, consoante se extraí do texto que ora se transcreve:

“ ...

§1º A intimação quanto aos atos, procedimentos e processos previstos nos Títulos III, IV e V só será efetuada por publicação no DODF depois de esgotados os meios previstos nos incisos II e IV do caput deste artigo, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo e no art. 36, § 2º.

§ 2º No caso de comprovada impossibilidade de intimação pelas vias previstas nos incisos II e IV do caput, a intimação por publicação no DODF poderá ser feita sem a observância do disposto no § 1º deste artigo.”

Demais disso, merece ser registrado que o §3º, do artigo 11, da Lei nº 4.567/2011, também previra a possibilidade de se efetuar a intimação do sujeito passivo de contenciosos fiscais diretamente por publicação no DODF, *in verbis*:

“...

§ 3º A intimação referente aos atos e decisões dos órgãos julgadores de primeira e de segunda instâncias em processos sujeitos à jurisdição contenciosa poderá ser efetuada diretamente por publicação no DODF.”

Com efeito, para que haja convergência entres os diversos parágrafos que compõe o artigo 11, a interpretação cabível deve ser no sentido de que, a intimação do sujeito passivo, em sede de procedimento administrativo tributário, deve ser preferencialmente pessoal ou por AR, mediante aviso de recebimento, sobejando possível a publicação no DODF, quando inviabilizadas essas formas de intimação, hipótese em que poderá ser efetuada diretamente via publicação no diário oficial local. Comentando o tema, Jamis Marim^[7] pontuara o seguinte:

“As intimações têm por finalidade genérica comunicar o contribuinte ou outros sujeitos dos atos e termos, ocorrências, petições ou decisões do procedimento ou processo, seja para mera ciência; para cumprimento de providência ou determinação e para tornar possível o exercício do contraditório ou a interposição de recurso administrativo.

a. Intimação pessoal. A intimação pessoal pode ser realizada pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto. Em havendo recusa no recebimento da intimação, esta deve ser formalizada através de declaração do agente público competente. Esta declaração do agente é ato administrativo de caráter declaratório e goza de fé pública e presunção de veracidade (presunção relativa, no entanto, que pode ser infirmada por meio de prova em sentido contrário no bojo do próprio processo em que foi realizada).(...

Assim também a citação por edital não deve ser feita pela forma da simples afixação no órgão, pois – embora se trate de ‘dependência franqueada ao público’ não assegura o mínimo indispensável de publicidade (e portanto de segurança jurídica) para que o ato editalício alcance sua finalidade, propiciando – em ambos os casos – a alegação pelo contribuinte de nulidade da notificação ou intimação com fundamento nas regras cogentes previstas nos §§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 26 da LGPAF: (a) os meios utilizados para a intimação devem assegurar a certeza da ciência do interessado; (b) a intimação por edital deve ser efetuada por meio de publicação oficial. Por tal ordem de razões, a Lei 11.196/2005 e, posteriormente, a Lei 12.844 de 2013 cuidou de ajustar o Dec. 70.235/1972 às exigências de segurança jurídica no terreno das intimações ao contribuinte, atribuindo nova redação e acrescentando dispositivos aos parágrafos do art. 23 e seus incisos, que devem ser rigorosamente observados, sob pena de nulidade. (...)

c. Intimação por edital. A intimação ou a notificação de lançamento por edital pode ser utilizada quando – motivada e comprovadamente – os meios próprios não possam ser utilizados. Por se tratar de mecanismo excepcional de comunicação da pretensão fiscal ou de notícia processual, o pressuposto de sua utilização é a demonstração de que os meios ordinários restaram infrutíferos, como, por exemplo, o domicílio do contribuinte for desconhecido ou este se encontrar em local incerto ou mesmo inacessível, ou ainda, caso o sujeito passivo tenha sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal (art. 23, § 1.º, do Dec. 70.253/72).

A utilização inapropriada da intimação por edital não se presta para a formalização da pretensão fiscal em face do contribuinte, além de induzir a nulidade do procedimento administrativo.”

