Empresa excluída consegue se reintegrar ao Refis

A Receita Federal tem que observar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade quando excluir uma empresa do Refis. Argumentando neste sentido, o juiz federal Hamilton de Sá Dantas, da 21ª Vara do Distrito Federal, determinou a reintegração da empresa Construvert ao programa de recuperação fiscal.

A empresa havia sido excluída do Refis porque estava recolhendo um valor menor ao que devia. O problema alegado por ela é que houve um erro do contador. Ao invés de ter sido classificada pelo Refis Convencional, a Construvert foi cadastrada no Alternativo. Na primeira modalidade, a parcela é menor por ser calculada sobre a receita bruta.

No entanto, a Receita não comunicou para a empresa esta diferença no pagamento. O governo também recebia normalmente as parcelas sem reclamar. “Na verdade, ao que tudo indica, sequer percebeu a autoridade administrativa que ocorrera o equívoco que deflagou o processo de exclusão”, lembrou Dantas.

Outro erro aconteceu quando a empresa foi excluída do cadastro. O fato foi apenas publicado na internet sem que houvesse uma explicação para o motivo. A regra do Refis dispõe que a exclusão deve ser comunicada por ofício. O fisco argumentou que a exclusão foi feita com base na inadimplência e na regularidade formal do procedimento adotado.

Para o juiz, “a sumária exclusão da impetrante do Programa de Recuperação Fiscal, em princípio, conflita com as garantias constitucionais constantes do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, e com o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Resolução CG n.º 9, de 12 de janeiro de 2001, com a redação do art. 1° da Resolução CG n.º 20, de 27 de setembro de 2001, consoante o qual ‘a deliberação ou a representação referidas no caput constituirão processo administrativo’”.

Deste modo, o juiz concedeu para a empresa a segurança ser admitida ao Refis Convencional. “Se a finalidade do programa é arrecadar tributos vencidos, criando condições favoráveis ao seu adimplemento, nesse sentido devem ser interpretadas suas disposições, não encontrando ressonância legal a negativa em regularizar a situação da impetrante, corrigindo sua opção para a forma que manifestamente é a mais vantajosa para a empresa e que foi adotada de fato pela mesma, a despeito de haver formalizado opção diversa”, anotou Dantas.

Leia a sentença

SENTENÇA Nº /2007

PROCESSO 2002.34.00.009334-1

CLASSE 2100

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

IMPETRANTE: CONSTRUVERT ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ADVOGADO: Dr. Maira Pires Videira

SENTENÇA

IMPETRADO: PRESIDENTE DO COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, ajuizado por CONSTRUVERT ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. contra ato do PRESIDENTE DO COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL, objetivando a sua reinclusão no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, assim como sobrestar qualquer medida de cunho punitivo, tais como autuação, negativa de expedição de certidão, entre outros previstos na legislação para as empresas excluídas do Programa.

Afirma que foi excluída por ter efetuado recolhimento a menor, com a formação de saldo devedor, alegando, em suma, que tal ocorreu por equívoco na opção pela modalidade “parcelamento alternativo”, quando o certo seria o regime de pagamento pelo percentual da receita bruta, forma pela qual efetivou os recolhimentos, desde o início, e que foram tacitamente admitidos pelo Fisco, que apenas aplicou a sanção muito posteriormente, assim violando direito líquido e certo.

Sustenta, por outro lado, a impetrante a nulidade do procedimento adotado para a sua exclusão do Programa de Recuperação Fiscal, uma vez que não lhe foi oportunizada a possibilidade de defesa.

Alega, ainda, a violação aos princípios da motivação e da publicidade, em face de a Portaria do Comitê Gestor do REFIS ter apenas veiculado, via Internet, um rol das empresas excluídas do Programa, sem um fundamento específico, mas, tão-somente, a menção da hipótese prevista no inciso II do art. 5º da Lei nº 9.964/2000.

Instruem a inicial os documentos de fls. 21/87.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou suas informações às fls. 95/99, nas quais defende a validade da exclusão com base em inadimplência e a regularidade formal do procedimento adotado de exclusão da impetrante.

O pedido de liminar foi deferido na decisão de fls. 101/102. Desta decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.022220-4, ao qual foi deferido o efeito suspensivo.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem mandamental (fl. 131/137).

