

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

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE LABORATÓRIOS (ABIMO), entidade associativa de grau superior e de âmbito nacional, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 43 035 690 / 0001-27 com sede na Avenida Paulista, nº 1313, Edifício FIESP, 8º andar, sala 806, São Paulo, Estado de São Paulo CEP 01311-923, por seus advogados infra-assinados, procuração anexa, com endereço profissional no SHN, Quadra 02, Edifício Executive Office Tower, Salas 405/406/407, Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70.702-906, endereço que indica para os fins do art. 77, V, do CPC, vem, com fulcro no artigo 102, § 1º, e artigo 103, IX, ambos da Constituição Federal (CF), e na Lei nº 9.882, m de 03.12.1999, propor

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

com o objetivo de evitar lesão a preceitos fundamentais consubstanciados no art. 1º, IV; art. 2º; art. 5º, *caput*, II, XIII, LIV e LV; art. 37, *caput*; art. 114, I e IX; art. 150, I; e art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, todos da CF, decorrente de três objetos que se interpenetram e se complementam, a saber: **(1) inconstitucionalidade da sucessão de julgados do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF) e de repetidos entendimentos exarados pelas Delegacias da Receita Federal (DRFs)** que reconhecem a competência do auditor fiscal da Receita Federal para declarar – ou supor a existência – de vínculo de emprego, sem a prévia manifestação da Justiça do Trabalho, e, assim, desconsiderar atos ou negócios jurídicos legítimos para fins de caracterização de “segurado

1

www.samp.adv.br

BRASÍLIA
SQN, Qd. 02 – Executive Office Tower – Salas 405/407
Asa Norte – Cep: 70702-906 – Telefone: (61) 3306-1023
4200

SÃO PAULO
Alameda Santos, 2.326 – 3º Andar - Conjuntos 31/32
Cep: 01418-200 – Jd. Paulista – Telefone: (11) 2476-

empregado”, com subsequente cobrança e apuração de contribuições sociais, demais tributos e multas; **(2) interpretação inconstitucional** do art. 116, parágrafo único; art. 142 e art. 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN); do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991; do art. 3º, do art. 4º e do art. 9º, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT); e do art. 6º, I, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002; e **(3) inconstitucionalidade direta** do art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, tudo pelas razões de fato e de direito adiante expedidas.

I. PANORAMA DA PRESENTE AÇÃO.

A presente ação de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882, de 03.12.1999) tem um objeto que se apresenta em três dimensões, todas elas vinculadas a uma mesma prática inconstitucional que subverte a melhor compreensão do ordenamento jurídico e da Constituição.

Trata-se do problema de se saber se o auditor fiscal da Receita Federal, cujas atribuições estão fixadas estritamente na Lei nº 10.593, de 06.12.2002, tem competência para apontar a existência de vínculo empregatício de maneira a gerar efeitos de apuração das contribuições sociais, desconsiderando, assim, o ato ou negócio jurídico efetivamente firmado entre duas pessoas jurídicas.

O reconhecimento dessa competência do auditor fiscal pelas DRFs e pelo CARF têm tido impactos devastadores no desenvolvimento de atividade econômica no Brasil, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição de 1988, a saber:

(a) Violação à separação de poderes e à reserva jurisdicional da Justiça do Trabalho (art. 2º; e art. 114, I e IX, da CF);

(b) Violação ao direito de defesa e às demais garantias processuais (art. 5º, XXXVII, LIV, LV e LVII, da CF);

(c) Violação do princípio da livre iniciativa e da liberdade de empreender (art. 1º, IV; art. 5º, *caput* e XIII, e art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF);

(d) Violação à **legalidade administrativa e tributária** (art. 5º, II; art. 37, *caput*; e art. 150, I, da CF); e

(e) Violação à **segurança jurídica** (art. 5º, *caput*, da CF).

Essa posição das DRFs e do CARF vem sendo justificada a partir da interpretação inconstitucional dos arts. 116, parágrafo único; 142 e 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN); do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991; dos arts. 3º, 4º e 9º, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT); e do art. 6º, I, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002; e da aplicação de dispositivo inconstitucional do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999 (art. 229, § 2º).

Por isso, a presente ADPF tem por objeto a:

(1) A **declaração de inconstitucionalidade** do entendimento da fiscalização tributário-previdenciária representada aqui pelas **decisões e acórdãos do CARF e das DRFs** de que o auditor fiscal da Receita Federal tem competência para reconhecer vínculo de emprego sem a intermediação e pronunciamento jurisdicional da Justiça do Trabalho;

(2) A **declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto**, dos arts. 116, parágrafo único; 142 e 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN); do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991; dos arts. 3º, 4º e 9º, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT); e do art. 6º, I, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002, para afastar definitivamente essa possibilidade de interpretação; e

(3) A **declaração de inconstitucionalidade** do art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999.

II. LEGITIMIDADE ATIVA DA ABIMO.

Legitimação – Setor da atividade econômica

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE
ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS,

HOSPITALARES E DE LABORATÓRIOS (ABIMO) é entidade de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de âmbito nacional e que congrega em sua base empresas que atuam em diversos ramos da atividade industrial de equipamentos médicos e odontológicos.

Seus associados, portanto, apresentam atividades em vários setores como a fabricação de equipamentos médicos-hospitalares (tais como mobiliários, instrumentos cirúrgicos, equipamentos de hotelaria hospitalar); implantes ortopédicos, neurológicos, cardíacos, dentre outros; equipamentos de laboratório, reagentes e outros produtos de consumo laboratorial; material de consumo hipodérmicos, têxteis, adesivos; equipamentos, materiais e instrumentos odontológicos e radiológicos. Todos esses segmentos formam o setor de artigos e Equipamentos Médicos, Hospitalares e Odontológicos e de laboratórios, chamado de **setor “EMHO”**. Estima-se que o Brasil, em 2018, tinha por volta de **1,84 milhões de equipamentos de saúde** nessas mais diversas aplicações, tendo um **total de 4.125 empresas atuantes e um consumo aparente nacional da ordem de R\$ 23,6 bilhões**.

Trata-se de setor pujante e moderno da economia brasileira com **produção nacional em 2018 na ordem de R\$ 10 bilhões**¹, sendo R\$ 8,5 bilhões sendo o valor bruto da produção nacional de instrumentos e materiais de uso médico, odontológico e de artigos ópticos e R\$ 1,5 bilhão referente à produção de aparelhos eletromédicos e eletroterapêuticos e equipamentos de irradiação.

Os números de emprego do setor também impressionam: são **64 mil trabalhadores diretos**, sendo 59 mil desses empregos gerados na produção de instrumentos e materiais de uso médico, odontológico e de artigos ópticos.

O setor também, em virtude da alta tecnologia agregada, participa ativamente das exportações brasileiras, **tendo exportando, em 2018, US\$ 679,10 milhões** em produtos, equipamentos e materiais hospitalares e

¹ Fonte: RAIS e CAGED/TEM;

odontológicos (nos segmentos de reabilitação, radiologia, odontologia, laboratório, materiais de consumo, implantes e equipamentos médicos). O espaço de crescimento sob essa perspectiva, entretanto, ainda é alto, uma vez que se tem no país demanda em crescimento e, também em virtude de todas as dificuldades fiscais e administrativas por que passa o empresário do EMHO, a importação, em 2018 chegou a US\$ 3,7 bilhões (portanto, a balança comercial do setor é deficitária em US\$ 3 bilhões/ano, desde 2015).

Legitimação - Representação

A base de representação da ABIMO é formada por 313 empresas fabricantes de produtos e materiais hospitalares e odontológicos sediadas em 12 estados da Federação, sendo que 76,6% do mercado industrial de produtos e materiais hospitalares e odontológicos é formado por **médias empresas (58,6%**, com faturamento anual entre R\$ 2,4 milhões e R\$ 6 milhões), **pequenas empresas (14,7%**, com faturamento anual de R\$ 241 mil a R\$ 2,4 milhões) e **microempresas (3,3%**, com faturamento anual de até R\$ 240 mil).

Com base nessas informações torna-se claro que a ABIMO é “*entidade de âmbito nacional*”, tal como exigido pelo art. 103, IX, da CF, e com representação em 12 Estados da Federação (mais do que os 9 estados, comumente exigidos pelo STF²).

Ademais, a ABIMO congrega entre seus associados apenas as pessoas jurídicas que atuam no setor de equipamentos médicos, hospitalares e odontológicos (ADI nº 1.804, relator Ministro ILMAR GALVÃO, DJ 19.06.1998), não havendo intermediação de associação em seus quadros, afastando-se, portanto, a figura da “*associação de associações*”, mesmo após o abrandamento da jurisprudência do STF nesse quesito (AgR na ADI nº 3.153, relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 09.09.2005). Não é caso, portanto, de representação híbrida.

² Essa interpretação do STF foi estabelecida em leitura analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.096, de 19.09.1995) conforme ADI nº 708-QO, relator Ministro CELSO DE MELLO; ADI-MC nº 386, relator Ministro SYDNEY SANCHES;

É importante destacar também que se está diante de setor específico, com identidade e autonomia própria, associando empresas com atuação particular em segmento próprio da economia. A autonomia desse setor da atividade produtiva brasileira é claramente demonstrada pela sua identidade de atuação, suas específicas características de produção e consumo, seus números e dados econômicos próprios desse seguimento e suas demandas necessidades peculiares de desenvolvimento industrial, social e de inovação.

A importância do setor é tamanha que vários países, por exemplo, erigiram políticas industriais próprias para os seus setores de EMHO, tais como os EUA, Japão e Alemanha. De fato, no Brasil, a necessidade de formulação de uma política pública específica para essa área da atividade industrial é uma exigência inadiável, uma vez que está intimamente ligada à própria concretude e universalização de um dos dispositivos mais importantes e caros da Constituição Brasileira: o art. 196, que estabelece ser *“a saúde direito de todos e dever do Estado”*. Já o art. 200, V, da CF, fixa, com clareza solar, ser essa uma das prioridades do nosso Estado Democrático de Direito ao estabelecer que ao sistema único de saúde competirá *“incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.”*

Diante de tudo isso, afasta-se a hipótese de ser esse setor, em realidade, a congregação de diversos segmentos que não encontrariam homogeneidade de interesses ou que seriam aproximadas por vínculo de natureza diversa aos interesses específicos da atividade econômica ou profissional (ADI nº 894, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ 20.04.1995; ADI nº 42, relator Ministro PAULO BROSSARD, DJ 02.04.1993; ADI nº 334, relator Ministro MOREIRA ALVES, DJ 31.05.1995, etc).

Pertinência Temática

A jurisprudência do STF ainda exige a configuração do requisito da pertinência temática para se reconhecer a plena legitimidade do proponente da ADI no caso de entidade de âmbito nacional e, por previsão do art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999 e por extensão, a legitimidade para a ADPF.

