



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com endereço eletrônico: *pc@oab.org.br* e com sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente e pelos/as advogados/as que a esta subscrevem (doc. anexo), **vem**, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, *a*, e 103, VII, da Constituição, no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94 e no art. 2º, VII, da Lei nº 9.868/99, propor

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

tendo por objeto **os arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00**, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – “REFIS I”, o que o faz pelos seguintes fundamentos, pelas razões que passa a expor.

I –



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ESCLARECIMENTO – peticionamento repetido

De início, requer que seja desconsiderado o protocolo petição 97750 / 2021 realizado dia 07/10 às 12:15 via Central de Autenticação/STF por tratar-se de petição idêntica, contendo o mesmo conteúdo da ora apresentada, em virtude da existência de erro material na representação processual da parte no primeiro protocolo.

I - OS DISPOSITIVOS LEGAIS CUJA CONSTITUCIONALIDADE SE QUER VER DECLARADA:

Como se sabe, em outubro de 1999, foi editada a Medida Provisória nº 1.923/99, instituindo o Programa de Recuperação Fiscal – “REFIS I”, com o especial desiderato de restaurar a capacidade operacional das empresas que, em um momento de crise, encontravam-se sufocadas pelo passivo tributário acumulado e incapazes de gerar novos empregos (crise da moratória Russa de 1998, no final do Governo FHC).

É de se recordar que tais empresas já estavam enfraquecidas diante de uma década extremamente intensa e hostil vivenciada pela sociedade brasileira, com um histórico de hiperinflação, planos econômicos de estabilização desastrosos (Plano Collor), acordos incessantes com o FMI (Dívida Externa), taxas de juros astronômicas em vigor durante anos e anos, o que sem dúvida potencializou eventuais créditos fazendários de forma desproporcional aos indicadores da economia real e produtiva, além de outras crises internacionais (que não simplesmente a da Rússia), como México e Tigres Asiáticos.

Assim, após diversas reedições, em 13/03/00, foi publicada a Medida Provisória nº 2.004-6, convertida na Lei nº 9.964/00, publicada em 11 de abril de 2000.

Corroborando o cenário desolador para as empresas e que culminou com a edição do REFIS I, destaca-se registro realizado pelo Deputado Gerário Silva na discussão do projeto de conversão em Lei da Medida Provisória nº 2.004-6/2000, em que o expôs que “*as empresas hoje marginalizadas no mercado, por estarem inscritas no Cadin ou por não terem acesso às certidões negativas, tanto da Receita Federal como da Dívida Ativa da União, e ao CND da Previdência Social, estão nessa situação porque não tem acesso às licitações públicas e ao crédito, automaticamente não tem a condição necessária para fazer a sua expansão e gerar empregos*”, assim, “*tão importante quanto arrecadação, (...), também é que essas empresas voltem a operar na normalidade, voltem a gerar empregos*” (doc. anexo).

De igual modo, o Deputado Ricardo Noronha, em sua exposição, foi preciso ao ressaltar o impacto da inflação e da crise econômica na Taxa SELIC nos anos que antecederam ao REFIS, no que destacou que “*... uma das causas desse endividamento foi a taxa de juros SELIC, incidente sobre os tributos e contribuições em atraso ou sobre parcelamento de débitos anteriores. Em 1998, por exemplo, a média das taxas SELIC anualizadas foi de 29,X% a.a., tendo chegado a até 41,6% a.a. no mês de outubro de 1998 ...*”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Dessa forma, a Lei nº 9.964/00, conforme disposto em seu art. 1º, possibilitou a *“regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos”*.

Para tanto, conforme disposto no §4º do art. 2º, foi possibilitado o pagamento via parcelamento, sem número de parcelas previamente definidas, em que os pagamentos mensais e sucessivos, vencíveis no último dia útil de cada mês, teriam o seu valor determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior. Confira-se:

“Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

(...)

§ 4º O débito consolidado na forma deste artigo:

I - independentemente da data de formalização da opção, sujeitar-se-á, a partir de 1º de março de 2000, a juros correspondentes à variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP, vedada a imposição de qualquer outro acréscimo; (Redação dada pela Lei nº 10.189, de 2001)

II – será pago em parcelas mensais e sucessivas, vencíveis no último dia útil de cada mês, sendo o valor de cada parcela determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior, apurada na forma do art. 31 e parágrafo único da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, não inferior a:

a) 0,3% (três décimos por cento), no caso de pessoa jurídica optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples e de entidade imune ou isenta por finalidade ou objeto;

b) 0,6% (seis décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido;

c) 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, relativamente às receitas decorrentes das atividades comerciais, industriais, médico-hospitalares, de transporte, de ensino e de construção civil;

d) 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), nos demais casos.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A lei, em seu **art. 5º**, ocupou-se em definir as hipóteses de exclusão dos contribuintes do parcelamento, mediante ato do Comitê Gestor. Veja-se, a título ilustrativo, o referido dispositivo legal:

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

I – inobservância de qualquer das exigências estabelecidas nos incisos I a V do *caput* do art. 3º;

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;

III – constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do *caput* do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial;

IV – compensação ou utilização indevida de créditos, prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa referidos nos §§ 7º e 8º do art. 2º;

V – decretação de falência, extinção, pela liquidação, ou cisão da pessoa jurídica;

VI – concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei no 8.397, de 6 de janeiro de 1992;

VII – prática de qualquer procedimento tendente a subtrair receita da optante, mediante simulação de ato;

VIII – declaração de inaptidão da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, nos termos dos arts. 80 e 81 da Lei no 9.430, de 1996;

IX – decisão definitiva, na esfera judicial, total ou parcialmente desfavorável à pessoa jurídica, relativa ao débito referido no § 6º do art. 2º e não incluído no Refis, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência da referida decisão;

X – arbitramento do lucro da pessoa jurídica, nos casos de determinação da base de cálculo do imposto de renda por critério diferente do da receita bruta;

XI – suspensão de suas atividades relativas a seu objeto social ou não auferimento de receita bruta por nove meses consecutivos.

§ 1º A exclusão da pessoa jurídica do Refis implicará exigibilidade imediata da totalidade do crédito confessado e ainda não pago e automática execução da garantia



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

prestada, restabelecendo-se, em relação ao montante não pago, os acréscimos legais na forma da legislação aplicável à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 2º A exclusão, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, produzirá efeitos a partir do mês subsequente àquele em que for cientificado o contribuinte.

§ 3º Na hipótese do inciso III, e observado o disposto no § 2º, a exclusão dar-se-á, na data da decisão definitiva, na esfera administrativa ou judicial, quando houver sido contestado o lançamento.”

Importa ainda destacar que, em seu art. 9º, a Lei nº 9.964/00, estabeleceu a possibilidade de o Poder Executivo editar normas regulamentares necessárias à execução do REFIS, dentre elas as relacionadas “às formas de homologação da opção e de exclusão da pessoa jurídica do Refis, bem assim às suas consequências”.

Apesar da clareza do texto da Lei nº 9.964/00 e após decorridos treze anos da sua edição, foi lavrado o Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013 (doc. anexo), pela Fazenda Nacional, por meio do qual restou firmado o entendimento de que, se os valores recolhidos pelos contribuintes de acordo com o critério legal (porcentagem da receita bruta) forem insuficientes para amortizar a dívida, estes pagamentos não podem ser considerados válidos, configurando-se a inadimplência da empresa prevista como causa de exclusão do parcelamento no art. 5º, II, da Lei nº 9.964.

Com base na aludida orientação, diversos contribuintes foram excluídos do REFIS I e tiveram seus débitos restabelecidos em patamares exorbitantes (face aos juros e correção monetária incidentes sobre o original), o que ocasionou a instauração de controvérsias judiciais que culminaram na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (sob a ótica exclusivamente infraconstitucional) no sentido de **ser possível a exclusão** de contribuinte do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com fulcro no art. 5º, II da Lei nº 9.964/2000 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas (*parcelas ínfimas*).

Com o fim de exemplificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, destaca-se, a Ementa formada no Recurso Especial nº 1.447.131/RS:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REFIS. PARCELAMENTO. PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO SIMPLES. RECOLHIMENTO COM BASE EM 0,3% DA RECEITA BRUTA. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE PARCELAMENTO SE RESTAR DEMONSTRADA A SUA INEFICÁCIA COMO FORMA DE QUITAÇÃO DO DÉBITO. ART. 2º, §4º, II E ART. 5º, II, DA LEI N. 9.964/2000.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

1. É possível a exclusão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com fulcro no art. 5º, II da Lei n. 9.964/2000 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas. Situação em que a impossibilidade de adimplência há que ser equiparada à inadimplência para efeitos de exclusão do dito programa de parcelamento. Precedente específico para o REFIS: REsp 1.238.519/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.08.2013. Precedentes em casos análogos firmados no âmbito do Programa de Parcelamento Especial - PAES: REsp 1.187.845/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 28.10.10; EDcl no AREsp 277.519/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/03/2013; REsp 1.321.865/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/06/2012; REsp 1.237.666/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/03/2011; REsp. nº 1.307.628/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.09.2012.
2. A tese da possibilidade de exclusão por parcela irrisória firmada nos precedentes relativos ao Programa de Parcelamento Especial - PAES, instituído pela Lei n. 10.684/2003, "tese da parcela ínfima", é perfeitamente aplicável ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, posto que compatíveis os fundamentos decisórios.
3. Caso em que o valor do débito originalmente parcelado era de aproximadamente R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e após dez anos de parcelamento aumentou para valor superior a R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), já que o valor irrisório da parcela, que variava entre R\$ 30,00 (trinta e cinco reais) e R\$ 57, 00 (cinquenta e sete reais), sequer era suficiente para quitar os encargos mensais do débito (TJLP) que chegavam a aproximadamente R\$ 1.000,00 (mil reais), de modo que o valor devido, acaso seja mantido o parcelamento, tenderá a aumentar com o tempo, não havendo previsão para a sua quitação, contrariando a teleologia dos programas de parcelamento.
4. Recurso especial não provido.”¹

A controvérsia que se espera ver sanada por esta Corte Constitucional reside, portanto, em aferir e declarar a constitucionalidade, por interpretação conforme, do art. 5º da Lei nº 9.964/00 c/c o art. 9º da mesma norma, para a exclusão de contribuinte do REFIS I, uma vez que, diferentemente da interpretação dada pela Fazenda Nacional e pelo Superior Tribunal de Justiça, inexistente margem constitucional para que, em exercício de hermenêutica, o **Poder Judiciário venha a criar hipótese de exclusão não prevista no texto legal.**