Em 22 de agosto de 2002 foi proferida sentença concedendo a ordem pleiteada para fins de tornar sem efeito a exclusão da Impetrante do Programa de Recuperação Fiscal, sem prejuízo de nova exclusão, obedecido o regular processo administrativo (143/148).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A União Federal apelou da referida sentença alegando, preliminarmente, ser a mesma nula de pleno direito, por ter concedido ao impetrante objeto diverso do pleiteado, sendo, portanto, extra petita; a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese e ilegitimidade do Presidente do Comitê Gestor do REFIS para figurar no pólo passivo da presente ação mandamental. No mérito, sustentou inexistir direito líquido e certo a ser amparado com a impetração da ação constitucional em análise.

Oferecidas as contra-razões (fls. 190/196), subiram os autos ao egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, que achou por bem anular a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos a este Juízo para que outra sentença seja proferida, tendo em vista que a primeira acolheu pedido diverso do constante da inicial.

É o relatório.

Passo a decidir.

No início do arrazoado inicial a impetrante alega ter ingressado no programa aderindo equivocadamente ao chamado REFIS Alternativo, o que somente veio a descobrir quando da sua exclusão do referido programa, por meio da Portaria nº 68, de 3 de dezembro de 2001.

Informa que em nenhum momento tencionou aderir à mencionada modalidade, que lhe impõe um desembolso mensal maior, e que tal fato se deu por equívoco do seu contador.

Assevera que desde a sua adesão passou a efetuar os pagamentos pelo REFIS Convencional, como era sua intenção, sem sofrer qualquer resistência do fisco.

Requer, portanto, a alteração da sua opção do REFIS Alternativo para que os pagamentos sejam calculados sobre o faturamento bruto (REFIS Convencional).

Neste ponto, entendo que a pretensão da impetrante merece acolhida. O REFIS foi criado como uma alternativa do Governo para reaver créditos tributários. Ora, se a finalidade do programa é arrecadar tributos vencidos, criando condições favoráveis ao seu adimplemento, nesse sentido devem ser interpretadas suas disposições, não encontrando ressonância legal a negativa em regularizar a situação da impetrante, corrigindo sua opção para a forma que manifestamente é a mais vantajosa para a empresa e que foi adotada de fato pela mesma, a despeito de haver formalizado opção diversa.

Ressalte-se que a empresa efetuou o pagamento do REFIS nos termos do art. 2º da Lei nº 9.964/2000, sem qualquer resistência por parte da Secretaria da Receita Federal, o que confirma e consolida uma situação que seria natural, regular, não fosse o aspecto formal da opção pelo parcelamento alternativo.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não houve, pelo que consta dos autos, qualquer intimação da devedora para que regularizasse a situação. Na verdade, ao que tudo indica, sequer percebeu a autoridade administrativa que ocorrera o equívocoque deflagou o processo de exclusão. No entanto, o certo é que esse equívoco foi a causa da exclusão.

A doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas no sentido de que o princípio da razoabilidade é elemento componente da juridicidade cometida à Administração Pública, cuja liberdade de atuação não demonstre razão suficiente, justa e adequada, fundada em norma jurídica e amparada em necessidade social específica.

Não basta que uma exigência encontre respaldo em lei, e, ainda com mais forte razão, em ato normativo de inferior hierarquia, para que a restrição se considere legítima. Deve ela atender, além disso, ao critério da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, esta entendida em sentido estrito – elementos integrativos do princípio da proporcionalidade, sob pena de ter-se por ilegítima e de merecer, por isso, ser rechaçada.

Ao Judiciário é a quem incumbe, diante da conflituosidade dos interesses em disputa, apreciadas as peculiaridades do caso posto, examinar se estão presentes esses requisitos ou não.

Anote-se, que, na hipótese sob apreciação, impetrante noticia às fls. 236/238 que, em conformidade com o disposto na Medida Provisória nº 75/2002, requereu, no prazo estabelecido naquele instrumento normativo, a retificação da opção, quanto à forma de pagamento do REFIS, não se tendo informação nos autos se o pedido foi deferido ou não na esfera administrativa. O certo é que a impetrante buscou regularizar a sua situação, conforme se verifica no pedido juntado por cópia à fl. 238.

Dentro desse contexto e consoante o acima exposto reconheço o direito da impetrante ter retificada a sua forma de opção, que por erro no termo de opção foi solicitado como alternativo nos termos do art. 12 da Lei nº 9.964 de 2000, a qual deveria ser sobre o faturamento bruto (REFIS Convencional).

Ressalte-se, desde logo, não há que se falar em julgamento extra petita, porquanto “O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo específico ou sob a rubrica “dos pedidos” (STJ, REsp. 120.299-ES, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO).

Por uma interpretação lógico-sistemática da inicial, deduz-se que a impetrante objetiva converter a sua opção feita erroneamente.