Está-se diante, como parte da doutrina constitucional já apontou, do conceito processual do “*interesse de agir*” em sede de controle concentrado: **a necessidade de existência de uma relação lógica entre a questão versada nos autos ou o objeto da ADI e os objetivos sociais da entidade requerente.**

O art. 3º do ESTATUTO DA ABIMO, traz, como objetivos da associação:

“

I. Promover a defesa dos interesses de suas Associadas, bem como da indústria do setor de artigos e equipamentos Médicos, Hospitalares, Odontológicos e de Laboratórios (setor “EMHO”);

.....

IX. Defender os direitos coletivos inerentes às suas Associadas, bem como orientar sua atuação em procedimentos de caráter administrativo, jurídico e econômico;

.....

O art. 25 do Estatuto, ao estabelecer a competência da Diretoria da **ABIMO**, fixa que a cabe “*decidir pela interposição de ações judiciais que visem a proteger os interesses de suas Associadas*” (VI).

Assim, do ponto de vista do Estatuto, a **ABIMO** tem legitimidade para a propositura desta ADI em nome do setor e de suas associadas.

O objeto e a causa de pedir da presente ADI é a declaração de inconstitucionalidade de uma específica interpretação da legislação que vem servindo de base para a prática recorrente e abusiva de auditores fiscais da Receita Federal de abordarem as associadas da ABIMO e, descaracterizando vínculo jurídico existente, reconhecem liame de emprego – mesmo que de forma ficcional -, sem intermediação da Justiça do Trabalho e, assim, causam enormes prejuízos à indústria de equipamentos e materiais hospitalares e odontológicos com evidentes impactos na atividade de pesquisa industrial e inovação.

A ação perpetrada pelos auditores fiscais da Receita Federal – e confirmada por julgados no CARF -, além de integralmente inconstitucional pelas razões a seguir indicadas, tem funcionado como trava e grave obstáculo ao desenvolvimento pleno do segmento, já que enormes autuações são realizadas em que se cobram valores exagerados (de contribuição previdenciária, de contribuições ao sistema “S” e de multa pelo não recolhimento do imposto de renda retido na fonte), retroativos e abusivos com base em situações jurídicas inexistentes.

Trata-se de enorme constrangimento institucional à atividade industrial e produtiva, com graves efeitos sobre o setor, seus rendimentos, sua política de ampliação, sua atividade de pesquisa e inovação e sua participação nas exportações.

O problema chegou a um ponto incontornável, exigindo desta Associação Nacional providências para se determinar a cessação imediata desses atos abusivos que atingem o conjunto do **setor EMHO**.

Portanto, tem-se plenamente configurada a pertinência temática para o ajuizamento da presente ADPF com a clareza de que a **ABIMO** age em defesa do setor **EMHO** e no interesse consensual de suas associadas, com a presença evidente do interesse de agir na causa e no afastamento da tese que tem justificado a atuação temerária dos auditores fiscais da Receita Federal e do CARF.

Com isso, resta evidenciada a plena legitimidade da ABIMO para propor a presente ADPF com base no art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, e no art. 103, IX, da CF.

III. OBJETO DA AÇÃO.

Como já exposto, o objeto da presente ADPF se desdobra em três vertentes interconectadas e que, em verdade, convergem para fazer cessar a lesão a preceitos fundamentais por meio da declaração de

inconstitucionalidade da prática funcional do auditor fiscal da Receita Federal que, desconsiderando ilegitimamente atos ou negócio jurídicos reais e idôneos, atesta, a partir de uma presunção, a existência de vínculo empregatício, atribuindo, como via de consequência, efeitos previdenciários retroativos e desproporcionais.

Os julgados do CARF

O entendimento do CARF já remonta a bastante tempo e, a cada ano, se reforça, tendo aquele Tribunal Administrativo consolidado seu posicionamento por meio de inúmeros julgados. A fundamentação utilizada para justificar essa competência do auditor fiscal também já se estruturou e se baseia na interpretação inconstitucional dos dispositivos de lei que também é atacada na presente ação.

Como exemplo desse entendimento, transcreve-se abaixo trecho da ementa de alguns desses julgados:

“COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CARACTERIZAÇÃO EMPREGADO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS.

A legislação previdenciária contém autorização expressa ao Auditor Fiscal para a caracterização do segurado empregado, quando este preencher os requisitos para tanto, podem a fiscalização desconsiderar o vínculo pactuado.

Havendo a presença dos elementos da relação de emprego, quais sejam, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade; deve a fiscalização caracterizar o segurado empregado.

.....”³

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA.

³ Processo nº 15504.729370/2016-02, Acórdão nº 2401-006.890, 4ª Câmara, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa, julgamento em 10.09.2019;

A fiscalização tem o dever de desconsiderar os atos e negócios jurídicos, a fim de aplicar a lei sobre os fatos geradores efetivamente ocorridos, sendo que esse dever está implícito na atribuição de efetuar lançamento e decorre da própria essência da atividade de fiscalização tributária, que deve buscar a verdade material com prevalência da substância sobre a forma.

TERCEIRIZAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO.

Comprovada a contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta, forma-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, passando a ser este o sujeito passivo das contribuições sociais incidentes sobre as remunerações dos trabalhadores pseudoterceirizados.

..... "4

".....

O agente fiscal é competente para verificar a relação fática jurídica no que a análise de vínculo de emprego para fins das normas tributárias.

Assim, verificada as circunstâncias definidas em lei como necessárias e suficientes e sua ocorrência, deve o fiscal proceder ao lançamento correspondente ao fato gerador identificado, cumprindo com o exigido em lei no que tange aos lançamentos efetuados.

..... "5

"VÍNCULO EMPREGATÍCIO. APURAÇÃO. COMPETÊNCIA.

A fiscalização tem competência para apontar a existência de vínculo empregatício para os efeitos de apuração das contribuições devidas à Seguridade Social, sem que isto configure, sob qualquer perspectiva, invasão à competência da Justiça do Trabalho.

..... "6

⁴ Processo nº 15956.720021/2011-94, Acórdão nº 2202-005.261, 2ª Câmara, Relator Martin da Silva Gesto, julgamento 05.06.2019;

⁵ Processo nº 15504.724374/2015-13, Acórdão nº 2401-005.897, 4ª Câmara, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa, julgamento em 04.12.2018;

⁶ Processo nº 37169.005654/2002-97, Acórdão nº 2202-004.698, 2ª Câmara, Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio, julgamento em 08.08.2018;

“SEGURADOS EMPREGADOS. CONTRATAÇÃO. PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA.

Constatada a contratação de segurado empregado por meio de pessoa jurídica interposta, deve ser desconsiderado o vínculo formal e exigidas as contribuições devidas pela contratação do segurado empregado.

.....”⁷

Esse posicionamento é repetido em outros tantos julgados, tais como: Processo nº 10166.730683/2013-17, Acórdão nº 2202-003.478, 2ª Câmara, 12.07.2016, Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio; Processo nº 12259.000914/2008-93, Acórdão nº 2301-004.918, 3ª Câmara, 08.02.2017, Relator Julio Cesar Vieira Gomes; Processo nº 10580.729529/2014-92, Acórdão nº 2402-005.718, 4ª Câmara, 16.03.2017, Relator Designado Tulio Teotonio de Melo Pereira; Processo nº 10380.725685/2013-50, Acórdão nº 2401-004.783, 4ª Câmara, 09.05.2017, Relatora Andréa Viana Arrais Egypto; Processo nº 10980.725667/2013-17, Acórdão nº 2301-005.126, 3ª Câmara, 13.09.2017, Relatora Andrea Brose Adolfo; Processo nº 13971.720495/2013-84, Acórdão nº 2202-004.696, 2ª Câmara, 08.08.2018, Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio; Processo nº 37169.005654/2002-97, Acórdão nº 2202-004.698, 2ª Câmara, 08.08.2018, Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio; Processo nº 15504.724374/2015-13, Acórdão nº 2401-005.897, 4ª Câmara, 04.012.2018, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa; Processo nº 11065.722903/2014-11, Acórdão nº 3303-006.137, 3ª Câmara, 21.05.2019, Relator Valcir Gassen; Processo nº 14041.001027/2008-11, Acórdão nº 2401-007.105, 4ª Câmara, 05.11.2019, Relator José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro; Processo nº 16682.721028/2015-87, Acórdão nº 2402-006.976, 4ª Câmara, 13.02.2019, Relator Denny Medeiros da Silveira; Processo nº 11516.004467/2007-10, Acórdão nº 2301-005.912, 3ª Câmara, 11.02.2019, Presidente João Maurício Vital; Processo nº 15868.720075/2014-91, Acórdão nº 2202-005.260, 2ª Câmara, 05.06.2019, Relator Martin da Silva Gesto; Processo nº 15956.720021/2011-94,

⁷ Processo nº 10580.729529/2014-92, Acórdão nº 2402-005.718, 4ª Câmara, Relator João Victor Ribeiro Aldinucci, julgamento em 16.03.2017;

Acórdão nº 2202-005.261, 2ª Câmara, 05.06.2019, Relator Martin da Silva Gesto; Processo nº 16327.001230/2010-23, Acórdão nº 2202-005.189, 2ª Câmara, 08.05.2019, Relator Ronnie Soares Anderson; Processo nº 16682.720355/2015-11, Acórdão nº 2401-005.952, 4ª Câmara, 17.01.2019, Relator José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro; Processo nº 15504.729370/2016-02, Acórdão nº 2401-006.890, 10.09.2019, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa; dentre outros.

Da inconstitucionalidade, sem redução de texto, de dispositivos de leis e da inconstitucionalidade direta de decreto

Da análise minuciosa dos acórdãos do CARF, é possível identificar os artigos de lei e o decreto nos quais a fiscalização tributária costuma ancorar o seu entendimento.

Os dispositivos equivocadamente utilizados como base legal da conduta inconstitucional dos auditores têm as seguintes redações:

Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN)

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

.....

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.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....
IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Lei nº 8.212, de 24.07.1991 (Organização da Seguridade Social)

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

.....
Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

.....
Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Lei nº 10.593, de 06.12.2002

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I – no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

Decreto nº 3.048, de 06.05.1999 (Reg. da Previdência Social)

Art. 229.

.....

§ 2º *Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.*

IV. CABIMENTO DA PRESENTE ADPF.

É cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, caput). O parágrafo único do art. 1º da lei ainda prevê o cabimento da ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

Trata-se exatamente da situação enfrentada no presente caso. Como se viu, questiona-se o entendimento de que o auditor fiscal da Receita Federal teria a competência para reconhecer vínculo empregatício (ou supor a sua existência).

Essa configuração de vínculo de emprego – as mais das vezes, em discrepância com a realidade dos fatos – sempre se dá de maneira unilateral, sem a intervenção (instrutória e declaratória) da Justiça do Trabalho e em fase preliminar do processo administrativo fiscal.

Ato do Poder Público

Essa interpretação equivocada é recorrente na jurisprudência do CARF e nas manifestações das DRFs e se sustenta, segundo os seus apoiadores, em uma hermenêutica criativa e genérica da Lei nº 5.172, de

25.10.1966 (CTN), da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943, e da Lei nº 10.593, de 06.12.2002.