Fica evidente, portanto, que a negativa ou a limitação da incidência de uma norma se equipara a uma declaração – integral ou parcial – de inconstitucionalidade, na medida em que igualmente caracteriza um desacordo entre a posição judicial e a deliberação do Poder Legislativo que aprovou a norma. Não por outro motivo a Súmula Vinculante 10 estende a cláusula de reserva de plenário para as situações em que o ato normativo não é declarado inconstitucional pelo órgão fracionário, mas tem sua incidência afastada:

¹ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.447.131/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 20/05/2014. DJe 26/05/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

A existência de atos judiciais que afastam a aplicação ou restringem a eficácia de um comando legal é suficiente para criar um estado de incerteza quanto à validade da norma. Foi nesse sentido, aliás, o julgamento da ADC 57, de relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin, que declarou constitucional a norma do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, relativa à terceirização em empresas concessionárias de serviço público. A controvérsia judicial dizia respeito à aplicação da Súmula 331 do TST que, ao proibir a terceirização, negava eficácia ao dispositivo legal objeto da ação, conforme se extrai da ementa transcrita a seguir:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. CNI. LEGITIMIDADE DA AUTORA. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/1995. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331 DO TST. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO RE 958.252 – TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

(...) 2. Declaração de constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 quanto à terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviço público. 3. Jurisprudência do STF consolidada, durante os julgamentos da ADPF 324, Rel. Ministro Roberto Barroso e, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 958.252, Rel. Ministro Luiz Fux, no sentido de reconhecer a constitucionalidade do instituto da terceirização em qualquer área da atividade econômica, afastando a incidência do enunciado sumular trabalhista. 4. Controvérsia acerca da aplicação da Súmula 331 do TST frente ao princípio da legalidade, visto que aquela retira eficácia do dispositivo questionado ao proibir a terceirização por parte de empresas privadas e da Administração Pública Direta e Indireta, incluídas aí as concessionárias de serviços públicos. 5. Pedido julgado integralmente procedente para declarar a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995. (ADC 57, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, DJe-265 DIVULG 04-12-2019 PUBLIC 05-12-2019)

Dessa forma, a equivocada interpretação promovida pela Fazenda Nacional e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por violar abertamente “*a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, (...) a justiça social*”, cuja defesa incumbe à Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94, art. 44, I), suscita a iniciativa do Conselho Federal da entidade, legitimado universal à propositura da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, com o fim de assegurar a “*boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento (...) das instituições jurídicas*”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Com efeito, pela sua própria estrutura normativa, as regras são aplicadas pela lógica da subsunção e não se sujeitam a juízos de ponderação ou de otimização. Trata-se de garantia de segurança jurídica e de estabilidade do sistema normativo. Desse modo, a invocação de princípios ou meios enviesados de interpretação para afastar a aplicação de regras gera uma indesejável e absolutamente censurável instabilidade constitucional, além de abrir margem para arbitrariedades e voluntarismos judiciais. Nesses termos, configura-se, igualmente, ofensa à segurança jurídica protegida pelo art. 5º, caput e XXXVI, da CF/1988.

II - DELIMITAÇÃO DO OBJETO E CABIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA:

Volta-se a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade ao reconhecimento da constitucionalidade e declaração da forma de interpretação da Lei nº 9.964/00, especialmente quanto aos seus arts. 5º e 9º, que, ao fixar o rol das hipóteses de exclusão de contribuinte do REFIS, não estabeleceu a possibilidade de que as pessoas jurídicas optantes, adimplentes e de boa-fé sejam excluídas do parcelamento em razão de parcelas mensais de pagamento em valores considerados, na ótica da Receita Federal, insuficientes para a quitação da dívida em um prazo razoável.

A declaração da constitucionalidade acima delimitada assentará a prevalência das hipóteses expressamente dispostas no texto legal sobre a interpretação dada pelo Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013 e pelo Superior Tribunal de Justiça ao estender o conceito de inadimplência contido no art. 5º, II da Lei nº 9.964/2000 às denominadas “*parcelas ínfimas*” (ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas).

Dessa forma, por meio da propositura da presente ação, pugna-se para que não haja distinção interpretativa que extrapole o texto legal ou afaste reiteradamente a aplicação da norma, à revelia da vontade do legislador. Noutras palavras, que não se tolere hipóteses de exclusão não previstas na lei – e que, portanto, não eram do conhecimento do contribuinte no momento da adesão (e que, se fossem, poderiam ter influído decisivamente na decisão de adesão, uma vez que ela pressupunha uma série de obrigações por parte dos contribuintes, como por exemplo, a desistência de todas as discussões judiciais a respeito dos tributos parcelados).

Importante ressaltar que se considera aqui a situação em que o contribuinte, desde a adesão ao Refis até sua exclusão, efetuou, de boa-fé, o pagamento regular das prestações nos exatos termos estipulados pela Lei nº 9.964/00.

De acordo com a Lei nº 9.868/99, a admissibilidade para a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pressupõe existência de controvérsia judicial relevante sobre a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

aplicação da disposição objeto do pedido². Acerca da exigência legal, o decano Gilmar Ferreira Mendes observa que:

“Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.”

Adotando-se tal posicionamento, observa-se o preenchimento do quesito da controvérsia jurídica relevante, especialmente diante do potencial multiplicador da discussão decorrente do atual entendimento emanado Superior Tribunal de Justiça que, após anos de divergência em seus posicionamentos, acabou por posicionar-se favoravelmente aos argumentos sustentados pela Fazenda Nacional. Contudo, não tendo sido editada Súmula ou mesmo a fixação de tese por Recurso Repetitivo nos termos do art. 1.036 do CPC, impõe-se a manifestação dessa Suprema Corte a fim de afastar a insegurança jurídica em torno da matéria.

O tema é extremamente relevante para uma série de contribuintes que, uma vez excluídos do REFIS após décadas da adesão, enfrentam execuções fiscais em valores extremamente elevados. Muitas dessas empresas não possuem capital suficiente para fazer frente a tais débitos e podem até vir a encerrar a sua atividade econômica.

Neste contexto, recorre-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade como única medida cabível para dirimir as controversas em torno dos dispositivos.

III – A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM O FIM DE DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS ARTIGOS DA LEI 9.964/2000

Consoante será mais à frente explicado, na eventualidade de esse Supremo Tribunal Federal não considerar atendidos os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade, pede o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB seja recebida e julgada essa ação como ação direta de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 5º e 9º da Lei 9.964/2000.

² “Art. 14. A petição inicial indicará: (...)”

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

IV - A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º E 9º DA LEI Nº 9.964/2000:

IV.1 – A prevalência da interpretação literal do art. 5º da Lei nº 9.964/2000, face à atenção ao disposto no art. 5º, II e art. 37, caput da Constituição Federal

Conforme exposto previamente, a edição do Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013 pela Fazenda Nacional e o posicionamento adotado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça puseram em dúvida a constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/2000, ao firmar o entendimento no sentido de que, se os valores recolhidos pelos contribuintes de acordo com o critério legal (porcentagem da receita bruta) forem insuficientes para amortizar a dívida, estes pagamentos não podem ser considerados válidos, configurando-se a inadimplência da empresa prevista como causa de exclusão do parcelamento.

Miguel Záchia Paludo, em artigo publicado na Revista Direito Tributário Atual nº 37, foi preciso ao descrever que o Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013, “*advoga a tese de que os critérios de pagamento definidos na Lei n. 9.964 e a ausência de um prazo máximo de duração do programa de recuperação fiscal não se prestam a autorizar a eternização do REFIS, uma vez que a finalidade de todo parcelamento é a quitação da dívida. Dito de outro modo, a Fazenda Nacional entende que o art. 2º, § 4º, II, da Lei n. 9.964 não pode permitir o pagamento mensal de valor insuficiente para saldar a dívida, sob pena de distorção da finalidade do instituto do parcelamento (quitação do débito em tempo razoável), razão pela qual a impossibilidade de adimplemento deve ser equiparada à inadimplência para efeitos de exclusão do REFIS*”³.

O doutrinador, ao aprofundar a análise, reconheceu que o fundamento adotado pela Fazenda Nacional “*está visivelmente embasada em um argumento teleológico (finalístico), uma vez que encontra respaldo na suposta mens legis, que, no caso da Lei n. 9.964, conforme a Fazenda Nacional, seria obter a satisfação dos tributos em atraso em um prazo razoável mediante a amortização da dívida com o pagamento de cada parcela mensal*”⁴.

³ PALUDO, Miguel Záchia. O REFIS (lei n. 9.964) e os casos de “valor irrisório da parcela”: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Direito Tributário Atual nº. 37/2017. IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

<https://ibdt.org.br/RDTA/o-refis-lei-n-9-964-e-os-casos-de-valor-irrisorio-da-parcela-critica-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/#note-436-1>

⁴ PALUDO, Miguel Záchia. O REFIS (lei n. 9.964) e os casos de “valor irrisório da parcela”: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Direito Tributário Atual nº. 37/2017. IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

<https://ibdt.org.br/RDTA/o-refis-lei-n-9-964-e-os-casos-de-valor-irrisorio-da-parcela-critica-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/#note-436-1>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Corroborando o exposto, é possível constatar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.447.131/RS, de forma expressa, destacou a prevalência da interpretação teleológica para concluir pela possibilidade de exclusão de contribuinte do REFIS I por parcela irrisória. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REFIS. PARCELAMENTO. PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO SIMPLES. RECOLHIMENTO COM BASE EM 0,3% DA RECEITA BRUTA. **POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE PARCELAMENTO SE RESTAR DEMONSTRADA A SUA INEFICÁCIA COMO FORMA DE QUITAÇÃO DO DÉBITO. ART. 2º, §4º, II E ART. 5º, II, DA LEI N. 9.964/2000.**

(...)