Passo a analisar a legalidade da exclusão da impetrante, no que pertine à alegada ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Lei n.º 9.964, de 10 de abril de 2000, instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, definindo, em seu art. 5º, as hipóteses de exclusão do programa em tela, entre as quais aquela que serviu de fundamento para a exclusão da impetrante (Portaria CG n.º 68, de 03/12/01), constante do inciso II:

Art 5° A pessoa optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor:

(…)

II – inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro de 2000;

Por outro lado, foi deferida ao Poder Executivo a regulamentação do REFIS, inclusive a forma de exclusão do Programa, assim como as suas conseqüências (art. 9º, inciso III, da Lei n.º 9.964/2000). A Lei n.º 9.964/2000 apenas disciplinou as conseqüências da exclusão (art. 5º, §§ 1º a 3º).

Com a delegação legislativa, o Poder Executivo editou o Decreto n.º 3.431, de 24 de abril de 2000, que outorgou à Secretaria da Receita Federal, ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a expedição de instruções complementares, necessárias à implementação do disposto no referido comando legal (art. 24).

Desse modo, foram editadas seguidas Resoluções do Comitê Gestor regulamentando o tema. Nesse contexto, a Resolução CG n.º 9, de 12 de janeiro de 2001, dispunha:

Art. 2º A exclusão da pessoa jurídica do Refis dar-se-á de ofício, quando houver:

(…)

II – inadimplemento, por três meses consecutivos ou seis alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro de 2000;

Posteriormente, veio a lume a Resolução CG n.º 10, que modificou o art. 4º da Resolução n.º 9, nos seguintes termos:

Art. 4º (…)

(…)

§ 4º Antes da apreciação da representação, a pessoa jurídica optante deverá ser notificada para, no prazo de quinze dias, manifestar-se quanto às irregularidades apontadas na representação.

Finalmente, a Resolução CG n.º 20, de 27 de setembro de 2001, alterou o art. 5º, §§2º e 4º, da Resolução CG n.º 9, de 12 de janeiro de 2001, que passaram a vigorar com a seguinte redação, respectivamente: “a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pessoa jurídica poderá, no prazo de quinze dias, contado da data de publicação do respectivo ato, manifestar-se quanto aos motivos que ensejaram a sua exclusão e a decisão favorável ao sujeito passivo implica o restabelecimento do parcelamento a partir do mês subseqüente ao de sua ciência".

Insurgindo-se contra os mencionados dispositivos legais, alega a impetrante que não poderia ter sido sumariamente excluída do Programa de Recuperação Fiscal sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Tenho que lhe assiste razão.

Com efeito, muito embora nosso ordenamento jurídico não vede a disciplina, em norma secundária, de normas instrumentais, erige a princípios fundamentais o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, dos quais decorrem que os atos constritivos sumários são arbitrários e inconstitucionais, ressalvadas as situações excepcionais, em que a supremacia do interesse público e a urgência da situação autorizem a exceção.

Assim sendo, a sumária exclusão da impetrante do Programa de Recuperação Fiscal, em princípio, conflita com as garantias constitucionais constantes do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, e com o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Resolução CG n.º 9, de 12 de janeiro de 2001, com a redação do art. 1° da Resolução CG n.º 20, de 27 de setembro de 2001, consoante o qual "a deliberação ou a representação referidas no caput constituirão processo administrativo".

E não se argumente que a referida inconstitucionalidade fica sanada pela observância da prescrição de que "a pessoa jurídica poderá, no prazo de quinze dias, contado da data de publicação do respectivo ato, manifestar-se quanto aos motivos que ensejaram a sua exclusão" (art. 5º, § 2º, da Resolução CG n.º 9, de 12 de janeiro de 2001, com a redação conferida pela Resolução CG n.º 20, de 27 de setembro de 2001), porquanto tal disciplina assegura tão-somente um contraditório e uma defesa tardia, após a consumação da lesão.

Cumpre ressaltar, no tocante à legalidade da divulgação do ato de exclusão do Programa de Recuperação Fiscal, que a publicidade, requisito de eficácia e moralidade dos atos administrativos, é princípio de dignidade constitucional que orienta toda a atividade da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37). Daí defluir, a meu ver, a conclusão lógica de que os atos da Administração, para produzirem efeitos, deverão ser publicados, via de regra, na Imprensa Oficial, isto é, no Diário Oficial.

Precisamente por essas razões, o legislador infraconstitucional, explicitando tais preceitos constitucionais, que orientam todo o processo administrativo, estabeleceu, no art. 26, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a obrigatoriedade de intimação pessoal do interessado a efetivar-se por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza de ciência do interessado.