Está-se diante, portanto, de “*ato do Poder Público*” (art. 1º da Lei nº 9.882, de 03.12.1999), representando pelo entendimento externado e consolidado do CARF e das Delegacias (por meio de seus julgados), bem como também está aqui presente importante controvérsia constitucional sobre as citadas leis federais. Tanto isso é verdade que um dos pedidos da presente ADPF é a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, desses citados dispositivos de lei.

É importante destacar que a jurisprudência do STF já se consolidou no sentido do pleno cabimento da ADPF para impugnação de conjunto de decisões judiciais, desde que não tenham transitado em julgado (ADPF nº 249-Agr, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 29.08.2014; ADPF nº 97, relatora Ministra ROSA WEBER, DJe 30.10.2014; ADPF nº 134-Agr, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 06.08.2009).

No presente caso, o conjunto das decisões advindas de Tribunal Administrativo e de órgãos julgadores no âmbito da Administração Pública forma objeto que, de todo, é análogo - senão idêntico - à hipótese de questionamento de conjunto de decisões judiciais. O requisito da transcendência e relevância do objeto estão aqui preservados. O próprio Tribunal já reconheceu que a ADPF é meio idôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar (ADPF nº 210-Agr, relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 21.06.2013).

Além disso, há também precedentes no sentido do cabimento da ADPF para questionar atos administrativos de menor abrangência e vinculatividade do que a jurisprudência administrativa que aqui se questiona (ADPF nº 45, relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ 04.06.2005; ADPF nº 307, relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 27.03.2014; ADPF nº 482, relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, ainda sem julgamento final, mas já com decisão liminar deferida no sentido de deferir decisão proferida pelo Conselho Nacional

do Ministério Público – CNMP em 02.10.2017)⁸. Nunca é demais lembrar também que no julgamento da recente ADPF nº 324⁹, por meio do qual o STF reconheceu a constitucionalidade da terceirização, analisou-se, além de julgados da Justiça do Trabalho, um conjunto de decisões das Superintendências do Trabalho, todas elas vinculadas ao então Ministério do Trabalho.

Portanto, é plenamente cabível a ADPF nesse caso, uma vez que está configurada controvérsia de dimensões constitucionais que se ancora, na sua origem, em um conjunto de julgados do CARF, na interpretação inconstitucional que esse Tribunal Administrativo faz de dispositivos de lei e na aplicação de ato normativo infralegal inconstitucional.

Relevância do Fundamento da Controvérsia Constitucional

Por outro lado, essa prática inconstitucional dos auditores fiscais da Receita Federal agride, a um só tempo, diversos preceitos fundamentais previstos na Constituição (art. 1º, IV; art. 2º; art. 5º, caput, II, XIII, LIV e LV; art. 37, caput; art. 114, I e IX; art. 150, I; e art. 170, caput, IV e parágrafo único, todos da CF), sendo a ADPF o único meio possível para “evitar ou reparar essa lesão a preceito fundamental”.

Quanto à relevância do fundamento da controvérsia constitucional, LUIS ROBERTO BARROSO assim explica esse pressuposto específico:

“.....
Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número específico de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético.

⁸ Recentemente, a ABERT ingressou com a ADPF nº 630, questionando tese assemelhada à apresentada aqui, embora dirigida à aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/2005. Naquele caso também se questiona um conjunto de decisões do CARF;

⁹ ADPF nº 324, relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 06.09.2019;

.....”¹⁰

Todos esses elementos indiciários da relevância estão presentes fortemente nessa questão: há aqui transcendência, uma vez que ano a ano novos casos são julgados pelo CARF que versam sobre esse assunto; são inúmeras autuações da fiscalização que se apoiam no auto-reconhecimento desse poder por parte dos auditores fiscais; há a presença da gravidade, uma vez que toda a atividade econômica do Brasil está sujeita a esse tipo de abuso do poder de polícia; e tem-se aqui intenso alcance político, econômico, social, jurídico, administrativo e ético.

A “*relevância do fundamento da controvérsia constitucional*” se observa da própria gama de violações de preceitos fundamentais apontados aqui.

Dois pontos, entretanto, podem já ser destacados, embora venham a ser aprofundados adiante. O modo de agir dos auditores fiscais da Receita Federal é uma clara usurpação de competência da Justiça do Trabalho, uma vez que é o Judiciário Trabalhista aquele que detém, com base no art. 114, I e IX, da CF, a exclusividade para analisar a existência ou não de vínculo de emprego.

Trata-se claramente de **reserva de jurisdição trabalhista** que, no caso, está sendo visivelmente vilipendiada.

Por outro lado, esse comportamento da fiscalização tributária, totalmente arbitrário e subjetivo, é uma clara ofensa ao ambiente livre da iniciativa privada que se pauta na liberdade de empreender para explorar sua atividade produtiva e econômica (art. 1º, IV; art. 5º, *caput* e XIII, e art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF). Inserido na ideia de liberdade empresarial está, por óbvio, a possibilidade de, em virtude da lógica de seu negócio, escolher a modelagem contratual mais adequada para racionalizar o serviço prestado. Como afirmado pelo próprio STF: “*A Constituição não impõe a adoção de um modelo*

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pág. 341;

de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis...”

Diante disso, considerando que toda empresa está submetida ao poder de fiscalização da Administração Pública, é possível afirmar que a continuidade desse entendimento, especialmente na esfera da administração tributária, tem o condão de ameaçar toda a atividade econômica desenvolvida no país, trazendo grande instabilidade e insegurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF).

Finalmente, para realçar a relevância do fundamento da controvérsia, é importante destacar que a repetição desse entendimento nos julgados do CARF institucionalizou esse modo de agir do auditor fiscal. Em outras palavras, para toda contratação de pessoa jurídica por empresa, o auditor fiscal da Receita Federal já está “treinado” para tornar esse negócio jurídico nulo e configurar a existência de vínculo empregatício. Os últimos 15 anos serviram para ampliar as exigências e condicionantes que eventualmente tornariam essa contratação aceitável pela fiscalização, de forma tal que é quase impossível demonstrar ao auditor fiscal a regularidade da contratação. Quase todos os empresários do país estão virtualmente em situação irregular, segundo tais critérios desenvolvidos pelos auditores, delegacias regionais e o CARF.

Subsidiariedade da ADPF

Ademais, a Lei nº 9.882, de 03.12.1999, prevê, em seu art. 4º, § 1º, que não será admitido ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade que se aponta.

O chamado “princípio da subsidiariedade” que, em uma de suas dimensões, é representado por esse dispositivo, já foi tratado pela doutrina¹¹ e pela jurisprudência do STF, para se concluir que o seu critério de análise é

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, pág. 1250 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pág. 338;

necessariamente a solução da controvérsia constitucional de maneira ampla, geral e imediata.

Assim, conforme o Tribunal já entendeu quando do julgamento da ADPF nº 33 (relator Ministro GILMAR MENDES, julgamentos de 29.10.2004 e 07.12.2005; DJ 06.08.2004 e DJ 27.10.2006), a verificação de se há “outro meio eficaz” se dá fundamentalmente no âmbito das ações do controle concentrado.

É o caso, portanto, de se perquirir se, para a solução do problema, a ADI ou a ADC se apresentariam como ações mais eficazes.

A ADC, por óbvio, não poderia ser articulada aqui, uma vez que não se está diante de lei ou ato normativo sobre o qual incide grave controvérsia judicial acerca de sua validade constitucional. Certamente, também não é o caso de utilização da ADI por omissão, tendo em vista que não há, na presente controvérsia, silêncio inconstitucional do legislador que poderia comprometer o exercício de algum direito constitucionalmente previsto.

Finalmente, a ação direta de inconstitucionalidade poderia ser, em alguma dimensão, ajuizada, embora não englobando a integralidade da questão suscitada. Como visto acima, o objeto da presente ADPF se perfaz em três questões. A segunda questão é substancialmente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, de vários dispositivos de lei federal, o que, em alguma medida, poderia ser arguido em ADI. A terceira questão também eventualmente poderia ser levantada no âmbito de uma ADI se se considerasse o Decreto nº 3.048/99, em seu art. 229, § 2º, um verdadeiro decreto autônomo.

Entretanto, a jurisprudência do CARF, reforçada por acórdãos específicos do Poder Judiciário, não poderia servir como objeto de ADI. Deve-se lembrar aqui que é essa jurisprudência que, de fato, concede identidade e autonomia à “*controvérsia constitucional*” que se quer atacar perante esse STF.

Por outro lado, a mera declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos dispositivos legais aqui arguidos, poderia não resolver

o problema de maneira ampla, geral e imediata. É que as autoridades administrativo-tributárias sempre poderiam buscar outros fundamentos e eleger novos dispositivos de lei que lhes serviriam como *sedes materiae* da competência que aqui se questiona. É preciso, portanto, atacar diretamente a sucessão de julgados do CARF, reforçada por alguns casos examinados de maneira incompleta pelo Poder Judiciário, uma vez que **é esse conjunto de acórdãos que estrutura e chancela a certeza dessa competência dos auditores fiscais da Receita Federal e, assim, institucionaliza o exercício desse poder inconstitucional.**

De mais a mais, embora possa ser atacado por ADI a interpretação inconstitucional de um dispositivo, a interpretação inconstitucional de vários dispositivos de leis diferentes e que tratam de temas diversos **tende a recolocar a centralidade da questão no âmbito da controvérsia propriamente dita, e não na solução hermenêutica específica de um artigo de lei.** Um problema com essa dimensão – portanto, deslocado da lei – tende a ser melhor abordado no âmbito da ADPF.

Finalmente, alega-se nessa peça a inconstitucionalidade do art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048/99. Não havendo qualquer dispositivo de lei ordinária regulado por esse parágrafo de decreto, restaria ataca-lo, na esfera das ações do controle concentrado, sob o argumento de se tratar de “decreto autônomo”. **Essa caracterização, entretanto, é deveras subjetiva** e, além disso, sendo esse decreto o próprio regulamento da Previdência Social, o Requerente preferiu trata-lo como mais um elemento constitutivo da “controvérsia constitucional” indicada nessa ação.

Por todos esses argumentos, a **ADPF é a ação do controle concentrado de constitucionalidade mais adequada e eficaz para se evitar ou reparar a lesão a preceitos fundamentais, bem como dar conta da controvérsia constitucional ora apresentada.**

Entretanto, o Requerente pede vênia para requerer (aqui e ao final) que, se o Excelentíssimo Ministro Relator ou o Colegiado Pleno do Tribunal

entender que se trata de hipótese de combate pela via da ação direta de inconstitucionalidade, **converta a presente ADPF em ADI, na linha da interpretação do próprio art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, e em respeito à própria jurisprudência desse STF** (ADPF nº 72, relatora Ministra Ellen Gracie, questão de ordem examinada em 01.06.2005, DJ 02.12.2005; ADI nº 4.180, relator Ministro Cezar Peluso, questão de ordem examinada em 10.03.2010, DJe 16.04.2010; ADI nº 4.163, relator Ministro Cezar Peluso, 29.02.2012, DJe 01.03.2013; ADI nº 4.277, relator Ministro Ayres Britto, 05.05.2011, DJe 14.10.2011).

V. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÁTICA DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL.

