VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

O recurso preenche os requisitos gerais de admissibilidade.

Inicialmente, observo que a controvérsia está centrada na **falta de intimação prévia do contribuinte sobre ao ato de exclusão** , na ausência de observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como nas garantias estabelecidas no art. 37 da Constituição.

Dessa forma, a validade do ato de exclusão do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) - restrita à **forma de notificação** e à **validade dessa pelo Diário Oficial ou pela internet** , matéria pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no enunciado da Súmula 355 - não será objeto de nossa análise. A propósito, o Tribunal Pleno, por meio eletrônico, nos autos do RE nº 611.230/DF-RG, de relatoria da Ministra **Ellen Gracie** , decidiu pela ausência de repercussão, tendo em vista tratar-se de divergência solucionável pela aplicação da legislação federal. É o que se vê na ementa que segue:

> "NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. POSSIBILIDADE DA INTIMAÇÃO POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL E DA INTERNET. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."

Na espécie, o Tribunal Regional entendeu que a **exclusão da pessoa jurídica do REFIS** mediante processo administrativo do qual o contribuinte não participa e de **cujo resultado é cientificado após o ato do Comitê Gestor** por publicação da Portaria no DOU, com mera citação genérica do dispositivo legal violado e sem indicação expressa dos motivos da cassação do favor fiscal, constitui franca inobservância aos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, com clara afronta ao **inciso XXXIII do**

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00

art. 5º da CF, principalmente em face das garantias previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Magna Carta, bem como ao art. 37 da Constituição Federal.

O juízo a ser exercido no presente caso, portanto, é de compatibilidade vertical com a Constituição da República, visto que ficou assentado no acórdão paradigma do incidente de inconstitucionalidade o caráter de ato normativo do Poder Público da Resolução GF/REFIS nº 20, de 27/9/2001, que no seu art. 1º deu nova redação ao art. 5º, **caput** e §§ 1º e 4º, da Resolução CG/REFIS nº 9/2001.

Segundo o acórdão regional,

> "a possibilidade de confronto do regulamento do REFIS diretamente com a Constituição decorre da **expressa delegação do art. 9º, III, da Lei 9.964/2000** ao Poder Executivo quanto à edição de normas regulamentares necessárias à execução do Programa, especialmente em relação às formas de homologação da opção e de exclusão da pessoa jurídica do Refis, bem assim às suas consequências".

Delimitada a questão, observo que, nos termos da Lei nº 9.964, de 10 de abril 2000, o REFIS deve ser administrado por um comitê gestor com competência para implementar os procedimentos necessários à execução do programa, **observado o disposto no regulamento.** Em seu art. 9º, dispõe a lei caber ao Poder Executivo **editar as normas regulamentares** necessárias à execução do REFIS, especialmente em relação "às formas de homologação da opção e **de exclusão da pessoa jurídica do Refis** , bem assim às suas consequências (inc. III)".

Por sua vez, o Decreto nº 3.431, de 24 de abril de 2000, ao dispor sobre o Programa, dispõe caber ao comitê gestor o gerenciamento e a implementação dos procedimentos necessários a sua execução, notadamente: expedir atos normativos necessários à execução do REFIS e excluir do programa os optantes que descumprirem suas condições.

Ao tratar das formalidades relativas à exclusão do Programa, após repetir, no art. 15, as hipóteses em que tal se dará, dispõe o decreto que a exclusão será precedida de representação fundamentada da SRF, do INSS ou da PGFN (§ 5º).

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00

A Resolução CG/REFIS nº 9/2001 trata do processo de exclusão nos arts. 3º a 7º. Em seu art. 3º, prevê que a exclusão do REFIS da pessoa jurídica optante deve ser formalizada mediante regular processo administrativo, com representação fundamentada de servidor de qualquer das unidades da Secretaria da Receita Federal (SRF), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O art. 4º, § 4º, da referida resolução dispõe que, **antes da apreciação da representação,** a pessoa jurídica optante deve ser **notificada** para, **no prazo de quinze dias,** manifestar-se quanto às irregularidades apontadas na representação.

A Resolução CG/REFIS nº 20 de 2001, no entanto, ao conferir nova redação aos arts. 3º a 7º da Resolução CG/REFIS nº 9 de 2001, **suprimiu a notificação prévia do contribuinte.** Na nova redação dada pelo art. 1º da Resolução CG/REFIS nº 20, de 2001, o art. 5º, §§ 1º a 4º, da Resolução CF /REFIS nº 9/2001, passou a dispor que a pessoa jurídica terá **o prazo de 15 dias, desde a publicação do ato de exclusão,** para se manifestar quanto aos respectivos motivos, **manifestação essa sem efeito suspensivo** .

É o que se vê no citado art. 5º

> "Art. 5º **O ato de exclusão será publicado no Diário Oficial da União, indicando o número do respectivo processo administrativo.**
>
> § 1º A identificação da pessoa jurídica excluída e o motivo da exclusão serão disponibilizados na Internet, nas páginas da SRF, PGFN ou INSS, nos endereços: (http://www.receita.fazenda.gov.br), http://www.pgfn.fazenda.gov.br) ou
>
> (http://www.mpas.gov.br).
>
> § 2º **A pessoa jurídica poderá, no prazo de quinze dias, contado da data de publicação do respectivo ato, manifestar-se quanto aos motivos que ensejaram a sua exclusão.**
>
> § 3º **A manifestação a que se refere o § 2º deste artigo será apreciada, em instância única, pela autoridade competente para propor a exclusão, sem efeito suspensivo.**
>
> § 4º A decisão favorável ao sujeito passivo implica o restabelecimento do parcelamento a partir do mês subseqüente ao de sua ciência" (NR).

Vide , portanto, que somente após publicado o ato decisório de exclusão é facultado à pessoa jurídica, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestar

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00

acerca dos motivos que determinaram seu afastamento do programa. E mais, a manifestação será apreciada **em instância única** , pela autoridade responsável pela exclusão, **sem efeito suspensivo** . A intimação do contribuinte do ato de exclusão ocorre mediante portaria, a qual indica o número do respectivo processo administrativo e, ainda, que **a identificação da pessoa jurídica excluída e o motivo da exclusão serão disponibilizados na internet, nas páginas da SRF, PGFN ou INSS.**

Como ressaltou o Tribunal de origem, o Comitê Gestor do Programa, em cumprimento à referida Resolução CG/REFIS nº 20/2001 , vem apenas **recomendando a seus contribuintes que confiram a relação disponível na internet, onde se encontra a publicação da listagem das pessoas jurídicas excluídas,** ou seja, diuturnamente os optantes devem acessar tal dispositivo para conferirem se estão ou não no Programa.

A questão é de fácil solução e encontra ressonância na jurisprudência da Corte, a qual tem constantemente reafirmado a **garantia da plenitude de defesa como uma pretensão à tutela jurídica** . No julgamento de mérito do RE nº 594.296, de **minha relatoria,** com repercussão geral reconhecida, observei que o exercício da autotutela deve ocorrer por meio de procedimento administrativo que confira **àqueles que eventualmente venham a ser atingidos pela decisão invalidatória oportunidade de manifestação prévia** , **observados os desdobramentos da ampla defesa** .

Precedente paradigmático sobre o tema é o MS nº 24.268/MG, Relator para acórdão o Ministro **Gilmar Mendes** , em que o Plenário da Corte elucidou o alcance do direito de defesa assegurado e ampliado na Constituição de 1988. Na ocasião, se discutia a possibilidade de retificação do ato de aposentação **sem oportunizar ao interessado a manifestação prévia.** É o que se vê na ementa que segue:

> "Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. **Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/10/2020 00:00

> administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa" (CF art. 5º LV).

Na assentada, o Ministro **Gilmar Mendes** invocou o direito constitucional comparado para sintetizar a consistência da garantia da pretensão à tutela jurídica, albergada no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, a partir dos seguintes direitos:

> "1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
>
> 2) **direito de manifestação** (Recht auf Ausserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
>
> 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berucksichtigund), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkei und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführund in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 85-99)".

Sobre a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual é aplicada na ausência de lei específica regulando as formalidades essenciais ao devido processo legal, registrou o Ministro **Gilmar Mendes** , que

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00

> "o art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de 'observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados' (inciso VIII) e de 'garantia dos direitos à comunicação' (inciso X)".

O Ministro **Celso de Mello** , no que toca à adoção da ampla defesa no processo administrativo também oferece substanciosas lições:

> "A **jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia** , que, instituída **em favor** de **qualquer** pessoa ou entidade, **rege** e **condiciona** o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida** , ou não, de caráter punitivo (RTJ 183/371-372)."

Ainda no mesmo sentido: RMS 24.823, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie** , DJ de 19/5/06; ACO nº 2.718/GO-MC-AgR, Rel. Min. **Roberto Barroso** , DJe de 28/10/15; MS nº 30.570/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello** , DJe de 15/9/15; MS nº 27.136/DF-AgR-segundo, Primeira Turma, Rel. Min. **Luiz Fux** , DJe de 24/11/05.