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Leandro Paulsen[8], que assim pontificara:

“As notificações e intimações para apresentação de documentos, ciência de decisões, pagamento, oferecimento de impugnação ou recurso e para o que mais se fizer necessário no processo administrativo fiscal, são regidas pelo art. 23 do Dec. 70.235/72. Podem ser feitas, alternativamente: de modo pessoal, pelo próprio autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, provada com assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto; por via postal, com prova de recebimento no domicílio pessoal do sujeito passivo; por meio eletrônico, considerando-se efetivada em 15 dias contados da data registrada no comprovante de entrega ou na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se anterior, ou, ainda, na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. Note-se que a intimação ou notificação não ocorrerá necessariamente na pessoa do representante legal da pessoa jurídica, podendo dar-se na pessoa de preposto ou, se postal ou eletrônica, pelo recebimento no domicílio do contribuinte. A notificação ou intimação poderá ser feita, ainda, por edital, mas apenas excepcionalmente, quando resultar improfícuo um dos meios ordinários.”

Fica patente, então, que a intimação do contribuinte via publicação no diário oficial traduz a derradeira opção assegurada à fazenda pública, porquanto exige o prévio esgotamento das outras formas de intimação. Essa ilação, a par de emergir da literalidade do dispositivo legal trasladado, encontra lastro no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se infere dos precedentes abaixo ementados:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ entende ser possível a citação por edital de decisão tomada em processo administrativo fiscal, após frustradas as tentativas de intimação pessoal ou por carta. 2. Verifica-se que Tribunal de origem analisou o contexto fático-probatório dos autos e concluiu pelo esgotamento de todas as diligências para a localização da agravante. Diante desse quadro, como claramente se constata na vasta referência aos fatos e provas do processo, não há como infirmar as conclusões do Tribunal de origem sem arrear as premissas fático-probatórias sobre as quais se assentam, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Interno não provido.” (AgInt nos EDcl no AREsp 848.668/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

“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.” (REsp 506.675/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 210)

O mesmo entendimento é perfilhado por esta colenda Casa de Justiça, conforme se afere dos arestos adiante ementados:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTIMAÇÃO PELO DODF. LEI DISTRITAL 4.567/2011, ART. 11, § 3º. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. LIMINAR CONCEDIDA. I. De acordo com o decidido pelo Conselho Especial no AIL 2017.00.2.011085-3, a legitimidade da intimação por meio de publicação no DOF, autorizada pelo artigo 11, § 3º, da Lei Distrital 4.567/2011, está adstrita ao esgotamento dos meios ordinários de intimação. II. Se a intimação que precedeu a constituição do crédito tributário foi realizada em desconformidade com essa orientação hermenêutica, ressaí patente a relevância dos fundamentos da impetração quanto à injuridicidade da inscrição do contribuinte na dívida ativa. III. Recurso conhecido e provido.” (Acórdão nº 1098336, 07016184020188070000, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/05/2018, Publicado no PJe: 05/06/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO FISCAL DO DISTRITO FEDERAL. INTIMAÇÃO PELO DIÁRIO OFICIAL. FRUSTAÇÃO DA INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL OU POR MEIO ELETRÔNICO. LEI DISTRITAL N. 4.567/2011. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. Conforme o art. 11, §1º da Lei Distrital n. 4.567/2011 as intimações no processo administrativo fiscal do Distrito Federal somente se darão por publicação no Diário Oficial do Distrito Federal - DODF após frustradas as tentativas de intimação por via postal, com aviso de recebimento ou por meio eletrônico, quando houver expressa autorização do sujeito passivo para o uso do endereço eletrônico. Não se enquadrando o caso nas exceções previstas em lei em que se permite a intimação diretamente pelo Diário Oficial deve ser reconhecida a nulidade da intimação do contribuinte. O fato de a intimação também ter sido realizada pela internet não elide a exigência de que a intimação por publicação no Diário Oficial apenas se dê após frustradas as tentativas de intimar por via postal, com aviso de recebimento ou por meio eletrônico. Nas causas em que não haja condenação pecuniária os honorários serão fixados conforme apreciação equitativa do magistrado, por força do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo o magistrado avaliar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza da causa e do trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, não estando vinculado ao valor da causa e, tampouco, aos percentuais previstos no art. 20, § 3º do referido diploma legal. Apelação desprovida.” (Acórdão nº 907914, 20140111307918APC, Relator: HECTOR VALVERDE, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/11/2015, Publicado no DJE: 01/12/2015. Pág.: 631)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL CONTENCIOSO. ARTIGO 11 DA LEI 4.567/2011. INTIMAÇÃO POSTAL PRÉVIA À INTIMAÇÃO POR DIÁRIO OFICIAL. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM CONCEDIDA. INTERPRETAÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. As intimações referentes

