

A ILEGALIDADE DA VEDAÇÃO DOS CONTRIBUINTES INSCRITOS NO SIMPLES NACIONAL DO REFIS DA CRISE (Portaria Conjunta n. 06/09 da PGFN e SRF)

Leonardo Ribeiro Pessoa

(Rio, 30.07.09)

A Lei n. 11.941/09, fruto da conversão da Medida Provisória n. 449/08, que possibilita que os devedores do Fisco Federal ingressem em um parcelamento especial de suas dívidas em até 180 meses (apelidado de Refis da crise) foi regulamentada pela Portaria Conjunta n. 6 de 22 de julho de 2009 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Secretaria da Receita Federal, publicada em 23.07.2009.

A supracitada Portaria Conjunta, contudo, não apenas regulamentou a Lei n. 11.941/09, como inovou no mundo jurídico ao excluir do parcelamento especial os devedores inscritos no Simples Nacional.

Vejamos o malfadado dispositivo da Portaria Conjunta n. 6/09 da PGFN/RFB:

“Art. 1º Os débitos de qualquer natureza junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), vencidos até 30 de novembro de 2008, que não estejam nem tenham sido parcelados até o dia anterior ao da publicação da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, poderão ser excepcionalmente pagos ou parcelados, no âmbito de cada um dos órgãos, na forma e condições previstas neste Capítulo.

(...)

§ 3º O disposto neste Capítulo não contempla os débitos apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

A exclusão dos contribuintes inscritos no Simples Nacional intentada pelo dispositivo supracitado, elaborado pelos técnicos da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil é ilegal, conforme será demonstrado a seguir.

É importante observar que a Lei n. 11.941/09 em nenhum dos seus dispositivos vetou que os contribuintes inscritos no Simples Nacional optassem pelo parcelamento especial.

Inclusive no artigo 1º da Lei n. 11.941/09 é fácil perceber que o legislador expressou a sua vontade de acolher todos os devedores fiscais, independentemente de sua situação jurídica. Senão vejamos:

“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.”

O legislador além de deixar claro que criou o parcelamento para todos os contribuintes, em outro dispositivo consignou de forma translúcida os limites do ato normativo conjunto que deveria ser elaborado pela PGFN e RFB. Senão vejamos o texto da Lei 11.941/09:

“Art. 12. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas respectivas competências, editarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados.”

Ora, o artigo 12, da Lei n. 11.941/09 é expresso ao limitar as atribuições da PGFN e da RFB. O legislador ordenou que a Portaria Conjunta versasse apenas sobre os atos necessários à execução dos parcelamentos, quanto a forma e os prazos para confissão dos débitos. É fácil perceber que o legislador jamais delegou poderes para que a PGFN e a RFB agissem como legisladores fossem e excluíssem contribuintes do parcelamento.

Ademais, o artigo 99 do Código Tributário Nacional é expresso ao determinar que “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos” A Portaria Conjunta é hierarquicamente inferior ao Decreto, logo, por obra dos mais basilares princípios de hermenêutica jurídica, devem seguir a mesma restrição imposta aos Decretos pelo legislador. Neste sentido, o artigo 99 é o fundamento jurídico para afastar a incidência do § 3º, do artigo 1º, da Portaria Conjunta n. 6/09 da PGFN e RFB, isto porque, é vedado pelo legislador que uma norma infralegal inove no mundo jurídico em dissonância com a lei que deveria apenas regulamentar.

O parágrafo único do artigo 152 do Código Tributário Nacional, também nos ajuda no deslinde da questão, ao estabelecer de forma expressa que: “a lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua

aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.”. Neste sentido, o Poder Legislativo reservou para si o poder para circunscrever a aplicabilidade do parcelamento a determinada classe ou categoria de contribuintes. Por óbvio, se na Lei n. 11.941 não há restrição para contribuintes inscritos no Simples Nacional ingressarem no parcelamento, não pode o Poder Executivo, por meio de seus agentes da PGFN e RFB inovar e criar tal impedimento.

Não devem restar dúvidas de que a vedação dos contribuintes inscritos no Simples Nacional da Portaria Conjunta n. 6/09 é ilegal, pois não há previsão na lei para tal medida.

Para corroborar com os presentes aduzimentos, citamos a manifestação do STJ, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO – ICMS – EXPORTAÇÃO – OPERAÇÕES ISENTAS E/OU IMUNES – OBRIGAÇÕES ADICIONAIS – PORTARIA – RESTRIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL ASSEGURADO EM LEI COMPLEMENTAR – IMPOSSIBILIDADE.

1. O cerne da questão refere-se à possibilidade de o Fisco impor obrigações adicionais, por meio de portarias, em operações imunes e/ou isentas de ICMS de produtos destinados ao exterior, mas que implicam em restrição ao exercício da garantia isencional.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem entendeu que a portaria editada pela SEFAZ do Estado de Mato Grosso teria afrontado o princípio da hierarquia das leis, ao limitar a eficácia de Lei Complementar n. 87/1996, que não faz qualquer restrição ao gozo do benefício fiscal.

3. São ilegais as exigências inseridas em normativos editados no âmbito das Secretarias de Fazenda dos Estados que, a pretexto de criar um regime de controle das operações envolvendo produtos destinados à exportação, acabam por restringir o exercício da garantia isencional prevista no artigo 3º, inc. II, da LC n. 87/96, extrapolando os limites da simples regulamentação que lhes competia promover. Precedente: RMS 18835/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 6.3.2006.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 732779 / MT. Ministro Humberto Martins. 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento: 19/02/2009. Publicação: 17/03/2009)

Não obstante todas as ilegalidades acima, é importante destacar que o artigo 1º, § 3º da Portaria Conjunta n. 06/09 também é inconstitucional por ferir de morte dois dispositivos constitucionais expressos, *in verbis*:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(..)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Nos dispositivos constitucionais supracitados é fácil perceber que o constituinte ordenou que o legislador elaborasse leis que trouxessem redução da carga tributária e da burocracia fiscal incidentes sobre os Micro e Pequenos empresários. Neste sentido, é óbvio que a criação do “Refis da crise” necessariamente deve abranger os pequenos negócios, pois, caso contrário, o comando constitucional estará sendo desrespeitado. Assim, não devem restar dúvidas de que os contribuintes inscritos no Simples Nacional estão abrangidos pela Lei n. 11.941/09. Por outro lado, é inconstitucional o artigo 1º, § 3º da Portaria Conjunta n. 6/09, pois criou limitação aos Micro e Pequenos empresários inscritos no Simples Nacional.

Diante de todos os argumentos colacionados, não há como negar que a exclusão dos contribuintes inscritos no Simples Nacional do “Refis da crise”, determinado pelo artigo 1º, § 3º da Portaria Conjunta n. 06/09 se consubstancia numa ilegalidade, passível de questionamento judicial, pois extrapolando os limites da simples regulamentação que lhe competia promover criou restrição ilegal ao exercício de um direito legítimo de parcelamento garantido pelo Lei n. 11.941/09, com espeque em dispositivos constitucionais. Ademais, em todos os parcelamentos especiais anteriores (Refis, Paes e Paex) os contribuintes inscritos no Simples sempre tiveram um tratamento mais benéfico do que o concedido aos demais contribuintes, justamente porque o legislador cumpriu o comando constitucional.