O entendimento inconstitucional da fiscalização tributária e do CARF

A prática inconstitucional da fiscalização tributária, embora sem qualquer amparo legal, foi se consolidando no tempo por meio de uma sucessão de retalhos interpretativos e “puxadinhos” hermenêuticos que tiveram o objetivo de consolidar uma narrativa evidentemente inconsistente.

No início, o CARF (antigo Conselho de Contribuintes) não se dedicava tanto à justificativa de tão inventiva prática da fiscalização tributária, ancorando-se confortavelmente na imagem negativa que o TST¹² havia produzido acerca da “**terceirização**”, injustamente associada, por definição, a uma simulação ou ardil do empresário quando buscava a prestação de serviços na sua atividade-fim. Somava-se a isso uma mentalidade francamente errônea e preconceituosa de que o empresariado brasileiro faz de tudo para prejudicar o empregado.

¹² De fato, é antiga a posição do TST refratária à terceirização. Desde o Súmula nº 256, ainda em 1986, o Tribunal somente aceitava a figura nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância. Posteriormente, após a Constituição de 1988, aquele enunciado se transformou na Súmula nº 331 do TST, alterada (com acréscimo de inciso) por meio da Resolução nº 96/2000 e mantida posteriormente por meio da Resolução nº 121/2003;

Diante desse cenário sombrio, nas situações de terceirização, a fome arrecadatória do FISCO encontrou espaço tranquilo para germinar e crescer sem maiores questionamentos.

Assim o CONSELHO se justificava:

“

*Em verdade, não se pode negar que no desenrolar de sua atividade, o agente público a serviço do Fisco Previdenciário não está, por efeito do **princípio da primazia da realidade**, necessariamente vinculado aos elementos formais apurados no contribuinte, sendo-lhe mais do que faculdade, mas um **dever aquilatar a verdade material**, levantando e descortinando vícios e fraudes, procedendo com o **enquadramento de situações fáticas à moldura legal**, sempre que assim lhe restar convicto, ainda que abstraindo-se do eventual tratamento conferido pelo contribuinte aquela relação, e independente da provocação judicial.*

.....”¹³ (grifo nosso)

Nota-se no trecho – que é exemplificativo do estilo de argumentação – a **forte analogia que se constrói entre o trabalho do auditor fiscal e as atribuições constitucionais de juiz**, no exercício de sua atividade judicante.

A apropriação forçada de poderes jurisdicionais é flagrante nesse trecho que, de mais a mais, resume os fundamentos que sempre são levantados pelo CARF nessas situações:

(i) o uso do princípio da “*primazia da realidade*” como um salvo-conduto da atuação do auditor fiscal¹⁴;

¹³ Processo nº 35582.002130/2007-42; Acórdão nº 206-00.670, julgado em 09.04.2008, relator Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, 6ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes;

¹⁴ Como, por exemplo, Processo nº 16004.000446/2009-81, Acórdão nº 2202-005.510, Relator Leonam Rocha de Medeiros, julgamento em 11.09.2019; Processo nº 15868.720075/2015-72, Acórdão nº 2201-004.809, Relator Marcelo Milton da Silva Risso, julgamento em 05.12.2018; Processo nº 10530.720966/2010-11, Acórdão nº 2301-005.582, Relator Wesley Rocha, julgamento em 11.09.2018;

(ii) o “dever” de buscar a “*verdade material*” a justificar a intervenção forçada e o constrangimento do empresário¹⁵;

(iii) a atribuição pelo “*enquadramento à moldura legal*”, como se o trabalho do auditor fiscal fosse o da subjunção, típica da atividade jurisdicional; e

(iv) a ideia de soberania na “*convicção*”, essa sim uma prerrogativa exclusiva do juiz (daí, inclusive, as suas garantias constitucionais previstas no art. 95, I, II e III, da CF), ao contrário do regime de estrita legalidade ao qual se submete todo servidor público¹⁶.

Ao final do trecho, outro exemplo eloquente da prepotência da argumentação: um “ato-falho” que tenta se distanciar do Poder Judiciário, auto-revelando a estranheza de equiparar auditor fiscal e juiz: “*independente de provocação Judicial*”.

Em seguida, assim prossegue o CARF:

“

Nada há que se discutir que essa atuação não representa violação a competência jurisdicional, na medida em que a legislação tributária expressamente confere atribuição à autoridade fiscal para impor “sanções” sobre os atos ilícitos e viciados verificados no contribuinte, permitindo a aplicação da norma tributária material (arts. 142 e 149, IV, do CTN), ainda que alheia à formalidade da situação encontrada. Portanto, é certo que a autoridade do Fisco-Previdenciário, no

¹⁵ Como, por exemplo, Processo nº 15868.720075/2014-91, Acórdão nº 2202-005.260, Relator Martin da Silva Gesto, julgamento em 05.06.2019; Processo nº 15504.724374/2015-13, Acórdão nº 2401-005.897, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa, julgamento em 04.12.2018; Processo nº 15504.006142/2010-67, Acórdão nº 2202-003.899, Relator Marcio Henrique Sales Parada, julgamento em 06.06.2017;

¹⁶ Entretanto, não parece ser essa a posição dos auditores fiscais e das DRFs. Interpretando o art. 29 do Decreto nº 70.235/72, atribuem à “autoridade julgadora de primeira instância” no processo administrativo fiscal, status de juiz, indicando que ela “na apreciação das provas e razões ofertadas pela contribuinte, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária...” Processo nº 10860.721963/2013-05, Acórdão nº 2401-004.513, Relator Rayd Santana Ferreira, julgamento em 20.09.2016;

*intuito de aplicar a norma previdenciária ao caso em concreto, detém autonomia ou poderes para caracterizar um pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, e para tanto, está perfeitamente autorizada a desconsiderar atos, negócios e personalidade jurídica onde se apresentam manobras e condutas demonstradamente ilegais, com intuítos inequivocamente evasivos.
.....” (grifo nosso)*

A lógica que se agregou às justificativas se estrutura na ideia da total independência entre o âmbito da legislação tributária e o âmbito da legislação material e trabalhista. Segundo o CARF, o auditor fiscal tem o “dever” de caracterizar a ocorrência do fato gerador tributário e, em virtude dessa prerrogativa, sequer precisa considerar as questões trabalhistas, empresariais, a autonomia da esfera privada e outras questões. O auditor fiscal da Receita Federal está atuando no interesse do Fisco e deve ampliar a arrecadação, mesmo que, para isso, tenha que desfigurar relações jurídicas legítimas.

Para fugir da autoridade constitucional dada à Justiça do Trabalho para reconhecer vínculo de emprego (art. 114, I e IX, da CF), a fiscalização tributária, em sua argumentação, tenta construir uma realidade paralela, na qual a legislação tributária é independente e autônoma e, portanto, não está condicionada aos modelos jurídicos e estruturas contratuais do direito material.

Evidentemente, há dois problemas estruturais nessa construção:

(i) em primeiro lugar, a lógica é claramente uma tentativa rasa de conceder soberania à atuação de auditores fiscais, tornando-os infensos ao Poder Judiciário Trabalhista¹⁷; e

¹⁷ Em realidade, como será visto adiante, o CARF entende que, por conta dessa tão propalada “autonomia” da função do auditor fiscal da Receita Federal, mesmo uma decisão da Justiça do Trabalho afirmando não existir relação de emprego é irrelevante para a fiscalização tributária que pode (e talvez “deve”, em sua opinião) fixar a existência desse vínculo. Por exemplo, Processo nº

(ii) **em segundo lugar**, se é assim, o contribuinte não tem qualquer defesa possível, já que qualquer contrato ou modelo jurídico que opte para realizar um interesse legítimo em suas relações intersubjetivas poderá ser sumariamente descaracterizado, já que a arrecadação tributária seria uma espécie de “direito natural” que não encontra nenhum limite!

Haveria, por assim dizer, **um poder originário e potencialmente ilimitado da autoridade tributária de fiscalização** em configurar o contexto de aplicação da norma tributária material, mesmo que para isso precise “*caracterizar um pacto laboral*”, “*desconsiderar atos, negócios e personalidade jurídica*”, supor “*intuitos evasivos*”, etc.

De fato, convicto dessa autoridade, o auditor fiscal da Receita Federal se sente bastante confortável em tratar de temas que estão muito além de sua alçada, como é, por exemplo, a interpretação da CLT, caracterizando práticas jurídicas como fraude (o que se chama de “enquadramento” com uma singeleza que choca):

“.....
*Esse **enquadramento será automático** sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.*
.....” (grifo nosso)¹⁸

É importante destacar que se o **magistrado** regularmente, investido de jurisdição, tem esse poder, somente pode exercê-lo no âmbito de um

10680.722449/2010-54, Acórdão nº 9202-004.641, Relatora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, julgamento em 25.11.2016. A parcialidade, do CARF, entretanto, é evidente, porque em seu conjunto de julgados, aceita a jurisdição da Justiça do Trabalho quando ocorre o reconhecimento de vínculo: Processo nº 10166.729980/2012-39, Acórdão nº 2302-003.371, Relator Leonardo Henrique Pires Lopes, julgamento em 10.09.2014;

¹⁸ Processo nº 36266.007276/2006-49, Acórdão nº 206-01.664, sessão de 03.12.2008, Relatora Bernadete de Oliveira Barros;

devido processo legal em que se garanta o **direito de defesa prévio**, o **contraditório**, a **regular produção de provas**, o **duplo grau de jurisdição**, além, é claro, na **impressoalidade e imparcialidade do julgador** (art. 5º, XXXVII, da CF). Esses são os limites impostos ao Poder Judiciário pela Constituição.

É evidente, portanto, o absurdo dessa construção de raciocínio que visivelmente atribui ao auditor fiscal o exercício de um poder que, exercido dessa forma, sequer o juiz o tem. Trata-se de um poder devastador, de potencialmente fechar a empresa, de arruinar o empresário, de mergulhá-lo em dívidas e prejuízos, de tornar assimétrica a concorrência, de retirá-lo de sua atividade econômica e de condenar definitivamente seus empregados e parceiros.

Ao longo desses últimos anos, essa posição somente se confirmou, agregando-se mais argumentação vazia que, ao final, somente tenta reafirmar essa posição de primazia do auditor fiscal da Receita Federal e justificar esse poder desproporcional de vida e morte de uma empresa.

Assim, é possível resumir a posição do CARF nos cinco pontos abaixo indicados:

(a) o auditor fiscal da Receita Federal tem o poder de reconhecer vínculo empregatício para os efeitos de apuração das contribuições em atuação paralela à Justiça do Trabalho;

(b) a noção de “prevalência da verdade material” deve nortear a atuação do auditor fiscal da Receita Federal;

(c) o auditor fiscal da Receita Federal não está adstrito à legalidade estrita, mas à sua convicção pessoal;

(d) há autonomia da legislação tributária, o que atribui ao auditor fiscal soberania de sua análise acerca do vínculo laboral, não se submetendo sequer à decisão da Justiça do Trabalho;

(e) na fase de fiscalização, não haveria o que se falar em princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que essa fase é regida pelo princípio inquisitório.