aos atos e decisões dos órgãos julgadores de primeira e de segunda instância por publicação no DODF no processo administrativo contencioso são válidas, consoante o § 3º do artigo 11 da Lei 4.567/2011, desde que seja feita a utilização de interpretação sistêmica com o § 1º do artigo mencionado, que estabelece que a intimação quanto aos atos, procedimentos e processos previstos nos Títulos III (Processo Administrativo Fiscal), IV (Crédito Tributário não Contencioso) e V (Jurisdição Contenciosa) só serão efetuadas por publicação no DODF, depois de comprovada a impossibilidade da intimação por via postal, com aviso de recebimento, ou desde que o contribuinte ainda não tenha sido credenciado no Domicílio Fiscal Eletrônico. Desse modo, o próprio § 1º, do artigo 11 traz as exceções à regra, de modo que as intimações realizadas diretamente por DODF, consoante possibilita o § 3º, da referida disposição, estar-se-ia admitindo que a Administração Pública adote o meio de comunicação mais conveniente, sob pena de cercear o direito de defesa. 2. Recurso de apelação conhecido e provido. Segurança concedida.” (Acórdão nº 109313, 07008863920178070018, Relator: SILVA LEMOS 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/04/2018, Publicado no DJE: 27/04/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Outrossim, deve ser registrado que o §3º do artigo 11 da Lei nº 4.567/2011, fora objeto de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, pelo Conselho Especial dessa Corte Justiça. Essa declaração fora realizada em sede de argüição de inconstitucionalidade, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo fiscal, consoante se extrai da ementa abaixo reproduzida, *in verbis*:

“INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 3º, ART. 11, DA LEI DISTRITAL Nº 4.567/2011. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. FORMA DE INTIMAÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CIENTIFICAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO DO ATO NO DIÁRIO OFICIAL DO DISTRITO FEDERAL. NULIDADE AFIRMADA NA ORIGEM. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE INTERESSADA, POR VIA POSTAL OU MEIO ELETRÔNICO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA LEI. ARGUIÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDA. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do § 3º do art. 11, da Lei Distrital nº 4.567, de 09 de maio de 2011, que determina que ‘a intimação referente aos atos e decisões dos órgãos julgadores de primeira e de segunda instâncias em processos sujeitos à jurisdição contenciosa poderá ser efetuada diretamente por publicação no DODF’. Suscitada a inconstitucionalidade da norma em epígrafe sob o argumento de afronta os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, uma vez que a intimação de ato decisório em processos de jurisdição contenciosa deveria ser pessoal, em face do disposto no § 1º, art. 11, da Lei supracitada, segundo o qual a intimação quanto aos atos, procedimentos e processos previstos nos Títulos III, IV e V desta Lei somente será efetuada mediante publicação no DODF após o esgotamento dos meios previstos nos incisos II e IV do caput daquele artigo, ou seja, por via postal ou meio eletrônico. In casu, reputa-se necessária a utilização de métodos hermenêuticos de interpretação sistêmica, bem como a harmonização entre os dispositivos aparentemente conflitantes, de modo que ambos possam subsistir no mundo jurídico. Tendo isso em conta, conclui-se que se as disposições constantes no parágrafo terceiro do art. 11 da Lei 4.567/2011 fossem empregadas como fundamento para a publicação de todo e qualquer ato e decisão dos órgãos julgadores de primeira e segunda instâncias em processos sujeitos à jurisdição contenciosa no âmbito do Distrito Federal, o preceito contido no § 1º nunca seria utilizado, posto que submetido única e exclusivamente à discricionariedade da Administração Pública, em flagrante violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Destarte, caso o § 3º da norma em comento fosse aplicado indistintamente, estaria fazendo letra morta ao parágrafo primeiro que o antecede. Logo, a exegese de tal preceito normativo deve ser feita no sentido de que a opção pela publicação no Diário Oficial pode ocorrer apenas quando se tratarem de atos que não impliquem prejuízo para o administrado, que não vulnerem o direito das partes envolvidas no processo e dos