No caso concreto, a União sustenta a desnecessidade de o contribuinte ser previamente avisado de que a irregularidade que cometeu dá ensejo a sua exclusão, bem como de ser intimado pessoalmente da sua exclusão do REFIS, já que a Lei nº 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), é taxativa em seu art. 5º, inciso II, no sentido de que

> "a pessoa jurídica optante pelo REFIS será dele excluída na hipótese de 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".

Aduz não se poder sustentar

> "a tese de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como entendeu o acórdão guerreado. O procedimentos de exclusão do optante prevê a possibilidade de manifestação no prazo

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00

> de quinze dias. Desse modo, é manifesta a existência de oportunidade para o contribuinte se defender quanto aos motivos que fundamentam a sua exclusão. Esclareça-se que essa defesa pode levar a uma retratação da decisão anterior, cujos efeitos de exclusão somente se produzem trinta dias após a publicação do ato que excluiu o contribuinte inadimplente".

O que está em jogo, todavia, não é se o contribuinte tem ou não direito aos recursos inerentes ao ato de exclusão do REFIS, mas seu direito de a intervenção estatal em sua esfera de interesses se dar mediante um devido processo administrativo, o que pressupõe, a toda evidência, a oferta de oportunidade para a apresentação de eventuais alegações em contrário previamente à exclusão. Se é verdade que as hipóteses de exclusão constam da lei, não é menos verdade que a exclusão do REFIS restringe direitos patrimoniais do contribuinte, devendo ser dado ao interessado a oportunidade para exercer sua defesa contra o ato que os restringe ou mesmo extirpa.

Ressalto que esse entendimento não conflita com a posição adotada pela Segunda Turma no MS nº 26.739/DF, de **minha relatoria** . Na ocasião, a par de uma situação jurídica consolidada, considerei ser necessário avaliar a **natureza do ato objeto de controle** (se ato geral ou individual), com consequências na deliberação a ser proferida pelo CNJ. Na ocasião firmei a seguinte posição:

> "Tenho, portanto, que, a par da identificação da situação jurídica constituída, deve-se observar ainda **a natureza do ato controlado** , para efeitos de se garantir aos interessados na deliberação do CNJ suas notificações no feito administrativo de controle, porque, sendo o ato de caráter normativo geral (dirigido indistintamente aos potenciais beneficiários, sem consideração ou implicação quanto a eventuais particularidades da situação de cada um deles), resta afastada a necessidade de ampla defesa e contraditório a eventuais interessados no processo."

Vide que a exclusão da pessoa jurídica do REFIS implicará a exigibilidade imediata da totalidade do crédito confessado e ainda não pago e a automática execução da garantia 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. (§ 1º, art. 5º, Lei nº 9.963/2000).

Plenário Virtual - minuta do voto - 16/10/2020 00:00

O ato de exclusão do REFIS tem caráter individual e afeta diretamente o contribuinte em sua esfera particular de direitos. Considerações particulares da parte interessada pode, em tese, ter potencial para interferir na deliberação a ser adotada pelo conselho gestor. Quer dizer, há necessidade de apreciação da situação particularizada do contribuinte.

Nessa linha, a mim parece evidente ser obrigatória a **notificação prévia do contribuinte, antes da apreciação da representação, para que ele possa se manifestar sobre as irregularidades apontadas na representação** , como, aliás, era previsto no art. 4º, § 4º da Resolução CG/REFIS nº 9/2001, revogado pela Resolução CG/REFIS nº 20/2001, declarada inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por afronta as garantais do art 5º. incisos XXXIII, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Vide que a Segunda Turma da Corte já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução CG/REFIS nº 20/2001, conforme julgado de relatoria do Ministro **Celso de Mello** , com ementa a seguir transcrita.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXCLUSÃO DE CONTRIBUINTE DO REFIS – NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV) – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA RESOLUÇÃO CG /REFIS 20/2001 DECLARADA PELO TRIBUNAL "A QUO" – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE nº 719.800/DF – AgR-AgR, Segunda Turma, Dje de 28/6/13)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

Em relação ao Tema 668, proponho a seguinte tese de repercussão geral:

> É inconstitucional o art. 1º da Resolução CG/REFIS nº 20/2001, no que suprimiu a notificação da pessoa jurídica optante do REFIS, prévia ao ato de exclusão.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00