Os objetivos arrecadatórios do Fisco somados ao encastelamento corporativo da carreira de auditor fiscal fizeram com que esse entendimento equivocado fosse sendo repetido a cada julgamento do CARF, de forma que seu sentido, de algum modo, **se naturalizasse e a sua falta de embasamento normativo se tornasse menos evidente**. Os artigos normativos usualmente citados são genéricos e indiretos, o que denuncia claramente o malabarismo hermenêutico para se criar esse poder exagerado do auditor fiscal.

Infelizmente, essa tendência radical e que constrange e compromete a atividade econômica no país contou também com a contribuição inconsequente de alguns julgados do próprio Poder Judiciário, todos eles contagiados pela posição – agora já superada – contrária à terceirização.

Comumente, são citados acórdãos do STJ como o RESP nº 515.821, relator Ministro Franciulli Netto (DJ 25.04.2005); o RESP nº 575.086, relator Ministro Castro Meira (DJ 30.03.2006) e o RESP nº 859.956, relator Ministro Francisco Falcão (DJ 26.10.2006). Na linha desses julgados do STJ, há também posicionamento dos Tribunais Regionais Federais¹⁹.

É impossível afirmar, no entanto, que o Poder Judiciário tem uma posição consolidada sobre a questão e, muito menos, que o reconhecimento desse poder do auditor fiscal tem amparo constitucional já definido.

É importante destacar que o CARF, para justificar a prática inconstitucional resumida nos pontos acima indicados, baseia-se em duas premissas, a saber:

(a) a necessidade de configurar situações de **fraude e simulação**; e

¹⁹ TRF2, AC nº 2010500101341130, relator Desembargador Federal Luiz Antonio Soares, DJ 02.09.2013; TRF4, AMS nº 97.04.39889-1, relator Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, DJ 27.01.1999, entre outros;

- (b) a sua **atribuição para constituir o crédito tributário** e de contribuições, mediante lançamento.

Embora essas duas premissas acerca do trabalho do auditor fiscal sejam verdadeiras (art. 116, parágrafo único, do CTN; e art. 6º, I, “a”, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002), o entendimento acerca de cada uma delas é equivocado, uma vez que nenhuma delas confere poder ilimitado e radical ao agente fiscal e ambas encontram limites bastante claros que aqui serão destacados.

A Fraude e a desconsideração de ato ou negócio jurídico. O limite da atuação do auditor fiscal da Receita Federal.

Os dispositivos legais citados, como fica evidente de sua simples leitura, não atribuem ao auditor fiscal da Receita Federal, mesmo no plano de sua atuação previdenciária, o poder de desconsiderar atos, negócios jurídicos ou contratos legítimos, regularmente fixados e resultados da liberdade de decisão empresarial. Seria preciso que tais atos sejam identificados como fraude ou simulação.

Entretanto, o auditor fiscal não é investido de algum tipo de “poder geral de combate à fraude”, já que isso lhe traria inequivocamente uma competência integral e irrestrita sobre todos os assuntos e situações da vida privada, o que não é imaginável nas regras do Estado Democrático de Direito.

Sua competência para identificar a fraude e a simulação precisam estar dentro de sua competência funcional, administrativa e temática e, portanto, devem se encaixar em um quadro normal da atuação da fiscalização tributária, compatível com o tipo de avaliação e cognição restrita que o seu trabalho lhe impõe.

A fraude ou simulação, portanto, em primeiro lugar, precisa ser observada de plano, precisa ser objetiva e evidente, aferível por meio de mera consulta a documentos e facilmente contrastável com a realidade que se observa.

A conclusão acerca da existência de uma fraude em curso não pode ser advinda de uma interpretação mais sofisticada de dispositivos legais, requisitos econômicos e trabalhistas, necessidade de exame mais aprofundado de um arsenal mais amplo de provas. A alegação de fraude, portanto, **não pode se convolar em uma construção narrativa da qual fazem parte ilações complexas** que escapam da atribuição específica do exercício do poder de polícia tributária.

Além disso, não é dado ao auditor fiscal da Receita Federal, por ser ato claríssimo de subversão de sua função administrativa, a competência para interpretar a legislação trabalhista. **Em realidade, o exercício do poder de polícia não é atuação jurisdicional típica e não lhe cabe “distribuir justiça”. Essa é a função do Poder Judiciário!**

A fiscalização atua em um cenário de verificação imediata de informações e fatos e, portanto, a abertura hermenêutica de que se vale necessariamente precisa ser restrita, exercida em um contexto de autocontenção. A necessidade de interpretações complexas e aprofundadas de leis atinentes às relações de trabalho é um sinal claro de que esse limite da atividade de fiscalização tributária foi ultrapassado, tanto na sua cognição, quanto na pertinência temática da competência funcional do auditor fiscal da Receita Federal.

A eventual existência de vínculo de emprego não se apresenta como o tipo de fraude de que trata a legislação tributária comumente citada pelo CARF (especialmente o art. 116, parágrafo único; art. 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966). Para que o auditor fiscal da Receita Federal pudesse desconsiderar atos ou negócios jurídicos seria preciso que tais atos ou negócios fossem especificamente aqueles que fizessem parte diretamente da constituição do crédito tributário e que, por isso, fossem facilmente identificáveis como simulação.

O reconhecimento de uma relação jurídica bilateral e complexa como é o vínculo empregatício não é compatível com a atividade do

auditor fiscal da Receita Federal que sempre o faz de maneira unilateral e superficial, na linha do que estabelece a sua própria legislação (Decreto nº 70.235, de 06.03.1972).

Para essa configuração complicada é exigível amplo processo de produção de provas e o exercício pleno do direito de defesa que somente é compatível no âmbito do Poder Judiciário. Por esse motivo é que a Constituição de 1988 fixou que o núcleo essencial da competência do Judiciário Trabalhista (e sua própria razão de existir) é a atribuição de decidir acerca do vínculo de emprego (art. 114, I e IX, da CF). Somente o devido processo legal jurisdicional (art. 5º, LIV, da CF) permite o adequado encaminhamento da questão, permitindo decisão justificada sobre a existência ou não desse vínculo.

Não se pode admitir que esse assunto – que sequer está dentro das atribuições e afazeres temáticos do auditor fiscal da Receita Federal – possa ser decidido no âmbito de uma autuação, em fase fiscalizatória submetida ao princípio inquisitório, como bem reconhece o próprio CARF²⁰ e afirma ser procedimento que “*não admite contraditório*”.

É evidente que a configuração de vínculo de emprego (ou a suposição de sua existência) leva necessariamente à desconsideração da personalidade jurídica da empresa prestadora de serviço, uma vez que, na prática, pressupõe a inexistência dessa pessoa jurídica²¹. O CARF, inclusive,

²⁰ Veja, por exemplo, Processo nº 10166.730683/2013-17, Acórdão nº 2202-003.478, 2ª Câmara, relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio, julgado em 12.07.2016; Processo nº 10980.006475/2007-51, Acórdão nº 2201-002.456, Relator Francisco Marconi de Oliveira, julgamento em 17.07.2014; Processo nº 10783.720248/2014-98, Acórdão nº 1201-002.079, Relator Rafael Gasparello Lima, julgamento em 12.03.2018;

²¹ Por meio de posicionamento desprovido de qualquer lógica, o CARF entende que, embora o auditor fiscal reconheça vínculo empregatício, isso não significa desconsiderar a personalidade jurídica da empresa prestadora do serviço da qual o suposto trabalhador seja sócio. “*O procedimento da autoridade fiscal, que decorre de atribuição em lei, não exige o reconhecimento da existência de relação empregatícia pela Justiça do Trabalho, tampouco implica a desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual o trabalhador é sócio.*” Processo nº 19515.720394/2015-39, Acórdão nº 2401-005.669, relator Cleber Alex Friess, julgamento em 07.08.2018. Esse entendimento não faz qualquer sentido, uma vez que se se considera regular a posição de sócio de uma empresa, a

reconhece essa consequência inevitável: “Somente nas hipóteses em que restar constatada a efetiva existência dos elementos constituintes da relação empregatícia entre o suposto “tomador de serviços” e os “prestadores de serviços”, poderá o Auditor Fiscal caracterizar o contribuinte individual (autônomo como segurado empregado, **ou mesmo promover a desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviços**”(grifo nosso) ²².

Ocorre que o art. 50 da Lei nº 10.406, de 01.01.2002 (Código Civil), naturalmente ignorado pelo CARF, estabelece os requisitos para decisão dessa gravidade. É preciso que se demonstre o “abuso da personalidade jurídica”, o que se perfaz por meio da prova do “desvio de finalidade” ou da “confusão patrimonial” (art. 50, §§ 1º e 2º). Essa prova é complexa e precisa ser produzida em juízo, dentro das regras que asseguram as garantias processuais, valendo citar inclusive o recente incidente de desconsideração da personalidade jurídica, introduzido na nova ordem processual civil, nos arts. 133 e seguintes do CPC/15. Da mesma forma, no âmbito processual trabalhista, a desconsideração da personalidade jurídica imprescindivelmente depende da instauração do mencionado incidente, na forma exigida pelo art. 855-A da CLT. Em ambos os diplomas normativas subjaz a premissa do respeito às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, inscritos, como se sabe, no art. 5º, LIV e LV, da CF.

Não é possível aceitar que isso se faça de maneira automática, por atuação pessoal e unilateral de auditor fiscal sem poderes jurisdicionais.

Ora, se o auditor fiscal pudesse reconhecer vínculo de emprego, ao contrário do contrato de prestação de serviço ou de parceria

prestação de serviço desse sócio a uma outra pessoa jurídica é evidentemente – inclusive por previsão contratual – uma prestação dessa primeira empresa, e não de seu sócio;

²² Processo nº 35301.009002/2004-96, Acórdão nº 9202-002.966, Relator Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, julgamento em 06.11.2013. Também nesse sentido, Processo nº 10920.002588/2010-98, Acórdão nº 2401-003.631, Relator Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, julgamento em 13.08.2014;

livremente estabelecido entre as partes, o que impede a esse mesmo auditor fiscal de descaracterizar qualquer outro tipo de contrato, como um contrato de financiamento internacional, um contrato de exportação ou um contrato de *joint venture*? **Sua atuação funcional rigorosamente não teria limites!**

A fraude ou a simulação são, evidentemente, formas de se corromper a realidade, servindo como uma “máscara” fantasiosa que encobre a verdade da realidade fática. **O que, entretanto, se tem nessas situações de reconhecimento de vínculo empregatício, é a existência de um contrato firmado entre duas pessoas jurídicas que, de fato, existe concretamente e é praticado e cumprido.** As partes se comportam tal como fixado nesse contrato e optaram livremente por se relacionarem com base nesse contrato. Entretanto, o auditor fiscal da Receita Federal alega que essa realidade é, em verdade, uma simulação de um fato gerador que somente decorre de sua preconcepção unilateral amparada no desenfreado ímpeto arrecadatário da instituição. O nível de arbitrariedade e subjetividade desse tipo de *approach* institucional do auditor fiscal é enorme e claramente configura uma atuação abusiva.