quais não caiba à parte dar cumprimento. Como é cediço, em se tratando de interpretação constitucional, a compatibilização da norma legal com os comandos da Carta Magna que exija restrição do alcance daquela permite a realização da chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a qual possui umbilical afinidade com o princípio da interpretação conforme a constituição. No caso em epígrafe, a disposição normativa derivada do art. § 3º do art. 11 da Lei Distrital Federal nº 4.567/2011, que permite a intimação diretamente pelo Diário Oficial antes do esgotamento dos meios ordinários de intimação (pessoal, postal e eletrônico), não se encontra em sintonia com os princípios contidos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, quando diga respeito a atos e decisões que impliquem prejuízo ao administrado, vulnerando o direito que seja objeto de questionamento no processo administrativo fiscal. Incidente parcialmente acolhido.” (Acórdão nº 1069243, 20170020110853AIL, Relator: CARMELITA BRASIL CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 12/12/2017, Publicado no DJE: 22/01/2018. Pág.: 82)

Há que ser destacado que tampouco a comunicação via eletrônica ensejara o aperfeiçoamento da intimação válida da agravante acerca do decidido no contencioso administrativo. Consoante pontuado, de conformidade com o preceituado pelo artigo 11, inciso IV, da Lei nº 4.567/2011 [9], a intimação por meio eletrônico deve atestar o recebimento por parte do sujeito passivo, mediante certificação digital e envio ao endereço atribuído ao contribuinte pela administração tributária. No caso, a mensagem coligida aos autos não evidenciam esses pressupostos, não sobejando possível aferir o efetivo recebimento pela agravante da intimação. Demais disso, o dispositivo legal nomeado determina que o contribuinte detenha perante a administração tributária endereço eletrônico. No caso, não fora evidenciado por quaisquer dos litigantes que tenha sido atribuído à agravante endereço eletrônico. Diante dessa moldura de fato e de direito, fica patente, então, que a intimação da agravante acerca da decisão proferida no procedimento administrativo carece de validade, ficando patente que o crédito tributário que lhe fora imputado fora constituído sem que fosse observado o princípio constitucional da ampla defesa.

Nesse descortino, ressoa impassível a ilação de que a publicação no DODF da decisão que rejeitara a impugnação formulada pela agravante não fora hábil a lhe assegurar ciência, ficando patente a violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório assegurados aos litigantes em sede de procedimento administrativos. Sob essa moldura, destinando-se a impugnação manejada pela agravante a confirmar ou afastar a infração tributária que lhe fora imputada e, por conseguinte, o débito tributário, sua ciência acerca da resolução da impugnação era efetivamente necessária, conforme exigem os princípios do contraditório e da ampla defesa, revelando-se premissa básica a ser observada pelo agravado, por derivar de direito fundamental expressamente assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

...”

Ora, enquanto não intimada do resultado do julgamento da impugnação que manejava, não poderia a

aludida pena produzir os efeitos dela originários, pois, consoante apregoado pelo artigo 51 da Lei nº 4.567/2011 [10], da decisão de primeira instância contrária ao sujeito passivo caberá recurso voluntário, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da data da ciência do decidido. Com efeito, conquanto o recurso interposto em face das decisões administrativas não esteja municiado ordinariamente do efeito suspensivo, à agravante era resguardado o direito de ter ciência do decidido, pois ainda lhe restava, ainda a oportunidade de manejar recurso em face da decisão que rejeitara a impugnação e, ainda, se o caso, a via judicial, antes da constituição definitiva do crédito tributário.