3. Caso em que o valor do débito originalmente parcelado era de aproximadamente R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e após dez anos de parcelamento aumentou para valor superior a R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), já que o valor irrisório da parcela, que variava entre R\$ 30,00 (trinta e cinco reais) e R\$ 57, 00 (cinquenta e sete reais), sequer era suficiente para quitar os encargos mensais do débito (TJLP) que chegavam a aproximadamente R\$ 1.000,00 (mil reais), de modo que o valor devido, acaso seja mantido o parcelamento, tenderá a aumentar com o tempo, não havendo previsão para a sua quitação, **contrariando a teleologia dos programas de parcelamento.**

4. Recurso especial não provido.”⁵ (grifou-se)

Contudo, a interpretação realizada pela Fazenda Nacional e pelo Superior Tribunal de Justiça esbarram no fato de que a hipótese de exclusão do parcelamento com base no “*pagamento de valor irrisório*”, ou seja, de montante insuficiente para amortizar o débito em tempo razoável, **não encontra previsão legal específica**. A aplicação dessa interpretação malfero o texto constitucional, não apenas por uma enviesada declaração de inconstitucionalidade da norma, mas principalmente por desconsiderar princípios constitucionais estruturantes, como segurança jurídica e boa-fé do contribuinte.

Na realidade, a Lei nº 9.964, ao tratar das causas de exclusão de contribuintes apresenta, em seu art. 5º, um ***rol limitado de hipóteses, inexistindo qualquer previsão que faça referência ao valor da dívida consolidada no parcelamento, ao valor mínimo da parcela*** e, muito menos, à definição de prazo máximo para a duração do REFIS.

Ao se analisar o disposto no art. 5º, II da Lei nº 9.964/00, é possível constatar que a inadimplência referida na norma é aquela decorrente do recolhimento de valor inferior ao percentual da receita bruta estabelecido no art. 2º, § 4º, II, da Lei n. 9.964 **por três meses consecutivos ou seis meses alternados.**

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.447.131/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 20/05/2014. DJe 26/05/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Tal reflexão se faz essencial à compreensão da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 9.964/00, especialmente porque o art. 5º, II da Constituição Federal estabelece como cláusula pétrea, a máxima de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Como bem ressaltado pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, “o art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”⁶.

Para a perfeita compreensão da matéria, há de se destacar que o parcelamento instituído pela Lei nº 9.964/00 não possui qualquer previsão acerca da prestação mínima a ser adimplida, tampouco de prazo para quitação. A norma dispõe apenas que será realizado o pagamento de uma parcela mensal a ser calculada tendo por base percentual da receita bruta obtida pelo contribuinte no mês anterior, conforme previsão contida no art. 2º, §4º da Lei nº 9.964/00.

O REFIS I foi um parcelamento especial, diferenciado em função do grave cenário econômico da época, cuja legislação de regência não especifica prazo para a extinção do parcelamento. Se a Lei nº 9.964/00 não definiu prazo para extinção do parcelamento, inviável considerar que qualquer interpretação da norma possa limitar o alcance e a extensão da legislação concessiva do parcelamento. Não se trata, aqui, de interpretar a lei, mas de constatar que a norma foi desvirtuada ao largo do texto constitucional, estabelecendo parâmetros inexistentes e desconsiderando, como antes salientado, princípios básicos do Estatuto do Contribuinte.

Igualmente, não se pode admitir uma interpretação que, fundada em um argumento teleológico, ampliou a literalidade da norma contida no art. 5º, II da Lei nº 9.964/00, para criar hipótese não contemplada na lei como causa de exclusão do REFIS, de forma a impor uma revisão arbitrária da forma e do prazo do parcelamento sem amparo na legislação de regência.

Há manifesta **violação ao princípio da legalidade estrita**, pois se está diante de caso de ampliação da lei, de alargamento do significado da própria norma jurídica, em que falta a dimensão do texto legal à qual o conjunto de fatos deve ser correlacionado. Este processo é proibido pelo sistema constitucional tributário, conforme se infere dos arts. 5º, II, 37 e 150, I, da CF⁷.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36.

⁷ PALUDO, Miguel Záchia. O REFIS (lei n. 9.964) e os casos de “valor irrisório da parcela”: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Direito Tributário Atual* nº. 37/2017. IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A estrita legalidade é um postulado fundamental do Direito Tributário, porquanto necessária para conferir a certeza quanto ao Direito aplicado, conforme explicitado por Leandro Paulsen:

“O conteúdo de certeza do direito diz respeito ao conhecimento do direito vigente e aplicável aos casos, de modo que as pessoas possam orientar suas condutas conforme os efeitos jurídicos estabelecidos, buscando determinado resultado jurídico ou evitando consequência indesejada. A compreensão das garantias dos artigos 150, I (legalidade estrita), 150, III, a (irretroatividade), b (anterioridade de exercício) e c (anterioridade nonagesimal mínima), e 195, §6º (anterioridade nonagesimal das contribuições da seguridade social), da Constituição como realizadoras da certeza do direito no que diz respeito à instituição e à majoração dos tributos, permite que se perceba mais adequadamente o alcance de de cada uma e o acréscimo de proteção que representam relativamente às garantias gerais da legalidade relativa (art. 5º, II, da CF), do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVIII, da CF)”⁸

Igualmente, o princípio da legalidade vincula a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição da República, conforme explicitado por Maria Sylvia Di Pietro:

“Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. **É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. [...] Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.**” (grifou-se)

Ora, considerando o princípio da legalidade que rege a administração pública (art. 37, *caput* da Constituição Federal), bem como por ser a exclusão do REFIS **um ato administrativo plenamente vinculado**, é constitucional a interpretação da Fazenda Nacional e do Superior Tribunal de Justiça ao art. 5º, II da Lei nº 9.964/2000, para excluir contribuinte do REFIS com base na inadimplência decorrente de parcelas irrisórias, sendo que inexistente previsão legal expressa para exclusão nesta hipótese?

<https://ibdt.org.br/RDTA/o-refis-lei-n-9-964-e-os-casos-de-valor-irrisorio-da-parcela-critica-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/#note-436-1>

⁸ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo / Leandro Paulsen. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A resposta, certamente, é negativa, pois o princípio da legalidade estrita impõe o respeito às decisões do Poder Legislativo, refletidas no texto legal vigente, motivo pelo qual a Fazenda Nacional, por estar totalmente vinculada a ela, não pode exigir senão o cumprimento das condições previstas na Lei n.º 9.964/00.

A garantia da legalidade e da segurança jurídica se pressupõem e se reforçam mutuamente. O respeito à legalidade tem a função de estabilizar expectativas de comportamento e, assim, conferir previsibilidade às relações jurídicas. Resguarda-se, dessa maneira, o preceito da segurança jurídica, que se compõe por dois vetores básicos: a perspectiva da certeza baseada “no conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas” e a perspectiva da estabilidade, que consolida as situações jurídicas contra mudanças atentatórias aos direitos dos cidadãos. Segundo a lição de Humberto Ávila⁹, o instituto da segurança jurídica consiste em “norma princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.”

Importante frisar que o art. 9º da Lei n.º 9.964/00 somente autorizou ao Poder Executivo editar “*as normas regulamentares necessárias à execução do REFIS*”. Isto é, a atividade da Administração se vincula ao império da lei formal, de forma que qualquer norma regulamentar editada não pode contrariar ou prejudicar direito assegurado em Lei.

A Administração Pública deve se limitar a executar a lei, a qual é vinculante para todos os Poderes estatais, inclusive no âmbito da fiscalização e cobrança de tributos, não sendo possível inovar sobre normas expressamente dispostas.

Ou seja, a Fazenda Nacional não é livre para instituir e alterar administrativamente os critérios que regulam o programa de recuperação fiscal no intuito de exigir valor significativamente superior àquele previsto na legislação, sob pena de violação aos arts. 5º, II, 37 e 150, I, da CF.

IV.2 – A necessidade de prevalência dos princípios da segurança jurídica, confiança legítima, e da boa-fé objetiva, em consonância com a proteção prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal ao ato jurídico perfeito

⁹ Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 682



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Outrossim, a necessidade de que seja declarada a constitucionalidade dos artigos 5º e 9º da Lei nº 9.964/00 se evidencia como medida essencial para assegurar a segurança jurídica, enquanto princípio orientador do Estado de Direito.

Como de conhecimento, o aspecto objetivo da segurança jurídica relaciona-se com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, constitucionalmente assegurados pelo art. 5º, XXXVI, da CF. Com efeito, referido princípio está amparado nas noções de certeza, previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas.

Conforme disposto no §1º do art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, reputa-se “*ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*”, enquanto que o §2º do mesmo dispositivo, esclarece que “*consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*”.

Acerca do tema, José Afonso da Silva explica que “*a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto que o segundo é um negócio fundado na lei. (...) É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição*”.

Sobre esse aspecto, é importante avaliar que a homologação da adesão do contribuinte ao REFIS, tal qual estabelecida no art. 9º, III da Lei nº 9.964/00 e regulamentada pelos art. 10º do Decreto nº 3.431/00 por ser um **ato administrativo plenamente vinculado**, encontra amparo na proteção destinada pelo art. 5º, XXXVI, da CF, ao **ato jurídico perfeito**.

Assim se afirma, pois os contribuintes, ao procederem à adesão ao REFIS I, estavam sujeitos a diversas obrigações, que incluíam, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 9.964/00¹⁰, **(i)** autorização, no ato da opção, de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida durante o período em que a optante estiver submetida ao Programa; bem como **(ii)** o acompanhamento fiscal

¹⁰ “Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º;

II – autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis;

III – acompanhamento fiscal específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de receitas;

IV – aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas;

V – cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e para com o ITR;

VI – pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

(...)”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de receitas.

Nesse sentido, considerando que o Fisco detinha ciência das condições financeiras dos contribuintes no momento em que houve a adesão ao REFIS e que o parcelamento foi devidamente homologado pela autoridade administrativa competente, resta configurada a existência **de ato jurídico perfeito e que não pode ser desprezado por ato interpretativo da Fazenda Nacional e inovação jurisprudencial.**

Não poderia, portanto, a Fazenda Nacional, após mais de uma década da adesão dos contribuintes ao REFIS I, com base no Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013, sustentar a exclusão de contribuintes sob o fundamento de “parcela ínfima”, se o parcelamento foi devidamente homologado pela autoridade administrativa competente, e se o contribuinte vinha cumprindo com o pagamento das parcelas no percentual sobre o faturamento indicado na própria Lei nº 9.964/00.

Necessário ainda destacar que o aspecto subjetivo da segurança jurídica é o princípio da proteção à confiança, também denominado de princípio da proteção à confiança legítima que, nos dizeres de Humberto Ávila, “*representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio objetivo da segurança jurídica*”, *servindo de importante instrumento de “proteção do cidadão em face do Estado”*¹¹.