Assim, o poder de reconhecer fraude ou simulação encontra limites definidos na natureza da atuação fiscalizatória, no nível compatível para a sua cognição e na relação temática de sua competência funcional. Portanto, tais limites da ação do auditor fiscal da Receita Federal podem ser resumidos nos três pontos abaixo indicados:

(a) a fraude precisa ser evidente, objetiva, percebida de plano, e não eventualmente demonstrável a partir de uma interpretação irreal do que “deveria” ser aquela relação jurídica;

(b) a fraude precisa ser próxima, imediata e direta da constituição do crédito tributário ou previdenciário, sob o risco de o auditor fiscal da Receita Federal adquirir um poder total que lhe permite descaracterizar qualquer contrato (comercial, civil, financeiro ou trabalhista) e alterar artificialmente a realidade; e

(c) a fraude precisa ser um mascaramento da situação prática, ou seja, o ato ou o negócio jurídico formal não expressaria a realidade.

É evidente que a possibilidade de o auditor fiscal da Receita Federal reconhecer vínculo de emprego extrapola qualquer desses indicativos:

(a) essa alegada fraude é sempre uma construção narrativa complexa, fortemente baseada em subjetivismos e ilações que não fazem sentido para aqueles que exploram a atividade econômica;

(b) essa alegada fraude é sempre buscada fora da competência temática do auditor fiscal da Receita Federal, o que o “força” a se tornar verdadeiro juiz trabalhista, tal é a sua aparente desenvoltura para compreender e interpretar a legislação trabalhista e o que seria o vínculo de emprego; e

(c) essa alegada “fraude” é sempre a representação fiel da realidade. Em verdade, é o vínculo empregatício caracterizado pelo auditor fiscal que geralmente é inexistente, o que torna essa suposição da fiscalização a verdadeira fraude observada.

O argumento da autonomia da fiscalização tributária.

O segundo grande argumento a sustentar essa competência esdrúxula do auditor fiscal da Receita Federal diz respeito à suposta autonomia da fiscalização tributária.

O CARF entende haver uma espécie de “poder-dever” do auditor fiscal para desconsiderar negócios jurídicos que se mostrem lesivos ao Estado, independente da lógica empresarial e trabalhista que sustentou aquela específica contratação de prestação de serviço.

Assim, **o exame que busca atestar se o negócio jurídico é fraude ou simulação não tem por base a realidade ou mesmo a intenção das partes que optaram por aquele modelo.** Já se considera fraude a vinculação

contratual que se julgar “lesiva ao Estado” e essa avaliação é conclusiva e definitiva se, em tese, houver outro tipo de vinculação que ofereça mais recolhimento de tributos (mesmo que essa outra vinculação não apresente qualquer justificativa empresarial, comercial, trabalhista ou econômica).

Esse é o início de argumentação que significa, em verdade, outra inversão intolerável do discurso. Isso porque, na linguagem do CARF, é isso que representa a “prevalência da substância sobre a forma” ou a “busca da verdade material²³”. Nesse sentido,

“
*DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS.
PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA.*
A fiscalização tem o dever de desconsiderar os atos e negócios jurídicos, a fim de aplicar a lei sobre os fatos geradores efetivamente ocorridos, sendo que esse dever está implícito na atribuição de efetuar o lançamento e decorre da própria essência da atividade de fiscalização tributária, que deve buscar a verdade material com prevalência da substância sobre a forma.
.....”²⁴

Curiosamente, o que o CARF e as DRFs chamam de “buscar a verdade material” não é a realidade da forma como ela representa e da forma como construída legitimamente pelas partes (pessoas jurídicas, contratante e prestadora de serviço), mas sim qual é o melhor modelo contratual arrecadatário para o Fisco. **A “prevalência da substância sobre a forma”, na roupagem que lhe é dada pelo CARF e DRFs, não é nada mais do que a prevalência de uma modelagem de contratação mais benéfica para o Estado arrecadador do que**

²³ Trata-se, a toda evidência, de apropriação de diretriz principiológica fundante do próprio Direito do Trabalho extraída do “princípio da primazia da realidade sobre a forma”, amplamente utilizado pela Justiça do Trabalho quando do reconhecimento de vínculo empregatício.

²⁴ Processo nº 15868.720075/2014-91, Acórdão nº 2202-005.260, 2ª Câmara, relator Martin da Silva Gesto, julgado em 05.06.2019;. Também nessa mesma linha de justificativa, estão outros julgados do CARF;

outra menos benéfica e que, de fato, é a que representa a realidade da parceria empresarial e econômica presente.

O que se tem, portanto, é uma verdadeira “revolta” da fiscalização tributária contra os fatos, uma tentativa de alterar artificialmente e ilegitimamente a própria realidade que, aos olhos do auditor fiscal da Receita Federal, é fraudulenta porque haveria outra vinculação mais onerosa para as partes.

Dizer que isso é buscar a “verdade material” é simplesmente um engodo do discurso da fiscalização tributária, da mesma forma que também o é dizer que, agindo assim, o agente fiscalizador ainda respeita o *“exercício do direito de livre condução de seus negócios”*²⁵.

O fato é que, para fazer valer esse “poder total” do auditor fiscal da Receita Federal, o CARF sustenta que a legislação tributária é constituída de uma espécie de soberania temática que justificaria a seus aplicadores verdadeiramente ignorar os negócios jurídicos ou contratos fixados sob as regras do direito civil, do direito comercial e do direito do trabalho.

Sendo responsável pela constituição do crédito tributário, o auditor fiscal da Receita Federal se orienta necessariamente pelos objetivos de arrecadação dos tributos, **dirigindo parcial e deliberadamente uma interpretação específica e utilitária dos aspectos comerciais, econômicos e trabalhistas dos negócios jurídicos observados.**

Dessa forma, caracterizar o vínculo de emprego e configurar os seus requisitos passam a ser apenas desafios argumentativos, **cuja aderência à realidade é absolutamente secundária!** Esse tipo de absurdo somente é possível no procedimento administrativo fiscal porque se trata de procedimento que se orienta pelo princípio inquisitório (como o próprio CARF reconhece), no qual não se tem o exercício pleno do direito de defesa e não se tem um juiz

²⁵ Processo nº 15956.720021/2011-94, Acórdão nº 2202-005.261, 2ª Câmara, relator Martin da Silva Gesto, julgado em 05.06.2019, pág. 9;

imparcial que coleta a prova e a valora de maneira a proferir um julgamento independente.

Ora, é evidente que esse tratamento autônomo que se força a dar à atribuição de constituição do crédito tributário é, em um só momento:

(i) uma subversão da lógica sistêmica do Direito (já que o tributo tem seu fato gerador nas relações e negócios jurídicos realizados com base no direito civil, no direito comercial, no direito empresarial, no direito trabalhista, etc);

(ii) uma leitura voluntarista dos poderes da fiscalização tributária, uma vez que é dirigida à arrecadação e não à realidade; e

(iii) um mero pretexto arrogante para se atribuir poderes quase que ilimitados à atuação do auditor fiscal.

De fato, quanto a esse último ponto, se o auditor fiscal da Receita Federal pode desconstruir qualquer negócio jurídico fixado com base em princípios, regras, institutos e leis de outros ramos do direito, ele poderá virtualmente modelar o fato gerador de tributo de qualquer situação, agindo de maneira soberana e total.

Por isso, o art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.1999, acaba por oficializar, na interpretação dada pelo CARF, uma expansão ilegítima dos poderes do auditor fiscal ao prever expressamente, para os fins de caracterizar a figura do “*segurado contratado*” (ou seja, o empregado regular por meio de contrato de trabalho) que a fiscalização poderia “*desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento*”. Daí a sua inconstitucionalidade.

Recentemente, o CARF passou a adotar, em suas razões de justificativa, duas mensagens de veto presidenciais: a Mensagem nº 783, de 21.11.2005, quanto ao veto do parágrafo único do art. 129; e a Mensagem nº 140, de 16.03.2007, quanto ao veto do § 4º do art. 6º da Lei nº 10.593/2002 (trazido no projeto de lei que se transformou na Lei nº 11.457/2007).

As duas mensagens, além de terem sido proferidas em momento anterior ao atual paradigma de compreensão das novas relações do trabalho, são exemplos eloquentes do equívoco dessa tese de que a fiscalização tributária é autônoma em seu trabalho de verificação da ocorrência do fato gerador. O resultado, como abaixo se denota, é a total inversão desmoralizante de suas razões.

Na primeira mensagem, afirma-se que:

“... as legislações tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Ademais, a condicionante da ocorrência do fato gerador à existência da sentença judicial trabalhista definitiva não atende ao princípio da razoabilidade”

Na segunda mensagem, está assim “justificada o veto:

“As legislações tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação de trabalho entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Condicionar a ocorrência do fato gerador à existência de decisão judicial não atende ao princípio constitucional da separação dos Poderes.”

Em ambas as razões de veto, afirma-se o absurdo: o fato gerador de contribuição previdenciária independe da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço.

Ora, se é assim, aplica-se ao caso o regime tributário-previdenciário dessa relação contratual entre pessoas jurídicas! Mas não é isso que as Mensagens Presidenciais querem dizer. Sua intenção é defender que a configuração de vínculo empregatício pelo auditor fiscal é independente e autônoma em relação àquilo que a Justiça Trabalhista eventualmente entender. **Estaria correto o auditor fiscal afirmar existir no caso vínculo empregatício quando o Poder Judiciário do Trabalho não reconhece esse tipo vínculo!**

É exatamente por partir dessa premissa esdrúxula é que as Mensagens Presidenciais chegam à mesma conclusão estapafúrdia: a de que haveria algum tipo de violação da razoabilidade ou da separação de poderes ter que aguardar e respeitar a sentença judicial trabalhista nesses casos! Ignora-se aqui, portanto, o direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Como exemplo desse verdadeiro absurdo, transcreve-se abaixo trecho de acórdão do CARF exatamente nessa linha de entender que a Justiça do Trabalho tem uma função tangencial, secundária ou insignificante:

“

... a decisão proferida pela Justiça do Trabalho que reconhece, ou que não reconhece, a relação de emprego em ação ajuizada pela pessoa física não tem o condão de irradiar efeitos vinculantes sobre o contencioso administrativo fiscal, até porque a Justiça Obreira não detém competência para proceder à revisão de lançamentos tributários, que estão submetidos à Justiça Comum (Federal ou Estadual).

A sentença em reclamação trabalhista não obriga que se adote o mesmo entendimento pelo órgão de jurisdição administrativa, apesar de possuir um efeito persuasivo, no sentido de estimular a abordagem uniforme para questões que mantenham uma afinidade de fundamentos para decidir.

Cabe assinalar que a Justiça especializada em matéria trabalhista avalia um determinado conjunto probatório, o qual não é, em qualquer caso, o mesmo trazido aos autos do processo administrativo fiscal, de modo que é lícito ao julgador exercer um juízo de valoração sobre as provas, desde que o faça de maneira fundamentada, o qual, nesse contexto, não estará adstrito à opinião prévia do magistrado da Justiça do Trabalho.

.....” (grifo nosso)

Em outro precedente exemplificativo, resta claro também a total desconsideração que a autoridade tributária tem em relação ao Poder Judiciário:

“

A existência de ações judiciais para desconstituir autuação do Ministério do trabalho seja procedentes ou improcedentes, servem como subsídio para identificação da existência de desvirtuamento, mas não como elemento capaz de desnaturar o fato gerador, quando o conjunto probatório é suficiente para formação do vínculo de emprego para efeitos previdenciários.

.....”²⁶ (grifo nosso)

Essa argumentação do CARF acima exposta é um bom exemplo do **descaso e do desprestígio com que a Justiça do Trabalho é tratada nesses assuntos**. Na prática, em matéria trabalhista e sob o argumento da autonomia tributária, o auditor fiscal da Receita Federal pode muito mais do que o juiz do trabalho e os poderes da fiscalização são virtualmente ilimitados nesse contexto!

Não é, portanto, de se surpreender a posição oficial do CARF que, sem grandes cerimônias, afasta peremptoriamente qualquer alegação de invasão à competência da Justiça do Trabalho: “*A fiscalização tem competência para constatar a existência de vínculo empregatício a fim de apurar as contribuições devidas para terceiros, sem que isto configure, sob qualquer perspectiva, invasão à competência da Justiça do Trabalho*”²⁷

O Bônus de Eficiência e Produtividade

O exercício inconstitucional dessa competência de reconhecer vínculo de emprego, desconsiderando ilimitadamente atos e negócios jurídicos, é fortemente agravado pela existência no Brasil do “*Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira*”.

²⁶ Processo nº 10680.722449/2010-54, Acórdão nº 9202-004.641, Relatora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, julgamento em 25.11.2016;

²⁷ Acórdão nº 2401-007-105 (Processo nº 14041.001027/2008-11), relator José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, DOU 13.12.2019;

O mencionado “bônus de produtividade”, criado pela Medida Provisória nº 765, de 29.12.2016, convertida na Lei nº 13.464, de 10.07.2017, faz parte do programa de produtividade da Receita Federal do Brasil e se presta a “*incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos e Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil*” (art. 6º).

O pagamento desse bônus é definido pelo índice de eficiência institucional, “*mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil*” (art. 6º, § 2º). É a Portaria RFB nº 31, de 18.01.2017, que regulamenta o pagamento, valores e cálculo do bônus de eficiência e produtividade.

O bônus é um grave e desproporcional incentivo ao aumento da arrecadação, uma vez que é calculado com base na diferença entre a arrecadação real e a meta de arrecadação do período.

Trata-se de um bônus que traz questionamentos jurídicos e éticos evidentes. **Como é possível auditores fiscais serem beneficiados pelo aumento das autuações e arrecadação pelas quais são eles mesmos responsáveis?** Torna-se claramente um estímulo à cobrança que aumenta a arrecadação e ao desenvolvimento da chamada “indústria das multas”, algo que agrava as inconstitucionalidades aqui apontadas²⁸. Se o reconhecimento de vínculo é um julgamento subjetivo e discricionário do auditor fiscal contra o qual o empreendedor não tem qualquer defesa prévia, o que se dirá que seja possível fazer contra a atividade econômica diante de um estímulo como esse?

O assunto é tão sério que, logo após a sua instituição, o Centro de Sociedades de Advogados (CESA) apresentou ao CARF, em 11.01.2017, arguição de reconhecimento de impedimento de vários de seus membros, já que são também auditores fiscais beneficiários do bônus e, por

²⁸ <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/como-o-bonus-de-eficiencia-e-produtividade-dos-auditores-da-receita-federal-pode-aumentar-o-risco-fiscal-de-sua-empresa-shtml/>

consequência, no resultado final da causa²⁹. Como era esperado, o CARF rejeitou a arguição.

É importante também destacar que esse mesmo questionamento está sob a jurisdição do próprio STF que reconheceu a presença de repercussão geral da questão constitucional no RE nº 835.291, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (DJe 15.03.2017). O citado processo trata da constitucionalidade de legislação do Estado de Rondônia que vinculava parte da arrecadação de multas tributárias para o pagamento de auditores fiscais (Tema nº 934). Aliás, no voto do Ministro relator, é citada a legislação federal que instituiu o “bônus de eficiência e produtividade” do qual ora se trata (MP nº 765, de 29.12.2016).

De fato, o Tribunal já se manifestou sobre a inconstitucionalidade desse tipo de “remuneração” a servidor público, quando julgou a medida cautelar da ADI nº 650:

“.....
A concessão de medida cautelar pressupõe o concurso de dois requisitos: o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo a que se atribui a pecha de inconstitucionalidade. Isto ocorre quando nele esta prevista a remuneração de servidores públicos mediante participação nos valores relativos a tributos e acessórios.
.....”³⁰ (grifo nosso)

O bônus de eficiência e produtividade também vem sendo questionado pelo TCU, embora com base em outros argumentos. Para aquele Tribunal, o bônus fere a Lei de Responsabilidade Fiscal e funciona como um gatilho para reajuste dos vencimentos da carreira, sem indicar fonte de recurso. Ademais, o relator do TC-005.283/2019-1, Ministro Bruno Dantas, apontou, em

²⁹ <https://www.conjur.com.br/dl/cesa-oficio-carf-bonus-eficiencia.pdf>

³⁰ ADI nº 650 MC, relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 22.05.1992, decisão por unanimidade de votos;

seu voto de 07.08.2019, que o bônus de eficiência não tem base de cálculo e índices de eficiência institucionais fixados em lei formal, além do que o valor foi incluído no cálculo da contribuição previdenciária. Tanto é assim que, desde agosto de 2019, há no âmbito daquele Tribunal Administrativo a discussão acerca da adoção de um regime cautelar dos riscos da continuidade do pagamento do bônus da forma como vem sendo feita³¹.

O bônus de eficiência e produtividade da Lei nº 13.464, de 10.07.2017, é mais um desses instrumentos que fragiliza a posição do empresário e o expõe aos maiores constrangimentos e prejuízos, uma vez que ajuda a consolidar uma posição institucional incontrolável do auditor fiscal da Receita Federal que, virtualmente, pode fazer de tudo, apenas sendo “monitorado” por seus próprios pares e tendo uma legislação corporativa a seu favor que funciona como um grande incentivo à expansão ilimitada de seus poderes de polícia.

VI. DAS LESÕES A PRECEITOS FUNDAMENTAIS.

(1) Violação ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de empreender (art. 1º, IV; art. 5º, *caput* e XIII, e art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF)

O problema enfrentado no âmbito dessa ação somente pode ser bem entendido se estiver clara uma premissa: **a atividade econômica, protegida pela Constituição, se estrutura sob a liberdade de empreender e essa liberdade significa precisamente a possibilidade de adoção de modelos específicos de produção e estratégias empresariais flexíveis.**

³¹ <https://oglobo.globo.com/economia/governo-admite-ter-pago-2-bilhoes-em-bonus-audidores-fiscais-sem-base-de-calculo-23682153>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/07/tcu-faz-alerta-ao-governo-pagamento-de-bonus-de-eficiencia-a-audidores-pode-infringir-lei.ghtml>

É importante destacar ainda que o assunto, com relação à análise do TCU, já está judicializado no âmbito do STF por meio dos MSs nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.4498 e 35.500, todos de relatoria do Ministro ALEXANDRE DE MORAES;

De fato, é fundamental compreender que a atividade econômica se desenvolve com base na liberdade (art. 5º, *caput*, XIII; e art. 170, *caput* e parágrafo único, da CF). É a liberdade de pensar, planejar e executar que possibilita ao empresário a inovação dos métodos de trabalho, da tecnologia que emprega em sua organização e produção e a melhoria do produto que oferece ao público.

Note-se que a liberdade, como premissa e direito de qualquer pessoa que queira empreender, está explicitamente reconhecida na Constituição de 1988. Além das previsões mais amplas e principiológicas, a Constituição, no art. 5º, XIII, expressamente garante o “*livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Em reforço à essa ideia de que o trabalho, a empresa, a atividade econômica e a liberdade são conceitos inter-relacionados e essenciais, a Carta Política estabelece dispositivo ainda mais evidente ao assegurar “*a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*” (art. 170, parágrafo único, da CF).

Não há, portanto, atividade econômica sem liberdade de empreender, assim como não há liberdade de empreender com continuada e institucionalizada atividade fiscalizatória (poder de polícia) que intervém e constrange o empresário a todo momento, como modo de ação, questionando, inclusive, as suas opções empresariais e de auto-gestão.

No regime capitalista, plataforma produtiva que estabelece as bases da liberdade, essas responsabilidades do empresário se dirigem a um único fim: a obtenção de lucro e a ampliação das margens.

É evidente que o lucro não é a vantagem pecuniária fácil, obtido por meio de tramoias e ardis, como ainda se tenta vender como sendo a essência da atividade econômica no Brasil. **Ao contrário**, o lucro da atividade empresarial é especificamente o dinheiro honesto, obtido de forma legítima e idônea, por meio do desenvolvimento de atividade que seja juridicamente legal e socialmente responsável.

E é por isso que o planejamento empresarial, para tornar a atividade-fim algo sustentável e prolongado, não pode se dar por meio de fraudes e enganação. **Ele precisa se estruturar em modelos e formatos jurídicos reais, que encontrem sustentação, justificção e concretude no mundo da vida.** O vínculo de emprego, portanto, para que ocorra na atividade privada, deve se justificar sob bases empresariais, sociais e produtivas. Por vezes, entretanto, a liberdade que se quer do parceiro econômico para fins de inovação, criatividade de gestão e dinamismo organizacional não pode ser obtida pelo contrato de trabalho. Não é raro que a assunção de riscos e a natureza associativa da colaboração de trabalho se tornem fundamentais para o atingimento dos objetivos empresariais da atividade produtiva.

Para se encontrar o ponto mediano ou o formato organizacional, societário e contratual mais adequado para ampliar suas margens e dar equilíbrio financeiro à sua atividade, o empresário faz escolhas, sempre com o objetivo de agregar vantagens comerciais, tributárias, sociais e econômicas, assumindo, assim, as desvantagens daí advindas. Esse é exatamente o núcleo essencial da “liberdade de empreender”, consectário direto e essencial do princípio geral da liberdade (art. 5º, *caput*, da CF) e que leva necessariamente à ideia de livre iniciativa (art. 1º, IV; e art. 170, *caput*, da CF).

Para o empreendedor não faz qualquer sentido prático ou jurídico somar esforços profissionais por meio da contratação de empresa ou profissional especializado para a prestação de um serviço específico se, a sua atividade, exige, para aquela posição, empregado que esteja vinculado por meio de estrita subordinação e não-eventualidade (dois requisitos essenciais do contrato de trabalho – arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943 – CLT).

Da mesma forma, o contrato entre pessoas jurídicas não se impõe para o empresário se o seu objetivo é fixar um vínculo com constância, onerosidade, subordinação, pessoalidade e alteridade para trabalho que não exige assunção de risco, mas mero cumprimento de dever contratual sob a autoridade da empresa.