Com efeito, ao resolver a impugnação que formulara o agravado guardar a mais estreita observância aos princípios e garantias constitucionais, conferindo oportunidade à agravante para acompanhar o resultado do julgamento da impugnação e adotar as providências que entendesse convenientes após ser cientificada do resultado da resolução administrativa. A inexistência da intimação da agravante acerca do resultado da impugnação administrativa que culminara na constituição do crédito tributário em seu desfavor, vulnerara, pois, o devido processo legal administrativo, pois a obstar de, ciente da rejeição da impugnação, valer-se dos instrumentos que ainda lhe restaram para revertê-la na expressão do direito de defesa e ao contraditório que a assiste. A violação aos preceitos da ampla defesa e do contraditório macula de forma incisiva o procedimento a partir do julgamento da impugnação, afetando a higidez do crédito tributário constituído. Esse entendimento é perfilhado há muito por essa colenda Casa de Justiça, conforme se afere dos julgados abaixo transcritos:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, VI, E § 2º. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. CONTENCIOSO. INTIMAÇÃO DAS DECISÕES. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. ART. 11, § 3º, LEI 4.567/2011. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. CONSELHO ESPECIAL. DECISÃO VINCULANTE. ORDEM CONCEDIDA. SENTENÇA REFORMADA. 1. *Apelação da Impetrante contra sentença em que foi denegada a segurança pela qual se pretendia a anulação do ato administrativo consistente em intimação por publicação no Diário Oficial de decisão proferida em processo administrativo tributário contencioso, bem como de todos os atos subsequentes. 2. A correta interpretação do art. 489, § 1º, VI, do CPC, é no sentido de que o Magistrado deve indicar a superação do precedente invocado pela parte ou sua distinção com o caso em julgamento, apenas quando o precedente for vinculante, mormente em se tratando de precedente de Tribunal diverso. 3. O Conselho Especial deste eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 2017.00.2.011085-3, utilizando a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, considerou inconstitucional a intimação das partes, em processo administrativo fiscal, mediante exclusiva publicação no Diário Oficial, quando relativa a atos e decisões, prevista no art. 11, § 3º, Lei 4.567/2011. 4. Tendo em vista o caráter vinculante das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Plenário do Tribunal ou por seu Órgão Especial, em cumprimento ao art. 97 da Constituição da República, devem ser observadas nos casos concretos submetidos à apreciação dos órgãos fracionários. 5. Consistindo o ato atacado no mandado de segurança na intimação da Impetrante de decisão proferida em processo administrativo fiscal, exclusivamente por publicação no Diário Oficial, amparada no art. 11, § 3º, da Lei Distrital nº 4.567/2011, forçoso é reconhecer a nulidade do ato. 6. Apelação Cível provida. Ordem concedida.”*
(Acórdão nº 1099338, 20160110738839APC, Relator: CESAR LOYOLA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/05/2018, Publicado no DJE: 30/05/2018. Pág.: 258-270)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. LANÇAMENTO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, POR AUSÊNCIA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE E

DOS CORRESPONSÁVEIS. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. Mostra-se viável a alegação de nulidade do lançamento de débito fiscal em sede de exceção de pré-executividade, apresentada nos autos de execução fiscal, desde que se cuide de questão passível de análise de plano, por meio de prova pré-constituída, haja vista a vedação de dilação probatória. 2. O lançamento consubstancia procedimento administrativo complexo, com o escopo de verificar a ocorrência do fato gerador, identificar o sujeito passivo da obrigação tributária, bem como assegurar-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade. 3. O ICMS consubstancia tributo sujeito ao regime do autolancamento ou lançamento por homologação, de forma que a constituição do crédito tributário ocorre com a apresentação da declaração pelo contribuinte ou responsável, contudo, não tendo havido a apresentação de declaração pelo contribuinte, deve a administração instaurar procedimento fiscalizatório para que seja viável o lançamento de ofício por meio da lavratura de auto de infração, nos termos do artigo 149 do CTN. 4. Ausente a devida notificação, anteriormente à constituição do débito, inviabilizando-se a defesa do contribuinte e dos corresponsáveis em sede administrativa, há manifesto cerceamento de defesa na seara administrativa, mostrando-se ausente a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, corolários do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, eivando de nulidade o lançamento tributário, bem como a certidão de dívida ativa que embasa a execução fiscal. 5. A intimação por edital apresenta-se permitida apenas quando o contribuinte encontrar-se em lugar incerto e não sabido. 6. Não tendo o contribuinte e os corresponsáveis sido regularmente citados para defenderem-se no procedimento administrativo, seus nomes não podem constar da certidão de dívida ativa. 7. Negou-se provimento ao apelo da Fazenda Pública.” (Acórdão nº 614704, 20120111067118APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: CESAR LABOISSIERE, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/08/2012, Publicado no DJE: 19/09/2012. Pág.: 70)

“EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO FISCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONTRA OS EMBARGANTES. ATO VINCULADO DE LANÇAMENTO A FIM DE IDENTIFICAR O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIREITO À IMPUGNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE DECLARADA. 1. O procedimento administrativo prévio para a apuração da liquidez, certeza e exigibilidade do crédito tributário não prescinde da observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. 2. A inscrição da apelada na dívida ativa ocorreu sem a notificação preliminar do débito, fato este que impossibilitou a defesa da apelada na seara administrativa. 2.1 Nulas comparecem as execuções fiscais quando os títulos que lhe dão suporte foram constituídos sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Precedente da Casa. ‘O ato administrativo vinculado de lançamento de tributo tem, entre outras atribuições, a de identificar o sujeito passivo da obrigação. Ocorrendo erro nesta identificação e não sendo aberta a oportunidade para o sujeito passivo legítimo impugnar a exigência tributária, torna-se nulo o procedimento e, por conseqüência, também o crédito tributário eventualmente apurado e inscrito na certidão da dívida ativa’. (APC e RMO 45.743/97, Rel. Des. Campos Amaral).4. Apelação e remessa necessária improvidas.” (Acórdão nº 305103, 20030150001825APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: SOUZA E AVILA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/03/2008, Publicado no DJE: 14/05/2008. Pág.: 53)

Destarte, diante da relevância da argumentação desenvolvida pela agravante, a segurança jurídica recomenda que seja suspensa a exigibilidade da exação questionada, merecendo acolhimento o inconformismo formulado. O corolário das inequívocas inferências que defluem do aduzido é a certeza de que a argumentação alinhada pela agravante se reveste de verossimilhança, autorizando a concessão do provimento antecipatório que reclamara de forma a ser garantida, até a o definitivo desenlace da ação, que sejam suspensos a exigibilidade do crédito tributário estampado na CDA nº 5.018.077.975-3. Há que se registrar, demais disso que, a medida almejada tem natureza negativa, o

que denota que, se previne os danos ventilados pela agravante, não implicará nenhuma lesão a direito tutelado pelo agravado, pois, terá que simplesmente se abster temporariamente a cobrança decorrente da CDA individualizada.

Alinhados esses argumentos e afigurando-se a argumentação formulada no agravo revestida de relevância, conferindo plausibilidade ao direito invocado sob o prisma da subsistência de dano à agravante, restam aferidos os requisitos aptos a legitimarem a concessão da antecipação da tutela almejada, notadamente porque, não concedida a medida antecipatória, poderá a negativa irradiar prejuízos de difícil e improvável reparação à agravante, como a inserção de seu nome em cadastro de inadimplentes e na dívida e o ajuizamento em seu desfavor de ação executiva fiscal, conferindo suporte à concessão do provimento antecipatório almejado.

Deve ser assinalado, ainda, que a pretensão formulada pelo agravado em contrarrazões almejando o enquadramento da agravante como litigante de má-fé carece de sustentação. Com efeito, a conduta da agravante ao interpor o presente agravo não se enquadra em nenhuma das hipóteses ventiladas no artigo 80 do CPC, notadamente porque a pretensão que formulara nesta instância fora acolhida, denotando que não alterara a verdade dos fatos nem incorrera em nenhuma das condutas aptas a ensejar que seja reputada litigante de má-fé. O recurso que formulara a agravante, em suma, traduzira simples exercício do direito subjetivo de ação que a assiste, encerrando a argumentação que deduzira simples exercício dialético do direito destinado a aparelhar o pedido que reclamara, notadamente quando obtivera êxito na pretensão reformatória que formulara.

Esteado nesses argumentos, provejo o agravo e, reformando a decisão arrostada, defiro o provimento antecipatório almejado pela agravante, e, até o desate final do litígio, suspendo a exigibilidade do crédito tributário relativo ao ICMS, retratado na CDA nº 5.018.077.975-3. Custas na forma da lei.

É como voto.

[1] - NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 476.

[2] - Auto de Infração fls. 128/130.

[3] - Impugnação fls. 195/214.

[4] - Decisão fls. 218/229.

[5] - Fl. 232

[6] - Fl. 233.

[7] - Direito Processual Tributário Brasileiro - Edição 2018, Autor: James Marins, Editor: Revista dos Tribunais, *in* <https://proview.thomsonreuters.com>.

[8] - PAULSE, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 6 ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 164.

[9] - Lei nº 4.567/2011. Art. 11. §4º. IV – *por meio eletrônico, atestado o recebimento mediante: a) certificação digital; b) envio ao endereço eletrônico atribuído ao contribuinte pela administração tributária;*”

[10] Lei nº 4.567/2011. Art. 51. *“Da decisão de primeira instância contrária ao sujeito passivo caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, ao TARF, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência.”*

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME.