



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA,
RELATORA DA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 630¹,**

Requerente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TV

Interessados: RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

CONGRESSO NACIONAL

O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, representado pela Advocacia do Senado-Federal, nos termos do art. 52, XIII, da Constituição da República, dos artigos 230, §§ 1º e 5º, 78 e 31 do Regulamento Administrativo do Senado Federal (Resolução do Senado Federal nº 13/2018), em resposta a Mensagem nº 73/2019, de 20 de dezembro de 2019, vem, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, prestar as seguintes

INFORMAÇÕES

para instruir o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 630.

¹ (Processo SF nº 00200.000090/2020-34).





SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA

1. Trata-se de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada 22 de outubro pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TV (ABERT) com a pretensão de que este E. Supremo Tribunal Federal declare inconstitucionais deliberações de Autoridades Fiscais, em especial pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), contrárias à chamada *pejotização*.

2. Segundo o Requerente, o Fisco tem aplicado às pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais o regime fiscal-previdenciário próprio de pessoas físicas, o que em tese estaria em flagrante violação a um conjunto de preceitos fundamentais da Constituição, como as liberdades econômicas e profissionais, a legalidade tributária e a separação de Poderes.

3. Segundo o Requerente, a referida atuação arbitrária apoia-se em interpretação igualmente inconstitucional, qual seja: art. 229,§ 2º, do Regulamento Previdência Social – RPS (Decreto Federal nº 3.048/1999), em tese, conferindo ao Auditor Fiscal da Previdência Social poder para desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento do contratado como segurado empregado.

4. Finalmente, nos termos da inicial, a atuação do Fisco colide com os arts. 1º, IV; 2º, 3º, I; 5º, *caput*, II e XIII; 97; 150, I; 5º, *caput*, II e XIII; 97; 150, I; e 170, *caput*, IV e parágrafo único, da Constituição e, ainda, no art.129 da Lei nº 11.196/2005.





SENADO FEDERAL
Advocacia

2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL

2.1. Inadequação da via eleita, falta de interesse processual e litispendência

5. A distribuição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi realizada por prevenção à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66, proposta pela Confederação Nacional da Comunicação Social, objetivando o reconhecimento da constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005.

6. Ao afirmar que *“da leitura da inicial das duas ações observa-se, sem dificuldade, que a causa de pedir é rigorosamente a mesma”*, Requerente acaba por admitir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental em tela não atende ao requisito da subsidiariedade.

7. O caráter subsidiário, denominado como *“regra da subsidiariedade”*, consiste em pressuposto de admissibilidade para a ADPF e advém do §1º do art. 4º da Lei nº 9.822, de 03/12/1999: *“Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”*.

8. Ademais, nos termos da Carta Magna, a arguição de descumprimento de preceito fundamental se presta a evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público, o que *in casu* não se percebe.

9. Ao revés do que a lei estabelece, o Requerente trás a baila, genericamente, a atuação do Fisco como pano de fundo, em verdade objetivando que o Supremo Tribunal Federal se manifeste quanto à aplicação e delimitação do art. 129 da Lei nº. 11.196/2005.





SENADO FEDERAL
Advocacia

10. As decisões impugnadas só podem ser atacadas na via do recurso administrativo da ação judicial comum cabível, e não na via estreitíssima da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que denota a falta de interesse processual da Autora.

11. Ainda que se afastasse a exceção da subsidiariedade, o processo não poderia se formar validamente, ante a inequívoca litispendência com a ADC 66, confessada pela Impetrante.

2.1. Improcedência da ação

12. O confronto é natural e ínsito na relação tributária, o contribuinte tende a ver o tributo como uma interferência estatal em seu patrimônio, já o tributo representa um pilar fundamental para o funcionamento do Estado.

13. No entanto, inicialmente, convém destacar que quando o Fisco reconhece a existência de simulação, abuso de forma ou desvio que justifique a busca da verdade material contida sob a superfície formal do negócio, o mesmo está apenas cumprindo o seu dever. Portanto, de plano, é inconsistente a alegação do Requerente quanto à restrição do regramento constitucional.

14. Como é cediço, todos os profissionais são sujeitos a uma série de obrigações jurídicas, dentre elas, o pagamento de tributos, sobre este prisma, registra-se que a atuação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais cinge-se apenas da análise de obrigações tributárias, o que é legítimo, se assim não fosse o Estado ficaria a mercê de fraudes tributárias.

15. Ademais, não há qualquer disposição legal que impeça ou restrinja a possibilidade de um indivíduo constituir uma pessoa jurídica para a prestação de serviços. O princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da Carta Magna





SENADO FEDERAL
Advocacia

assegura que o cidadão organize sua atividade econômica de forma menos onerosa, inclusive em termos fiscais, desde que, logicamente, pratique atos em consonância com a Lei, identificando até que ponto tais medidas podem ser consideradas planejamento tributário e não sonegação fiscal.

16. Ao longo dos anos a legislação brasileira passou por diversas alterações, inclusive, o próprio conceito de prestadores de serviços intelectuais, previsto no art. 966 do Código Civil, não considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, artística ou literária, ainda com concurso de auxiliares e colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

17. Nessa senda, a despeito da Lei nº 11.196/05, conhecida como “*MP do bem*”, ter sido uma grande vitória para os profissionais liberais, não raras vezes o Fisco se depara com situações onde o principal objetivo do contribuinte é disfarçar o fato gerador efetivamente ocorrido, procurando esconder-se sob o manto de determinada forma que foi privilegiada pelo legislador para, assim, fugir à incidência da tributação.

18. Se uma pessoa física, ao prestar serviço intelectual, paga valor mais expressivo do que uma pessoa jurídica pagaria, é mais do que natural o trabalho de autuação do Fisco frente àqueles que sob a cortina da ‘Elisão Fiscal’, na verdade, estão a cometer ‘Evasão Fiscal’.

19. Destaque-se, neste contexto, a incidência da norma antielisiva insculpida no art. 116 do Código Tributário Nacional instituído pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:





SENADO FEDERAL
Advocacia

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

20. Com vistas a manejar tal realidade, em verdade, é perceptível que o Requerente pleiteia a extensão das benesses insitas pelo art. 129 da Lei nº 11.196/2005 a todos os casos, o que não se mostra compatível com o ordenamento jurídico e demandaria alteração legislativa de competência do Congresso Nacional, senão vejamos:

Para fins fiscais e previdenciários, **a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica** [...] em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, **quando por esta realizada se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas**, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº. 10.406 de janeiro de 2002 – Código Civil.

21. Não bastassem os inúmeros casos de fraude contra o Fisco, existem ainda os casos de *pejotização*. Diante de tal realidade, entram em cena novamente os órgãos fiscalizadores, **afinal não é possível uma pessoa jurídica ser ao mesmo tempo um empregado** - a *pejotização* infringe as relações trabalhistas, não preenchendo os requisitos legais que determinam os arrolamentos





SENADO FEDERAL
Advocacia

empregatícios-. *In casu*, o fenômeno *pejotização* se estendeu em caráter personalíssimo por intermédio de serviços intelectuais e específicos.

22. A *pejotização* ainda burla na realidade brasileira os direitos do trabalhador e é totalmente antagônica ao empregado. Cada vez mais, principalmente, em trabalhos específicos e intelectuais, empresas tentam lograr a lei em seus direitos trabalhistas.

23. Desse modo, não há que se falar em violação ao art. 129 da Lei nº 11.196/2005, o Fisco apenas realizará autuação quando restar caracterizado a simulação, afinal não se justificaria a aplicação da tributação do contribuinte como pessoa jurídica, se o mesmo detém relação de emprego como pessoa física.

24. As benesses conferidas pela “*MP do bem*” não guardam qualquer relação com a obstrução dos trabalhos realizados pelo Fisco, mais do que isto, os casos devem ser analisados individualmente, com todas as suas particularidades e peculiaridades, sem excessos ou desvios de finalidade, inclusive, a presente ação só se justificaria se houvesse concreto de autuação ilegal ou arbitrária proveniente da Administração Pública, prática esta que deve ser severamente repreendida.

25. No entanto, a controvérsia jurídica não é real e nem direta, cuidando tão e somente de norma jurídica de ordem infraconstitucional, qual seja: art. 129 da Lei nº 11.196/2005. Nessa senda, segundo as lições do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, “*o pedido formulado perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito de uma ADPF deve envolver a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental, não bastando a mera invocação de uma violação reflexa*”.

26. Por derradeiro, o que se pretendeu com o ajuizamento desta MC na ADPF foi levar a apreciação do Supremo Tribunal Federal o *modus operandi* dos





SENADO FEDERAL
Advocacia

órgãos de fiscalização à luz da Lei nº. 11.196/2005, o que consequente não traduz o que a Constituição Federal apregoa.

27. Explica-se. Da simples análise de alguns casos concretos² é possível perceber que o Fisco avalia se existe ou não relação de emprego, se constatada a simulação, o órgão fiscalizador aplica o entendimento pela reclassificação dos rendimentos recebidos na pessoa jurídica para a pessoa física, o que nem de longe representa uma atuação ilegal, mas ainda que fosse, a presente ação não deveria ser intentada perante o STF, já que a suposta ilegalidade da atuação reclamada teria se dado em face de lei infraconstitucional, competência do Superior Tribunal de Justiça.

3. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CAUTELAR

28. É evidente que não verifica na espécie o *periculum in mora*, já que a os atos impugnados são praticados com fundamento em lei editada em 2005, o que afasta de plano a viabilidade da medida cautelar pretendida.

29. O Supremo Tribunal Federal assentou vetusta jurisprudência contra a prolação de medida cautelar em sede de jurisdição constitucional contra lei antiga, conforme o seguinte precedente:

EMENTA: ADIN – LEI Nº 8.024/90 – PLANO COLLOR – BLOQUEIO DOS CRUZADAS – AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA – LIMINAR INDEFERIDA.

- O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo jurídico da tese

² Acórdãos 106-17.147 (Gustavo Kuerten), 2101-00.979 (Angélica), 2801-01.870 (Cristiana Oliveira), 2201-001.496 (Domingos Meirelles) e 2102-002.441 (Alexandre Garcia).





SENADO FEDERAL
Advocacia

deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534**. Rel. Celso de Mello, Plenário, Diário da Justiça, Seção 1, 8 abr. 1994, RTJ 152/692-693).

30. Na ADC nº 66, em que se vazou pretensão idêntica, a medida cautelar também não foi deferida e o curso regular daquela ação constitucional afasta a pretensão cautelar da impetrada da ADPF.

31. Por fim, nas seções anteriores ficou sobejamente demonstrada a fragilidade dos fundamentos desta arguição, que, inclusive, é repetição da ADC nº 66.

32. Além disso, a inconstitucionalidade suscitada, se realmente existisse, seria de caráter meramente reflexo, o que não é suficiente para inaugurar a jurisdição constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

33. Dessa forma, impõe-se a denegação da cautelar pretendida, isso se antes não de determinar a extinção peremptória do processo ante à ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação, como já asseverado.

4. CONCLUSÃO

35. Ante o exposto, requerem-se:

- a) O indeferimento da medida cautelar pleiteada pelo arguente, nos termos da fundamentação apresentada;





SENADO FEDERAL
Advocacia

- b) A inadmissibilidade da ADPF n.º. 630, uma vez não ter restado caracterizado o caráter residual previsto pelo art. 4º, §1º da Lei n.º 9.882/1999;
- c) A improcedência da ADPF n.º. 630, tanto pela ausência de violação a preceito constitucional, quanto pela inadequação da via eleita para reclamar ato em face de lei infraconstitucional (Lei n.º. 11.196/2005).

São estas as considerações necessárias ao atendimento da solicitação contida na Mensagem n.º 73/2019, de 20 de dezembro de 2019, da Ministra Carmen Lúcia, referente ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 630.

Pede-se o cadastramento dos advogados subscritos para que recebam todas as comunicações sociais endereçadas ao Senado Federal e ao Congresso Nacional ou aos respectivos órgãos, sob pena de nulidade absoluta.

Brasília, 3 de fevereiro de 2020.

(assinatura digital)

EDVALDO FERNANDES DA SILVA³
Gestor do Núcleo de Processos Judiciais
OAB/DF 19.233

[vide assinatura eletrônica]

THOMAZ GOMMA DE AZEVEDO
Coordenador-Geral de Contencioso
OAB/DF 18.121

[vide assinatura eletrônica]

FERNANDO CÉSAR CUNHA
Advogado-Geral do Senado Federal
OAB/DF 031546

³ Elaborado com a colaboração da servidora *Rafaela Fernandes* inscrita sob a OAB/DF n.º 53.111.