Na hipótese dos autos, tal comando normativo não restou observado. A intimação, de forma atípica e ilegal, fez-se com a divulgação dos motivos da exclusão e a identificação do nome da empresa na

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Internet, nos sites dos órgãos fazendários, o que contraria os comandos normativos da Lei n.º 9.784/99 e os postulados constitucionais em tela.

Perfilhando tal entendimento, decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em hipótese análoga à presente, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS. REJEIÇÃO DO PEDIDO DE INCLUSÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL.

(…)

3. A exclusão de uma empresa do Programa REFIS deve ser precedida do devido processo legal.

4. Ao excluir sumariamente a recorrida do programa de Refis a recorrente incorreu em arbitrariedade, visto que, para que a exclusão seja feita, mister se faz um procedimento administrativo, o qual respeita os princípios da legalidade, da publicidade e do devido processo legal. Assim, incabível a alegação de ausência do direito líquido e certo, razão pela qual rejeito a preliminar.

5. Apelação provida (AMS n.º 2002.38.00.013967-7/MG, Rel. Des. Federal TOURINHO NETO).

Confiram-se, também, nessa mesma linha de raciocínio, os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO INTEMPESTIVA. EXCLUSÃO DO REFIS. CIENTIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELO COMITÊ GESTOR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. LEI 9.784/99. EXIGIBILIDADE.

1. Considerando que a Fazenda Pública tem prazo em dobro para recorrer, conforme disposto no art. 10 da Lei 9.469/97, c/c art. 188 do CPC, e que o dies a quo do prazo começa a fluir da data da primeira ciência da sentença a quo pela autoridade impetrada, sua apelação é intempestiva.

2. Não obstante haver a Resolução 20, de 27/09/2001 regulamentado o processo administrativo para o Programa de Recuperação Fiscal, deve a Lei 9.784/1999 ser aplicada às formalidades concernentes à cientificação dos atos praticados pelo Comitê Gestor.

3. Apelação da Fazenda Nacional não conhecida.

4. Apelação do Ministério Público Federal e remessa oficial improvidas (AMS n.º 2002.34.00.008624-3/DF, Rel. Des. Federal MARIA DO CARMO CARDOSO).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557, DO CPC. APLICABILIDADE. EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS. CIENTIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELO COMITÊ GESTOR. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. LEI 9.784/99.

1. Ainda que, acerca da matéria ventilada, não haja jurisprudência dominante ou súmula da Corte

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Superior, a existência de expressa contrariedade à disposição legal enseja a utilização do art. 557, § 1º-A, do CPC. 2. A Oitava Turma desta Corte tem se inclinado no sentido de que é indevida e ilegal a exclusão de beneficiário do Programa de Recuperação Fiscal – REFIS sem a regular e apropriada notificação prévia, uma vez que a ciência dos procedimentos que culminam com o respectivo afastamento do Programa não pode ser presumida, mas certa.

3. É nula a intimação da pessoa jurídica, via Internet, a respeito de sua exclusão do Programa REFIS, tendo em vista que configura ofensa ao art. 26, da Lei 9.784/99, e ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AG 2006.01.00.014284-2/DF, Rel. Des. Federal MARIA DO CARMO CARDOSO).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DO REFIS POR MEIO DA INTERNET. NÃO-CABIMENTO.

O conhecimento da exclusão do REFIS por meio da INTERNET implica a quebra da sistemática legal prevista para a cientificação dos atos processuais administrativos, sistemática que só excepcionalmente prevê a intimação via publicação oficial, para aquelas hipóteses de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido (TRF4, AG n.º 2002.04.01.055252-0/RS, Rel. Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON).

Ressalte-se, por fim, que não se está aqui a contrariar a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, uma vez que, conforme fundamentado acima, fica reconhecido o direito da impetrante alterar a sua opção para o REFIS Convencional.

Vale salientar, ainda, que o pedido formulado na inicial é expresso ao requerer a “reintegração da impetrante no programa REFIS – opção pelo pagamento mensal sobre a receita bruta..”(letra “a”, fl. 19), ou seja, REFIS Convencional.

Diante do exposto e com base nas razões de fato e de direito mencionadas aqui, CONCEDO A SEGURANÇA para determinar que autoridade impetrada, efetue, de forma regular e efetiva, a reintegração da impetrante ao REFIS – opção pelo pagamento mensal sobre a receita bruta (REFIS Convencional).

Custas já antecipadas.

Sem honorários (Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ).

Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília, 9 de maio de 2007.

HAMILTON DE SÁ DANTAS

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

JUIZ FEDERAL TITULAR DA 21ª VARA

Date Created
13/05/2007

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.