A segurança e a proteção da confiança exigem a garantia de estabilidade, de confiabilidade, de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas aos indivíduos em relação à atuação dos Poderes Públicos, de forma que em relação a ela o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios atos¹².

Isso porque, os atos estatais dos governantes, tais como as leis, podem gerar expectativas nos particulares que, acreditando na validade e na estabilidade desses atos, pautam sua conduta conforme as expectativas legitimamente criadas pelo Estado. Quando essa confiança é frustrada por ato posterior e contraditório do próprio Poder Público, o particular tem o direito de ser protegido.

Afinal, conforme assevera Ricardo Lobo Torres, “*a Administração não pode prejudicar interesses do contribuinte, se este agiu na conformidade das regras então vigentes*”¹³

¹¹ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 363 e 366.

¹² ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 295.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 117.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Sintetizando a análise do professor Humberto Ávila acerca dos requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança, devem estar presentes: **(i)** a confiança, que pressupõe a existência de uma base de confiança, consubstanciada na norma que serviu de fundamento para uma ação individual, **(ii)** o exercício concreto da confiança, assim entendido como a colocação em prática da confiança através do exercício concreto da liberdade de agir, e **(iii)** a frustração da confiança, compreendida como a manifestação estatal posterior que, vindo em sentido diametralmente oposto àquele tomado anteriormente, tem o efeito de frustrar as expectativas do sujeito em questão¹⁴.

Importa destacar que o cenário enfrentado pelos contribuintes excluídos pela Fazenda Nacional do REFIS I se amolda perfeitamente aos requisitos elencados pelo Professor Humberto Ávila, uma vez que **(i)** estes contribuintes, interessados em regularizar a sua situação fiscal, formalizaram, à época, o seu ingresso ao Programa, passando, desde então, a efetuar o pagamento dos débitos consolidados em parcelas mensais exatamente conforme estipulado na Lei nº 9.964/00 e **(ii)** decorridos mais de 13 anos da adesão ao REFIS, pautada pela confiança no cumprimento das normas dispostas na Lei nº 9.964/00, foram surpreendidos com a total alteração dos critérios do parcelamento através de ato administrativo expedido pela Fazenda Nacional e pela Receita Federal do Brasil.

Ou seja: após longo período no qual os contribuintes cumpriram fielmente as condições e obrigações estipuladas na lei de regência, a Fazenda Nacional manifesta-se em total contradição com o disposto na Lei nº 9.964/00, que orientou a conduta adotada pelo sujeito passivo há mais de dez anos, afrontando ao princípio da segurança jurídica que deveria nortear a relação do Estado com o cidadão.

Agrava-se, ainda, o fato de que o art. 3º, I da Lei nº 9.964/00¹⁵, de forma expressa, estabeleceu que a opção pelo REFIS importaria em “*confissão irrevogável e irretratável dos débitos*”, sendo, ainda, obrigatória a adesão de todos os débitos existentes em face da pessoa jurídica que optasse pela adesão (art. 2º, § 3º¹⁶).

Ou seja, os contribuintes optantes **foram obrigados a parcelar todos os débitos** existentes ao tempo da adesão e, ao serem excluídos do REFIS, não apenas tiveram

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 367-401.

¹⁵ “Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º;

¹⁶ “Art. 2º **O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica**, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

§ 1º A opção poderá ser formalizada até o último dia útil do mês de abril de 2000.

§ 2º Os débitos existentes em nome da optante serão consolidados **tendo por base a data da formalização** do pedido de ingresso no Refis.

§ 3º A consolidação abrangerá **todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica**, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.” (grifou-se)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

tais débitos restabelecidos pela Fazenda Nacional, como também se encontram impedidos de discuti-los judicialmente, uma vez que são considerados confessados. É dizer: afora a inquestionável insegurança jurídica a posição adotada pelo Fisco Federal acabou por transformar **a opção pela adesão ao Parcelamento em uma verdadeira armadilha**, um resultado inesperado e prejudicial aos contribuintes de boa-fé.

Por certo, não pode o contribuinte ser surpreendido com a alteração administrativa e unilateral de critérios depois de mais de uma década seguindo as regras que lhe foram impostas nos termos da lei (ainda que as condições postas pelo legislador possam merecer críticas), sob pena de romper-se com a indispensável garantia de previsibilidade, estabilidade e confiabilidade do ordenamento jurídico¹⁷.

Intrinsecamente ligado à segurança jurídica e ao princípio da confiança legítima, pode-se falar, também, na boa-fé objetiva, pois que, em última análise, encontra-se vinculado à moralidade que dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal¹⁸.

Um dos desdobramentos do mandamento ético-jurídico da boa-fé se encontra materializado na máxima romana que veda o “*venire contra factum proprium*” (o “*ir contra o próprio ato*”), no sentido de que é de se repudiar veementemente condutas contraditórias e incompatíveis entre si empreendidas por uma mesma parte e que defraudam a confiança infundida na outra parte.

Não se pode admitir que a Fazenda Nacional tenha anuído, ao longo de mais de uma década com o parcelamento dos débitos pelo REFIS e possa vir a querer pretender alterar situação fática já consolidada (ato jurídico perfeito). Enfim, não pode a Fazenda Nacional atentar contra os seus próprios atos, que gerou toda uma sorte de legítimas expectativas dos contribuintes, entre elas, e acima de todas, a de não sofrerem prejuízos em razão do parcelamento formalizado (o que se encarta no princípio geral de direito do *neminem laedere*).

Nessa mesma linha de entendimento, destaca-se voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, à época membro do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo ao presente, em representativo acórdão repetitivo. Confira-se:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. PROCESSO

¹⁷ PALUDO, Miguel Záchia. O REFIS (lei n. 9.964) e os casos de “valor irrisório da parcela”: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Direito Tributário Atual n.º. 37/2017. IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

<https://ibdt.org.br/RDTA/o-refis-lei-n-9-964-e-os-casos-de-valor-irrisorio-da-parcela-critica-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/#note-436-1>

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ADMINISTRATIVO FISCAL. PAES. PARCELAMENTO ESPECIAL. DESISTÊNCIA INTEMPESTIVA DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA X PAGAMENTO TEMPESTIVO DAS PRESTAÇÕES MENSAS ESTABELECIDAS POR MAIS DE QUATRO ANOS SEM OPOSIÇÃO DO FISCO. DEFERIMENTO TÁCITO DO PEDIDO DE ADESÃO. EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). (...)¹⁹ (grifou-se)

No mesmo sentido, pontifica Weida Zancaner²⁰, “os limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como todos sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quanto ao estudo da invalidação ... (como por exemplo) o princípio da boa fé (que) assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados (...) Portanto, a boa fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos”.

Ante o exposto, resta evidenciado que, ante a prevalência dos princípios da segurança jurídica, confiança legítima, e da boa-fé objetiva, deve ser declarada a constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00, assegurando, por mais uma vez, a proteção prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal ao ato jurídico perfeito.

IV.3 – A mens legislatoris na promulgação da Lei nº 9.964/00 e a preservação do princípio da separação entre os poderes

Conforme já adiantado, o REFIS I foi instituído sob delicada conjuntura econômica, tendo como objetivo a restauração da capacidade operacional das empresas, extremamente sufocadas e incapazes de gerar novos empregos, conforme exposto pelo Deputado Gerário Silva na discussão do projeto de conversão em Lei da Medida Provisória nº 2.004-6/2000, ao destacar que “as empresas hoje marginalizadas no mercado, por estarem inscritas no Cadin ou por não terem acesso às certidões negativas, tanto da Receita Federal como da Dívida Ativa da União, e ao CND da Previdência Social, estão nessa situação porque não tem acesso às licitações públicas e ao crédito, automaticamente não tem a condição necessária para fazer a sua expansão e gerar empregos”, assim, “tão importante quanto arrecadação, (...), também é que essas empresas voltem a operar na normalidade, voltem a gerar empregos” (doc. anexo).

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Recurso Especial nº 1.143.216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 09/04/2010, repetitivo.

²⁰ - Weida Zancaner, in “Da Convalidação e da Invalidação do Atos Administrativos”, RJ, 1990, pp. 58/59.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Como exposto em tópico específico, há grave violação ao princípio da legalidade ao se promover a exclusão de contribuinte do REFIS I com fundamento no recolhimento de “parcelas ínfimas”, uma vez que o Poder Judiciário transborda a sua atuação constitucionalmente prevista, promovendo um julgamento desconsiderando não apenas as circunstâncias fáticas/políticas/econômicas da época da criação do parcelamento, mas também a própria *mens legis e mens legislatoris*.

Como se sabe, não cabe ao judiciário atuar como legislador positivo, sendo tal conduta reiteradamente rechaçada por esse Supremo Tribunal Federal²¹.

Da análise da discussão na Câmara dos Deputados acerca da conversão em Lei da Medida Provisória nº 2.004-6/2020 (doc. anexo), é possível verificar que o legislador brasileiro, ao editar o texto legal, tinha plena consciência de que as condições de pagamento poderiam se estender por décadas, mas, ainda assim, concluíram ser a anistia impositiva no cenário de dificuldades em que o país se encontrava. Confira-se:

“(…) Sr. Presidente, o fator determinante para o pagamento da dívida não será, como anteriormente, o seu parcelamento em determinado número de meses, forma em que, após determinado tempo, o contribuinte novamente estava inadimplente, porque seu faturamento ou a condição da empresa não absorvia o compromisso financeiro assumido. **A nova forma de parcelamento é inédita, não depende do valor da dívida ou de determinados números, mas da condição do contribuinte de honrar seu débito, de honrar o seu passivo fiscal, o que pode demorar dez, vinte, trinta, cinquenta ou cem anos.**” (grifou-se)

²¹ Exemplificativamente:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECEITAS DECORRENTES DO TRANSPORTE INTERNO (FRETE INTERESTADUAL) DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO A TRANSPORTE INTERNACIONAL, PARA FINS DE IMUNIDADE. INAPLICÁVEL. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL A CONTRIBUINTE NÃO CONTEMPLADO NA LEI. IMPOSSIBILIDADE. **NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO.** AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO DESPROVIDO.”

(Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 990239. Julgado em 05/11/2019)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. ICMS. Benefício fiscal. Redução da base de cálculo. Isonomia. Impossibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo. **1. Impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer benefícios tributários não previstos em lei.** 2. Agravo regimental não provido.”

(Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 936963, publicado em 02/05/2016)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Da análise dos Anais da Câmara dos Deputados acerca da conversão em Lei da Medida Provisória nº 2.004-6/2020, é possível, portanto, verificar que o legislador, ao editar a Lei nº 9.964/00, promoveu uma verdadeira ponderação entre o interesse arrecadatório do Fisco e a grave situação dos setores produtivos da economia.

Tal escolha realizada pelo Poder Legislativo não pode ser ignorada e muito menos suprimida pelo Poder Executivo via edição do Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013, ou mesmo pelo Poder Judiciário, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de grave violação ao princípio da separação de poderes, eternizado no art. 2º da Constituição Federal²².

Relevante, neste momento, destacar que a metodologia estabelecida no REFIS que possibilitou o pagamento de parcelas em percentual sobre as receitas brutas dos contribuintes não se tratou de uma teratologia circunstancial, mas trata-se de critério replicado constantemente, como pode ser observar da análise do art. 9º, da recente Portaria nº 14.402, editada pela Procuradoria-Geral da Fazenda em 16 de junho de 2020, ao criar a Transação Excepcional de débitos em função da pandemia de COVID. Veja-se:

“Art. 9º São modalidades de transação excepcional na cobrança da dívida ativa da União:

(...)

a) pagamento, a título de entrada, de valor mensal equivalente a 0,334% (trezentos e trinta e quatro centésimos por cento) do valor consolidado dos créditos transacionados, durante 12 (doze) meses, e o restante pago com redução de até 100% (cem por cento) do valor dos juros, das multas e dos encargos-legais, observado o limite de até 70% (setenta por cento) sobre o valor total de cada crédito objeto da negociação, em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, **sendo cada parcela determinada pelo maior valor entre 1% (um por cento) da receita bruta do mês imediatamente anterior**, apurada na forma do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77, e o valor correspondente à divisão do valor consolidado pela quantidade de prestações solicitadas; (...)”

Tal critério é, inclusive, objeto de do Projeto de Lei nº 2735/2020²³, proposto pelo atual Presidente da Câmara, Deputado Federal Arthur Lira (PP-AL), que estabelece o que se segue:

“Art. 2º. O débito consolidado na forma deste artigo, será pago:

§1º Em parcelas mensais e sucessivas, vencíveis no último dia útil de cada mês, **sendo o valor de cada parcela determinado em função do percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior**, apurada na forma do Capítulo II, Seção II, Subseção I,

²² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²³ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1894828&filename=PL+2735/2020



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Art. 12 e parágrafo 1º a 5º da Lei no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não inferior a: I - Ano calendário 2021 e 2022:

a) 0,3% (três décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido; e
b) 0,5% (cinco décimos por cento), nos demais casos.

II - Ano calendário 2023 e posteriores:

a) 0,5% (cinco décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido; e
b) 1,0% (um inteiro por cento), nos demais casos.”

Qual garantia terão os contribuintes que promoverem a adesão na recentíssima Transação Excepcional de que, futuramente, o seu parcelamento não venha a ser rescindido unilateralmente pela Fazenda Nacional? Pela experiência advinda das exclusões de contribuintes do REFIS I, a conclusão é que, para o contribuinte, **não há qualquer segurança ou previsibilidade**.

Importante rememorar ainda que, atualmente, encontra-se em curso perante a Câmara Federal de Deputados o Projeto de Lei nº 5.317/2019 (antigo PL 2.281/2015), que discute a inclusão de parágrafos ao art. 9º da Lei nº 9.964/2000, **para vetar, de forma expressa, a exclusão de pessoas jurídicas do Programa de Recuperação Fiscal - Refis, cujas parcelas de desembolso não sejam consideradas suficientes para amortizar a dívida assumida.**

O tema, como se constata, além de ser extremamente sensível, está sendo objeto de **debate legislativo**, evidenciando a necessidade de que este Supremo Tribunal Federal reafirme a constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00.

Afinal, conforme demonstrado, na conversão da Medida Provisória nº 2.004-6/2020 na Lei nº 9.964/2000, o legislador brasileiro possuía a plena consciência de que as condições de pagamento previstas no REFIS I poderiam se estender por décadas e, portanto, as hipóteses de exclusão do parcelamento contidas no arts. 5º da Lei nº 9.964/00 refletem não apenas a *mens legis*, como a *mens legislatoris*.

Interpretar de forma diversa o referido dispositivo de forma a criar hipótese de exclusão do REFIS não prevista no texto legal, representa direta e clara violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez **que não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo**, como assegurado por essa Corte Constitucional.

IV.4 – A constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00 face ao princípio da preservação da empresa e a desatenção ao disposto nos arts. 21, 24 e 27 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – “LINDB”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Como último aspecto impositivo à análise da necessidade de declaração da constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00, faz-se relevante verificar a adequação dos dispositivos ao princípio da preservação da empresa.

Isso porque, como já destacado anteriormente, a Fazenda Nacional, com base no Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13 e amparada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao promover o restabelecimento dos débitos decorrentes da exclusão de contribuintes do REFIS I, tem gerado execuções fiscais em valores extremamente elevados e diversos contribuintes vêm sendo submetidos a penhoras e atos constritivos em patamares superiores ao seu próprio patrimônio, colocando em risco as suas atividades econômicas.

A exclusão de contribuintes do REFIS I com Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13 e fundada na "tese da parcela ínfima", atinge direta e excessivamente os direitos de propriedade e de liberdade dos contribuintes, porquanto a expressiva ampliação inesperada e discricionária do montante devido no Programa, **na maioria dos casos, limita em demasia o exercício da atividade econômica, inviabilizando por completo o prosseguimento das empresas.**

Como destacado por Miguel Záchia Paludo, no caso, **o poder de tributar assume a vestimenta do poder de destruir**, pois, para muitos contribuintes, a nova forma de cobrança imposta arbitrariamente pela Receita Federal do Brasil aniquila a sua saúde econômico-financeira, impedindo o desenvolvimento de seu objeto social²⁴. Não há dúvidas de que, para se alcançar os objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a saber, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com o pleno desenvolvimento nacional e a redução e erradicação das desigualdades e marginalização, bem como das diferenças regionais, é mister o papel desempenhado pelas empresas.

Para tanto, além dos fundamentos que regem a ordem econômica nacional e os princípios constitucionais expressos no artigo 170, da Constituição Federal, é importante que se vislumbre no texto constitucional - ainda de que na forma de princípio constitucional não escrito - a preservação de empresa com o escopo assegurar que esta atinja sua função social.

É necessário, como função social da atividade econômica, o pleno desenvolvimento empresarial, ou seja, na atuação como organização dos fatores de produção destinados à criação e circulação de bens e serviços, com a geração de riquezas, empregos, tributos, desenvolvimento local, regional e nacional, aquecimento e movimento do mercado consumidor, reserva de capital responsável pela propulsão da representatividade do Estado no cenário nacional e internacional.

²⁴ PALUDO, Miguel Záchia. O REFIS (lei n. 9.964) e os casos de “valor irrisório da parcela”: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Direito Tributário Atual nº. 37/2017. IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário.
<https://ibdt.org.br/RDTA/o-refis-lei-n-9-964-e-os-casos-de-valor-irrisorio-da-parcela-critica-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/#note-436-1>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Portanto, tão somente a partir do pleno desenvolvimento da atividade empresarial poderá a empresa cumprir com a sua função social e, assim, contribuir para a ordem econômica nacional que, fundamentada em dois princípios constitucionais, a saber: os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, expressos no rol do artigo 170, da Constituição Federal (de forma implícita, o próprio princípio da preservação da empresa).

É certo que o ordenamento pátrio, como assente em doutrina e jurisprudência, há muito acolhe o mandamento da proporcionalidade – que para muitos se confunde ou mesmo constitui um desdobramento concretizador da exigência de razoabilidade e do devido processo legal -, sendo certo que a *sedes materiae* de tal normativa encontra-se prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ou como preferem outros, na própria cláusula do Estado Democrático de Direito, que inaugura o texto da Lei Maior (artigo 1º).

Seja como for, quer se fale de proporcionalidade, ou de razoabilidade, ou mesmo de devido processo legal, certo é que tais princípios decorrem do imperativo de que os atos intersubjetivos se coadunem com a noção de um direito justo.

E a ideia de direito justo remete, imediatamente e inexoravelmente, ao não excesso, de equilíbrio, de medida ponderada, adequada, razoável e, numa palavra, proporcional. Remete, pois, à ideia de um tratamento não excessivo, nem para mais, nem para menos. Aqui, convém lembrar, uma vez mais, que os contribuintes que aderiram ao REFIS no ano 2000 ficaram por mais de treze (treze) anos incólumes no parcelamento, antes que a Fazenda Nacional editasse o Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13.

Passado todo esse período, não se afigura justo, razoável, ou mesmo proporcional a exclusão de contribuintes que, desde o momento da adesão ao parcelamento, vinham, de boa-fé, promovendo o pagamento regular das prestações nos exatos termos estipulados pela Lei nº 9.964/00, especialmente quando tal exclusão acarreta no restabelecimento de débitos em patamares tão elevados que colocam em risco a própria atividade econômica desenvolvida.

Necessário, portanto, atentar-se ao disposto no art. 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - “LINDB” (Decreto-Lei nº 4.657/1942), abaixo transcrito:

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

24



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Isso porque, pela simples leitura do dispositivo, é possível perceber que os tribunais administrativos e judiciais, ao reavaliarem os atos praticados pelos contribuintes, devem levar em consideração quais eram as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral, tudo isto em favor da segurança jurídica do ordenamento.

Como previamente destacado, a homologação da adesão do contribuinte ao REFIS, tal qual estabelecida no art. 9º, III da Lei nº 9.964/00 e regulamentada pelos art. 10º do Decreto nº 3.431/00 por ser um **ato administrativo plenamente vinculado**, encontra amparo na proteção destinada pelo art. 5º, XXXVI, da CF, ao **ato jurídico perfeito**.

Note-se que, diante do que dispõe o art. 24 da LINDB, o desiderato da Fazenda Nacional perde totalmente o seu sentido e fundamento, afinal, como poderiam os contribuintes supor que, após mais de uma década, seriam excluídos do REFIS, quando estavam procedendo ao pagamento regular das parcelas nos estritos termos da Lei nº 9.964/00?

Ainda que restasse qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do art. 24 da LINDB na análise de questões tributárias, os professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, autores do projeto de lei (doc. anexo) que foi convertido na Lei nº 13.655/18 (que introduziu o referido artigo no Decreto-Lei nº 4.657/1942), fizeram questão de esclarecer de uma vez por todas a questão:

“Seus dispositivos são abrangentes e serão observados nas operações jurídicas envolvendo o direito público em geral. Entendem-se como tal as operações cuja tutela tenha como centro as autoridades administrativas, embora com fiscalização e participação de controladores externos e juizes. Em suma, os arts. 20 a 30 da Lei de Introdução tratam do direito público cuja aplicação primária seja administrativa. Está fora o direito penal, pois sua aplicação primária é judicial, não administrativa, ainda que nele atuem as autoridades policiais e penitenciárias vinculadas à administração pública, mas como coadjuvantes.

(...)

Importante é que as novas normas da Lei de Introdução são obrigatórias não apenas para toda a administração pública – e com independência das matérias envolvidas (contratuais, funcionais, tributárias, não importa). A obrigatoriedade vai muito além.²⁵ (grifou-se)

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Jota, São Paulo. 10 ago. 2018. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Registra-se, aqui, que o tema em questão não se adequa ao enunciado da Súmula nº 473 deste Supremo Tribunal Federal²⁶, uma vez que esta somente a autoriza a anulação dos atos emanados pela administração quando eivados de vícios que o tornam ilegais; ou revogá-los quando, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos

Como já demonstrado previamente, a Fazenda Nacional vem promovendo a exclusão de contribuintes que obtiveram a sua homologação ao REFIS ainda no ano 2000, e que, desde então vinham cumprindo fielmente com os pagamentos nos termos fixados pela Lei nº 9.964/00, válida e plenamente vigente. Ou seja, inexistente qualquer vício de legalidade na norma a justificar a anulação de um ato jurídico perfeito.

Mas não é só, o art. 21 da mesma LINDB, expressamente destaca do dever da autoridade administrativa e judiciária, ao decretar a invalidação de qualquer ato, indicar **de modo expresso** suas consequências jurídicas e administrativas, indicando as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Confira-se:

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Considerando o que dispõe o art. 21 da LINDB, é possível constatar que a Fazenda Nacional, bem como o Superior Tribunal de Justiça em razão de seus diversos precedentes acerca da matéria, flagrantemente violaram os princípios da segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade, pois, ao excluir os contribuinte do REFIS sob a “*tese da parcela ínfima*”, (i) não indicaram as condições para que a regularização ocorresse de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais; e mais grave ainda (ii) impôs aos contribuintes ônus manifestamente excessivo decorrente do restabelecimento dos débitos, massivamente majorados por décadas de juros e correção monetária incidentes sobre o original, capazes de levar a diversas empresas à falência e, conseqüentemente, aumentando significativamente o nível de desemprego do país.

²⁶ Súmula nº 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Embora a Fazenda Nacional, ao promover a exclusão dos contribuintes de REFIS, oportunize a possibilidade de quitação do saldo remanescente, assim o faz sem qualquer base legal e fixando prazos totalmente arbitrários, desconsiderando o montante do débito, tampouco a viabilidade de o contribuinte possuir capacidade de arcar com tais pagamentos.

É válido destacar, ainda, que aquele **contribuinte que aderiu ao Programa e agora foi excluído *fica limitado ao pagamento do débito***, eis que, como condição da adesão, foi **obrigado a confessar sua origem**, de modo que sequer lhe é garantida a viabilidade de exercer o amplo direito de defesa sobre tais débitos que se acreditava parcelar. Os contribuintes foram compelidos a desistir da defesa quanto ao mérito da discussão.

Consequentemente, a partir do momento que a Fazenda Nacional exclui determinados contribuintes do REFIS, estes se veem totalmente tolhidos, vez que, quando da adesão, havia a esperada segurança jurídica de que não seriam excluídos por hipóteses inexistentes na lei de regência e, por outro lado, agora não podem mais retomar sua defesa, o *status quo ante* à opção pelo regime do Parcelamento. É dizer: a Fazenda Nacional “ofereceu” uma suposta possibilidade de quitação dos débitos, que, em realidade, é praticamente impossível de ser adimplida, após quase 20 anos de acréscimos moratórios.

Assim, os contribuintes ficaram totalmente sem opções, acarretando na distribuição de diversas execuções fiscais, que novamente encontra a inviabilidade de discussão, seja porque não conseguem garantir o vultuoso débito para se defenderem em sede de embargos, seja porque, tampouco poderiam discutir o mérito da cobrança.

Os contribuintes optaram por desistir de defesas e parcelar o débito de acordo com sua capacidade contributiva e, de repente, o efeito surpresa da inovação de uma construção jurisprudencial, inexistente na normativa de regência, de exclusão por parcela ínfima. Ora, se, ao menos, fosse viabilizada a retomada da situação anterior se preservaria a segurança jurídica e a legítima confiança, mas a Fazenda Nacional garante aos contribuintes apenas a possibilidade de quitação de débitos inflados de astronômicos encargos de quase 20 (vinte) anos de mora.

Portanto, ante a previsão do artigo 27 da LINDB que determina que “*a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos*”, é possível afirmar que a Fazenda Nacional, ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça, ao possibilitar a exclusão do REFIS depois de extenso lapso temporal de pagamentos, deveria, no mínimo, ter previsto medida de compensação com o fim de evitar ou mitigar o prejuízo imposto ao contribuinte de boa-fé, evitando o restabelecimento de débitos em valores exorbitantes.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

O cenário descrito acima configura manifesta violação aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, além da segurança jurídica, em conformidade ao devido processo legal – art. 5º, II e LIV c/c 150, I, da Constituição Federal, bem como uma afronta a ato jurídico perfeito assegurado pelo art. 5º, XXXVI da Carta Magna c/c art. 6º da LINDB pois, convém lembrar, uma vez mais, que os contribuintes que aderiram ao REFIS I ficaram por mais de uma década incólumes no parcelamento.

Passado todo esse período, não se afigura justo, razoável ou proporcional a exclusão do parcelamento de contribuintes que tiveram a sua adesão devidamente homologada pela autoridade administrativa e que vinham cumprindo, de boa-fé, com o pagamento regular das prestações nos exatos termos estipulados pela Lei nº 9.964/00, sob pena de fazer prevalecer a insegurança e colocando em risco a própria perpetuação das empresas.

IV.5 – A inovação jurisprudencial face a expressividade da legalidade tributária. Comparativo com as normativas de regência dos demais programas de parcelamento

Conforme adiantado no tópico anterior, o estudo do processo de conversão em Lei da Medida Provisória nº 2.004-6/2020, conduz à conclusão de que o legislador tinha absoluta consciência das condições e regras de exclusão do REFIS I.

Isso porque, ao editar a Lei nº 9.964/00, o legislador buscou, como ressaltado pelo Deputado Gerário Silva, uma forma de parcelamento “*inédita*”, que “*não depende do valor da dívida ou de determinados números, mas da condição do contribuinte de honrar seu débito, de honrar o seu passivo fiscal*”.

Ao se analisar o disposto no §4º do art. 2º, nota-se que foi estabelecido pagamento via parcelamento, ***sem número de parcelas previamente definidas***, em que os pagamentos mensais e sucessivos, vencíveis no último dia útil de cada mês, ***teriam o seu valor determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior***.

A hipótese de exclusão prevista no REFIS I em caso de inadimplência decorre, por sua vez, do recolhimento de valor inferior ao percentual da receita bruta estabelecido no art. 2º, § 4º, II, da Lei n. 9.964 por três meses consecutivos ou seis meses alternados – é o que dispõe de forma clara e taxativa do art. 5º, II da Lei nº 9.964/00.

Ocorre que, a interpretação finalística promovida pela Fazenda Nacional e ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça, desconsiderou que cada parcelamento especial de débitos promovido pelo Poder Executivo teve características próprias, de acordo com as conjunturas econômicas da época de sua instituição.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Para fins comparativos com o REFIS I, é possível verificar que o parcelamento especial instituído pela Lei nº 10.684/03 - denominado PAES – fixou em seu artigo 1º²⁷ o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) prestações mensais e sucessivas para o adimplemento do débito negociado.

O fato da Lei nº 10.684/03 prever um número máximo de parcelas para a conclusão do pagamento pelo PAES possibilitou ao Superior Tribunal de Justiça concluir ser “*possível a exclusão do PAES se o valor das prestações mensais pagas se mostrarem incapazes de adimplir o parcelamento dentro do prazo máximo fixado na lei, considerando-se o valor total do débito consolidado. Interpretação teleológica dos arts. 1º e 7º da Lei 10.684/2003*”.²⁸

Igualmente, nota-se que, o Parcelamento Excepcional (PAEX), instituído pela Medida Provisória nº 303/06²⁹ também estabeleceu prazo máximo para a quitação que, no caso, foi de 130 parcelas mensais e sucessivas; assim como, também, o subsequente Programa instituído pela Lei nº 11.941/09³⁰, se preocupou com um número máximo de 180 parcelas.

²⁷ Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1242772/SC. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJe 18/02/2014.

²⁹ Art. 1º Os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal - SRF, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN e ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser, excepcionalmente, parcelados em até cento e trinta prestações mensais e sucessivas, na forma e condições previstas nesta Medida Provisória.

³⁰ “Art. 1º Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial – PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional – PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto no 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não-tributados. (Vide Lei nº 12.865, de 2013) (Vide Lei nº 12.996, de 2014) (Vide Lei nº 13.043, de 2014) (...)

§ 3º Observado o disposto no art. 3º desta Lei e os requisitos e as condições estabelecidos em ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de publicação desta Lei, os débitos que não foram objeto de parcelamentos anteriores a que se refere este artigo poderão ser pagos ou parcelados da seguinte forma: (...)

V – parcelados em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais, com redução de 60% (sessenta por cento) das multas de mora e de ofício, de 20% (vinte por cento) das isoladas, de 25% (vinte e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A análise individualizada das normas instituidoras do PAES, PAEX e do parcelamento objeto da Lei nº 11.941/09 permite a compreensão de que o legislador considerou e compreendeu a necessidade de fixação de parcelas máximas para garantir o adimplemento dessas negociações.

Entretanto, em relação ao REFIS I, a ausência de uma previsão expressa legal não decorreu de uma “*desatenção*” ou atecnicidade, mas de uma ponderação realizada pelos legisladores, ante o cenário econômico da época. O que deve ser respeitado pelo Poder Judiciário.

Corroborando o exposto, necessário lembrar que, na própria exposição de motivos (interministerial) nº 821/1999, anexa à Mensagem que submeteu ao Congresso o primeiro diploma da Medida Provisória, é estabelecido que se propõe “*um modelo em que os débitos fiscais sejam consolidados em determinada data, com todos os acréscimos legais a que estiverem sujeitos, e, a partir daí, pagos de forma parcelada, sem limitação de prazo, mas mediante comprometimento de percentual fixo de, no mínimo, dois por cento da receita bruta mensal da empresa, acrescidos, tão-somente, de juros determinados com base na Taxa de Juros de Longo Prazo - T JLP, índice financeiro reconhecidamente mais adequado para financiamento de prazos mais alongados*” – (doc. anexo).

É dizer, o próprio racional da parcela ínfima ou impagável é contraditório às intenções do legislador, que claramente pretendia viabilizar ao contribuinte uma forma de parcelar os débitos conforme sua capacidade contributiva e sem limite de tempo para tanto. A Fazenda Nacional acaba por especificar prazos sem base legal. Se por um lado é possível que algumas dívidas possam se tornar impagáveis, qual seria a base legal para especificação de uma regra não prevista em lei?

A orientação jurisprudencial formada desfavoravelmente aos contribuintes, repita-se, evidencia clara invasão do Poder Judiciário às funções constitucionais destinadas ao Poder Legislativo.

IV.6 – A necessidade de previsibilidade da conduta da administração pública para o planejamento empresarial dos contribuintes – inexistência de margem interpretativa no texto da Lei nº 9.964/00

Para a profunda compreensão do tema e demonstrar a mácula ao princípio da segurança jurídica, necessário analisar o caso sob o aspecto volitivo do contribuinte no momento da adesão ao REFIS I.

Assim se afirma, pois o gestor de uma pessoa jurídica, ao se confrontar com o REFIS I, se viu diante de uma norma clara, contendo orientações expressas de como será regido o parcelamento oferecido pela própria administração pública.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Nota-se que não se está diante de uma negociação entre iguais, em que se pode discutir os termos de um contrato com uma outra parte. O parcelamento posto ao contribuinte pela Lei nº 9.964/00 continha condições pré-definidas para adesão pagamento dos débitos. Ao contribuinte competia apenas decidir se iria acatar a norma para ter acesso à condição especial de pagamento, ou se continuaria a administrar o seu passivo tributário, seguindo os meios ordinários.

O fato de que o contribuinte não ter qualquer ingerência sobre condições impostas pelo REFIS I importou aos seus gestores uma avaliação, organização e também projeção da sua atividade comercial, de forma a cumprir com os requisitos estabelecidos para o parcelamento.

É dizer se o contribuinte aderiu ao REFIS I em 2000, assim o fez seguindo as normas legais e a confiança de que estes termos seriam mantidos até o adimplemento do débito/extinção do parcelamento.

A gravidade da alteração de entendimento promovida pela Fazenda Nacional ao editar o Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13 é verificável na quebra da confiança que o contribuinte depositou no Estado brasileiro, uma vez que ignorou a sua vontade manifestada quanto ao cumprimento daqueles termos outrora definidos na edição da Lei nº 9.964/00.

Seguro afirmar que, se ao contribuinte tivesse sido colocada a possibilidade de que, passados treze anos da adesão, haveria uma reanálise das condições de pagamentos inicialmente previstas, **certamente seria promovido um novo estudos dos gestores acerca da possibilidade de adesão e, para muitos, esses termos seriam inviáveis.**

Um racional contratual, em que duas partes acordaram com os termos de um negócio jurídico jamais tornaria cabível a supresa de interpretação jurisprudencial de regras supervenientes, especialmente quando sequer foi oportunizado o questionamento, ou debate das condições pré-estabelecidas.

O ônus imposto aos contribuintes nada mais representa que a transferência ao particular da falência da administração pública nacional e repercute muito mal internacionalmente, prejudicando a segurança jurídica e a falta de transparência, o que resulta no conhecido “*Custo Brasil*” que, como se sabe, corresponde à medição do conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem o investimento no Brasil, dificultando o desenvolvimento nacional, aumentando o desemprego, o trabalho informal, a sonegação de impostos e a evasão de divisas.

Não há, portanto, como se desenvolver a economia de um país ou mesmo atrair investimentos se o Estado brasileiro não garante a mínima segurança nas relações jurídicas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

V – DA EXISTÊNCIA DE RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A APLICABILIDADE DOS ARTS. 5º E 9º DA LEI Nº 9.964/2000:

À revelia dos argumentos apresentados, a jurisprudência brasileira tem demonstrado alta controvérsia jurídica quanto à temática.

Como aduzido anteriormente, após a edição do Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13 pela Fazenda Nacional, diversos contribuintes foram sumariamente excluídos do parcelamento objeto do REFIS I, o que ocasionou uma ampla judicialização do tema.

No Superior Tribunal de Justiça, havia jurisprudência tranquila e formada a respeito da exclusão de programas de parcelamento quando o valor da parcela se revela irrisório, caracterizando inadimplência. Contudo, tais precedentes tratavam especificamente do Programa de Parcelamento Especial - PAES.

Quanto à situação específica do REFIS instituído pela Lei nº 9.964/00, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.242.772/SC, chegou a sustentar a impossibilidade de, no REFIS I, aplicar o mesmo entendimento desenvolvido para o PAES no que se refere à exclusão do programa, por absoluta falta de previsão legal de prazo máximo de duração do parcelamento. Veja-se:

“TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PAES. EXCLUSÃO. VALOR IRRISÓRIO DA PARCELA MENSAL. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ARTS. 1º E 7º DA LEI 10.684/03. PREVISÃO DE PRAZO MÁXIMO PARA O FIM DO PARCELAMENTO. PRECEDENTES. **HIPÓTESE DIVERSA DA QUE OCORRE NO REFIS 2000 (LEI 9.964/2000).**

1. É possível a exclusão do PAES se o valor das prestações mensais pagas se mostrarem incapazes de adimplir o parcelamento dentro do prazo máximo fixado na lei, considerando-se o valor total do débito consolidado. Interpretação teleológica dos arts. 1º e 7º da Lei 10.684/2003. Precedentes.

2. Caso concreto referente ao PAES regido pela Lei 10.684/2003.

3. **Hipótese diversa da que ocorre no REFIS 2000, uma vez que a lei de regência (Lei 9.964/2000) não contempla prazo máximo para o fim do parcelamento.**

4. **No caso do REFIS 2000, a exclusão do contribuinte somente pode ocorrer por umas das hipóteses previstas no art. 5º da Lei 9.964/2000, dentre as quais não foi contemplada a possibilidade de desligamento do contribuinte do programa por ser irrisório o valor da prestação em comparação com o débito geral consolidado.**

5. **Impossibilidade, no REFIS 2000, de aplicação do mesmo entendimento desenvolvido para o PAES no que se refere à exclusão do programa, por absoluta falta de previsão legal de prazo máximo de duração do parcelamento. Obediência ao Princípio da Legalidade.**

6. Recurso especial não provido.”³¹

³¹ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1242772/SC. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJe 18/02/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REFIS. EXCLUSÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. VALOR IRRISÓRIO DE PARCELA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NA LEI 9.964/2000. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. **As condições e cláusulas de acordo de parcelamento especial, dentre os quais se insere o REFIS, são estipulas por lei, nos termos do art. 155 do CTN, de modo que diante da dicção do art. 2º, § 4º, II, "c", da Lei 9964/2000, a exclusão do contribuinte só poderia ocorrer por uma das hipóteses prevista em lei.**
3. **A lei do REFIS não contempla a hipótese de exclusão do contribuinte do programa por ser irrisório o valor da prestação em comparação com o débito consolidado.**
4. Ilegalidade da sanção imposta, por falta de previsão legal.
5. Recurso especial provido.”³² (grifou-se)

Nessa mesma linha de raciocínio foram proferidos acórdãos pelos Tribunais Regionais Federais. Confira-se, exemplificativamente, Ementa de precedente proferido pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PARCELAMENTO - REFIS 2000 (LEI 9.964/2000) - PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO SIMPLES - INADEQUAÇÃO DAS RAZÕES DE EXCLUSÃO - OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS - INTERPRETAÇÃO LITERAL.

1. O ato impugnado pela apelante é a Portaria do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal nº 2.423, publicada no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 2011, que indicou como fundamento da exclusão o art. 5º, II, da Lei 9.964/2000.
2. Consoante se verifica da literalidade do dispositivo legal especificado, a hipótese de exclusão refere-se à inadimplência, cuja redação é a seguinte: Art. 5º A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor: I - (...); 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;”
3. *In casu*, revela-se esclarecedor para o deslinde da controvérsia os argumentos lançados no douto parecer ministerial, cujo trecho transcrevo: "Acontece que o pagamento do valor considerado irrisório pela Fazenda Nacional decorre do percentual de 0,3% previsto no art. 2º, §4º, 354 de 356 inciso I I , alínea "a", da Lei 9.964/2000. **Deste modo, o valor da prestação a ser paga mensalmente pela apelante corresponde às regras estabelecidas na Lei que rege o Programa.(...) As hipóteses**

³² Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1100843/PR. Relatora Ministra Eliana Calmon. Dje 02/12/2009.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

de exclusão do Programa estão expressamente previstas no art. 5º, da Lei 9.964/2000, não podendo a Administração excluir a apelante do REFIS com base em situação não prevista no diploma de regência.

4. Na espécie, pois, não restou demonstrada qualquer violação à legislação de regência que justifique a exclusão do contribuinte do REFIS, limitando-se a parte apelada a suscitar tão somente a infringência aos princípios básicos da moratória, caracterizada pelo crescimento constante da dívida e a incapacidade financeira de quitação do débito.

5. Portanto, o ato de exclusão da apelante padece de ilegalidade, devendo ser reconhecido o direito de manutenção da empresa no Programa de Recuperação Fiscal 2000. Precedente do STJ (REsp 1242772/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 18/02/2014).

6. Apelação provida.”³³ (grifou-se)

Entretanto, ao longo dos últimos anos, a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, se alinhou no sentido de reconhecer a possibilidade de exclusão dos contribuintes do REFIS I, com fulcro no art. 5º, II da Lei nº 9.964/00 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito (*parcelas ínfimas*). Confira-se precedentes elucidativos acerca do posicionamento adotado pelo Tribunal Cidadão:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REFIS. PARCELAMENTO. PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO SIMPLES. RECOLHIMENTO COM BASE EM 0,3% DA RECEITA BRUTA. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE PARCELAMENTO SE RESTAR DEMONSTRADA A SUA INEFICÁCIA COMO FORMA DE QUITAÇÃO DO DÉBITO. ART. 2º, §4º, II E ART. 5º, II, DA LEI N. 9.964/2000.

1. É possível a exclusão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com fulcro no art. 5º, II da Lei n. 9.964/2000 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas. Situação em que a impossibilidade de adimplência há que ser equiparada à inadimplência para efeitos de exclusão do dito programa de parcelamento. Precedente específico para o REFIS: REsp 1.238.519/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.08.2013. Precedentes em casos análogos firmados no âmbito do Programa de Parcelamento Especial - PAES: REsp 1.187.845/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 28.10.10; EDcl no AREsp 277.519/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/03/2013; REsp 1.321.865/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/06/2012; REsp 1.237.666/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/03/2011; REsp. nº 1.307.628/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.09.2012.

³³ Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Sétima Turma. Apelação em Mandado de Segurança nº 0069929-57.2011.4.01.3400. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. e-DJF1 20/03/2015. Pág. 714.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

2. A tese da possibilidade de exclusão por parcela irrisória firmada nos precedentes relativos ao Programa de Parcelamento Especial - PAES, instituído pela Lei n. 10.684/2003, "tese da parcela ínfima", é perfeitamente aplicável ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, posto que compatíveis os fundamentos decisórios.

3. Caso em que o valor do débito originalmente parcelado era de aproximadamente R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e após dez anos de parcelamento aumentou para valor superior a R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), já que o valor irrisório da parcela, que variava entre R\$ 30,00 (trinta e cinco reais) e R\$ 57,00 (cinquenta e sete reais), sequer era suficiente para quitar os encargos mensais do débito (TJLP) que chegavam a aproximadamente R\$ 1.000,00 (mil reais), de modo que o valor devido, acaso seja mantido o parcelamento, tenderá a aumentar com o tempo, não havendo previsão para a sua quitação, contrariando a teleologia dos programas de parcelamento.

4. Recurso especial não provido.”³⁴ (grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. EXCLUSÃO. LEI N. 9.964/00. APLICAÇÃO.

INEFICÁCIA DO PARCELAMENTO PARA A QUITAÇÃO DO DÉBITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é possível a exclusão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com fulcro no art. 5º, II, da Lei n. 9.964/00 (inadimplência), se restar demonstrada a ineficácia do parcelamento como forma de quitação do débito, considerando-se o valor do débito e o valor das prestações efetivamente pagas.

III - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.”³⁵

Como demonstrado, a relevância da controvérsia judicial se evidencia do fato de que embora, ao longo dos últimos anos, o Superior Tribunal Federal tenha consolidado sua

³⁴ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.447.131/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 20/05/2014. DJe 26/05/2014.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no AREsp 942.390/RS. Relatora Ministra Regina Helena Costa. DJe 10/05/2017.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

jurisprudência ao entendimento sustentado pela Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CDA nº 1.206/13, ou seja, favorável à “*tese da parcela ínfima*”, até o presente momento, a matéria não foi analisada em quórum qualificado, e nem houve qualquer afetação do tema para julgamento em sede de Recurso Repetitivo.

Isto é, atualmente, os precedentes emanados pelo Superior Tribunal de Justiça - que têm guiado a compreensão dos Tribunais Regionais Federais - foram objeto de análise somente pela Primeira e Segunda Turmas isoladas, não tendo precedente da matéria proferido pela Primeira Seção, ou pela Corte Especial – que traz uma grande insegurança aos contribuintes jurisdicionados.

Portanto, faz-se necessário que este Supremo Tribunal Federal, mediante a declaração da constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00, ponha um termo na controvérsia promovida pela “*tese da parcela ínfima*”, de forma a garantir a uniformização do tema para todo o Poder Judiciário.

VI – A POSSIBILIDADE DE FUNGIBILIDADE ENTRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme demonstrado no curso dessa petição inicial, há controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade da norma. A interpretação que se lhe está sendo dada equivale a uma verdadeira – em que pese não revelada - declaração de inconstitucionalidade.

A norma, ao contrário do que entende a Receita Federal do Brasil, não permite múltiplas interpretações. Há uma – e apenas uma – que se amolda ao texto constitucional e essa é exatamente a que se busca nessa ação declaratória de constitucionalidade.

Em que pese assim seja, caso esse Supremo Tribunal Federal compreenda não ser hipótese de ação declaratória de constitucionalidade, que a receba como ação direta de inconstitucionalidade (procedimento perfeitamente possível, considerando serem ações de controle concentrado “com sinais trocados”), para reconhecer como inconstitucional qualquer interpretação das normas aqui tratadas de molde a excluir, do parcelamento Refis, contribuintes que aderiram regularmente a essa especial moratória e vinham adimplindo as parcelas tal qual previsto na lei. A interpretação a permitir a exclusão dos contribuintes por pagamento de suposta parcela ínfima é inteiramente inconstitucional e deve ser afastada.

VII - O PEDIDO CAUTELAR:

Como se sabe, o artigo 21 e seu Parágrafo Único da Lei nº 9.868, de 1999, permitem a **concessão de liminar** em Ação Declaratória de Constitucionalidade, cujos

36



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

requisitos para concessão da medida são os tradicionais: i) *fumus boni iuris* e ii) *periculum in mora*.

Ambos estão fartamente comprovados no caso concreto.

Incontroverso é que a Lei emanada pelo Congresso Nacional *exsurge* dotada de presunção de constitucionalidade, possuindo caráter cogente desde logo em vigor.

No presente caso, revela-se imprescindível a pronúncia deste Egrégio Supremo Tribunal, guardião institucional da Constituição, para firmar natureza absoluta à presunção de constitucionalidade atribuída ao ato normativo.

Tal necessidade de declaração advém da imperiosa manutenção da segurança jurídica, pilar de sustentação do ordenamento jurídico, apto a garantir a estabilidade das instituições democráticas, uma vez que posto em xeque pelo Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013 e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

E é nesse diapasão que segue este caso sob análise.

A probabilidade do direito foi exaustivamente demonstrada no bojo dessa peça, ressaltando-se que os dispositivos legais cuja constitucionalidade se quer ver declarada resguardam os princípios da legalidade, segurança jurídica, bem como ao princípio da preservação da empresa e aos princípios da confiança e boa-fé objetiva que regem a administração pública, estando em plena compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a manifesta insegurança jurídica causada pela edição do Parecer PGFN/CDA nº 1.206/2013 e pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, **expuseram os contribuintes à situação danosa e capaz de causar graves lesões**, uma vez que vários foram excluídos do REFIS após décadas da adesão e, atualmente, enfrentam execuções fiscais em valores extremamente elevados. Muitas dessas empresas não possuem capital suficiente para fazer frente a tais débitos (**que datam mais de 30 anos de atualização**) e podem até vir a encerrar a sua atividade econômica.

Ademais, sequer existe qualquer prejuízo à Fazenda Nacional com a concessão da medida que apenas restabelecerá situações de fato que perduraram por mais de 10, 20 anos, a depender de contribuinte que ainda hoje seguem sofrendo com exclusões indevidas do REFIS I.

Portanto, a medida cautelar é instrumento eficaz e indispensável no caso concreto para a manutenção da segurança jurídica e para a tutela da legítima expectativa dos contribuintes que, desde a adesão ao Refis até sua exclusão, efetuaram, de boa-fé, o pagamento regular das prestações nos exatos termos estipulados pela Lei nº 9.964/00.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Diante do exposto, **requer o Conselho Federal da OAB o deferimento da cautelar** a fim de determinar **(i)** que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que discutam a exclusão de contribuintes do REFIS I, com base na "*tese da parcela ínfima*", bem como, **(ii)** que sejam também suspensas as Execuções Fiscais que promovem a cobrança de débitos restabelecidos pela Fazenda Nacional, decorrente da exclusão de contribuintes fundada na aludida "*tese da parcela ínfima*", até o definitivo julgamento desta ADC, por decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário³⁶, ou mediante a pronta inclusão do feito em pauta.

VIII - O PEDIDO FINAL:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil **requer**:

- a) a concessão de medida cautelar, com base no art. 21 da Lei nº 9.868/99, por decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário, ou mediante a pronta inclusão do feito em pauta, para que **(i)** sejam suspensos os julgamentos dos processos (administrativos ou judiciais) que discutam a exclusão de contribuintes do REFIS I, com base na "*tese da parcela ínfima*", bem como que, **(ii)** sejam também suspensas as cobranças e execuções fiscais de débitos restabelecidos pela Fazenda Nacional, decorrente da exclusão de contribuintes fundada na aludida "*tese da parcela ínfima*", até o definitivo julgamento desta ADC;
- b) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das normas impugnadas, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;
- c) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

³⁶ Exemplo recente deste procedimento é a ADI nº 4.917/DF (DJe 21.03.2013).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

d) por fim, a procedência desta Ação Declaratória de Constitucionalidade dos arts. 5º e 9º da Lei nº 9.964/00, gerando efeitos vinculantes para ser acatado por todo o Poder Judiciário desse país, inclusive com interpretação conforme para afirmar não ser possível a exclusão de contribuintes do REFIS I por fundamento em situação de parcelas ínfimas ou impagáveis.

e) e caso entenda a Corte não ser hipótese de ação declaratória de constitucionalidade, que receba e julgue a ação como ação direta de inconstitucionalidade, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação que permitiu e permite a exclusão dos contribuintes que, aceitos no programa de parcelamento, vinham adimplindo-o em estrita conformidade com as normas existentes do programa (afastada a tese da parcela ínfima);

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 7 de outubro de 2021

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RJ 95.573

Luiz Gustavo A. S. Bichara
Procurador Especial Tributário do Conselho Federal da OAB
OAB/DF 21.445

Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992

Manuela Elias Batista
OAB/DF 55.415