As relações jurídicas que se desenvolvem no âmbito de uma empresa são variadas, uma vez que são diversos os níveis de serviços que a ela são prestados. Na área de desenvolvimento de produtos - como é normal do setor EMHO, por exemplo – os serviços prestados se orientam pelas inovações metodológicas e tecnológicas de seus prestadores, dependendo, portanto, de alto grau de liberdade de autonomia para a criação de novos equipamentos e materiais a partir de demandas identificadas dos clientes e do próprio mercado. Por outro lado, em cadeias produtivas de alto valor agregado – como também ocorre no EMHO – a gestão profissional e a administração precisam se pautar pelo arrojo e evolução dos modelos de administração e de negócios.

Não se trata de trabalho ortodoxo, burocrático, vinculado a uma rotina de realização de procedimentos no qual se sugeriria o vínculo empregatício tradicional com subordinação jurídica estrita. Essa é uma realidade, por exemplo, típica desse segmento e os serviços aqui descritos não são prestados por meio de relação e emprego tradicional.

Tais escolhas contribuem diretamente para o sucesso ou não do empreendimento.

Uma má escolha dessa natureza se submete aos rigores da lei de mercado na esfera privada como à perda de competitividade, o aumento de custo, a irracionalidade da organização administrativa da empresa. Apenas após atendido a esse critério, o empreendedor passa a analisar, dentre as alternativas práticas juridicamente possíveis, aquela que lhe seja melhor estrategicamente e que lhe permita diminuir custos tributários, financeiros e trabalhistas. O planejamento tributário, quando possível, é essencial para se calcular, inclusive, a própria viabilidade de determinada atividade econômica.

Essas são essencialmente as balizas do que a Constituição protege como sendo a “ordem econômica” e a “atividade econômica” (Título VII e Capítulo I da CF), afastando, como inconstitucional, qualquer constrangimento artificial que o Poder Público, por meio de algum de seus agentes, possa abusivamente impor.

Assim, **buscar o lucro e ampliá-lo são desideratos legítimos e fundamentais da atividade econômica.** Da mesma forma, **optar por desenhos jurídicos que atenuem os seus custos operacionais e tributários e reduzam os eventuais prejuízos são também objetivos justos e idôneos da ação do empresário.** Por outro lado, nos mercados abertos e concorrenciais, não há espaço para ilegalidades ou manobras fraudulentas. Para tais situações excepcionais, o ordenamento jurídico oferece amplo arsenal de combate, especialmente por meio dos órgãos de controle e do Poder Judiciário. **Fazer justiça decididamente não é função do auditor fiscal da Receita Federal!**

Não se pode admitir, entretanto, que o contrário aconteça: o auditor fiscal, ignorando a realidade e a justificação concreta de determinada opção de vinculação contratual, **resolva simplesmente afastá-la artificialmente para caracterizar um vínculo absolutamente inexistente, apenas para arrecadar mais em nome do Fisco!**

Portanto, entender a natureza da atividade econômica do agente privado é fundamental para se compreender os necessários limites da Administração Pública em sua tarefa de fiscalização tributária. Pressupor a ilegalidade e **orientar institucionalmente** os auditores fiscais da Receita Federal a devassarem empresas, conjecturarem simulações, aplicarem multas, realizarem acusações graves, cobrarem valores desproporcionais aos modelos de contratação, então entre os principais abusos inconstitucionalidades que a Administração Pública pode cometer.

Novo paradigma e a questão da terceirização

É importante destacar que o contexto se alterou nos últimos anos e que não mais é compatível essa visão atrasada e anacrônica com o empresariado. É visível verificar a alteração de mentalidade. E hoje se vive um novo paradigma no qual empregador e empregado, contratante e contratado são partes componentes e atuam juntos para o bem e viabilidade da atividade econômica.

Não é por outro motivo que, as mais das vezes, o modelo de contratação de serviços de uma pessoa jurídica (o que a fiscalização chama pejorativamente de “*pejotização*”) é formato decidido mutualmente, em amplo consenso entre as partes. É antiquado, demagógico e incorreto combater esse tipo de contratação sob o argumento de proteção do empregado ou da parte “hipossuficiente”.

Tome-se o exemplo da chamada “terceirização”, tema símbolo desse novo momento. Também a figura da “terceirização” foi, no passado, vista com agressiva reação dos auditores fiscais **e um sinal eloquente dessa “fraude”** de que tanto a fiscalização se sustenta para abusar de suas prerrogativas.

A Súmula nº 331 do TST (aprovada, com sua última redação, em 27.05.2011) representou, durante algum tempo, essa mentalidade anterior, pela qual mais se preocupou em constranger o empresariado e punir com base em informações secundárias e dados formais, do que, de fato, compreender o modelo de tomada de serviços por meio de “pessoa jurídica” a partir da lógica do empresário, da atividade econômica e do próprio prestador do serviço.

A grande reação institucional a esse modelo veio com a promulgação das Leis 13.429, de 31.03.2017, e 13.467, de 13.07.2017 (reforma trabalhista), sendo que, esta última, já na sua ementa falava de “*adequar a legislação às novas relações de trabalho.*”

De outro lado, em 30.08.2018, o STF julgou a ADPF nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252³² (no regime da repercussão geral da questão constitucional) e chegou à conclusão, sensível a esse novo paradigma do direito do trabalho, **de que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja atividade-meio, seja atividade-fim da empresa.** A tese da repercussão geral foi aprovada nos seguintes termos:

³² ADPF nº 324, relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 06.09.2019; RE nº 958.252, relator Ministro LUIZ FUX, DJe 13.09.2019;

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.” (grifo nosso)

Na lapidar frase proferida em seu voto, o decano, Ministro CELSO DE MELLO, assim se manifestou:

“.....
... sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial.

.....
O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados.
.....” (grifo nosso)

As razões consideradas – e adotadas – pelo plenário desse Excelso STF naquele caso, bem poderiam ser transmudadas para a solução da presente tese jurídica, uma vez que servem também para desconstruir a premissa principal que sustenta a interpretação inconstitucional de que o auditor fiscal da Receita Federal pode reconhecer vínculo de emprego: a noção de que o empresariado adota formas de contratação baseadas na fraude e em estratégias para enganar o Fisco, e **não nas exigências contemporâneas impostas pelo mercado competitivo da esfera privada.**

O trecho da ementa da ADPF nº 324 é resoluto ao esclarecer esse ponto, justificando, do ponto de vista constitucional, a adoção pelo empresariado de “estratégias empresariais flexíveis”:

“.....
1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais

flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

.....” (grifo nosso)

O que o julgamento da terceirização no STF indica para o presente caso? Pode-se elencar algumas premissas importantes:

(a) A empresa tem margem, baseado na livre iniciativa, na eficiência econômica e na competitividade, **de estabelecer formas de contratação mais dinâmicas e flexíveis;**

(b) A contratação de “pessoa jurídica” em atividades-fim da empresa não significa fraude ou dissimulação à legislação, mas o exercício, dentro de limites, dessa autonomia empresarial;

(c) Essa liberdade, por óbvio, tem limites, já que essa contratação não pode servir de artimanha. Assim, **é preciso se verificar a idoneidade e capacidade econômica da terceirizada** e se manter a responsabilidade subsidiária da contratante pelo descumprimento das normas trabalhistas e obrigações previdenciárias;

(d) a possibilidade de ocorrer abusos, porém, **reafirma a plena competência da Justiça do Trabalho** para avaliar se, por exemplo, a “pejotização” ou a intermediação de mão-de-obra se constitui em fraude no contrato de trabalho³³.

³³ Veja, por exemplo, nesse sentido, o voto do Ministro EDSON FACHIN (pág. 196 do acórdão da ADPF nº 324 e pág. 18 de seu voto) que, inclusive, restou vencido no julgamento. Entretanto, para os fins dessa ADI, é importante verificar que, mesmo para uma posição mais restrita no assunto,

Não é por outro motivo que os Auditores Fiscais da Receita Federal apresentaram aos Ministros do STF o documento intitulado “*Análise da Seguridade Social de 2014*” por meio do qual defenderam arduamente a tese de que a “terceirização” é efetivamente um modelo de evidente fraude, que solapa direitos dos trabalhadores³⁴. Na transcrição do documento feita pela Ministra ROSA WEBER, destaca-se o tom excessivamente politizado da peça e dos seus argumentos, pouquíssimos deles, aliás, com pertinência temática com as atribuições específicas de um auditor fiscal da Receita Federal.

É curioso e revelador que a carreira pública que existe para dar cumprimento à legislação tributária e previdenciária se utilize de argumentos de “proteção ao trabalhador” e “defesa da saúde e da vida do terceirizado” para fazer cumprir a sanha arrecadatória da Administração Pública Tributária!

A fiscalização tributária comumente se vale de excessos na avaliação de documentos e na ignorância dos motivos empresariais que levam a formas outras de contratação de serviços.

Qualquer contratação de pessoa jurídica para posições, por exemplo de administrador, diretores, coordenadores ou altos gerentes, é considerado, de pronto, interposição fraudulenta de PJ e, apenas por isso, a situação real para a ser interpretada como típica vantagem fiscal indevida, uma vez que seria sonegação. Na quase totalidade das situações, não se observa “baixa capacidade econômica” do prestador de serviço (o que, pela jurisprudência do STF, seria forte indicativo da fraude ou dissimulação).

Ao contrário, os auditores fiscais da Receita Federal parecem procurar situações de robustez financeira como os altos salários de administradores e gerentes, o que pode derivar, em tese, de uma distorção

não se abre mão de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para avaliar abusos (e não dos auditores fiscais);

³⁴ Pág. 257 do acórdão da ADPF nº 324 e pág. 60-62 do voto da Ministra ROSA WEBER;

consistente na ampliação da atuação com o virtual objetivo de elevar os bônus concedidos aos auditores. Trata-se, portanto, de um ciclo vicioso.

Para tanto, não obstante se tratar de auditores fiscais da Receita Federal, não se constata nenhum constrangimento na invocação dos arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 8º e 9º, da CLT, **agindo como típicos juízes da Justiça Trabalhista**. Em outras ocasiões, parecem empresários de grande experiência, tal é a desenvoltura com que falam da lógica dos negócios e da administração de uma empresa no Brasil!

Destacam, geralmente, o art. 9º da CLT, que prescreve que *“serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”*, **esquecendo-se que esse dispositivo é endereçado ao Poder Judiciário Trabalhista** que, apura essa questão no âmbito de um **devido processo legal trabalhista**, no qual se garante ampla defesa, direito ao contraditório, direito de produzir prova, direito a um juiz imparcial e impessoal, além do duplo grau de jurisdição.

A atuação dos auditores fiscais da Receita Federal, de tão abusiva, já mereceu a reação do Poder Legislativo que aprovou a Lei nº 11.196, de 21.11.2005, e trouxe, em seu art. 129, expressamente a legitimação legal para a contratação de pessoa jurídica para serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais. Cabe transcrever o seu texto:

“Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quais quer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviço, 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 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.”

É chocante, entretanto, perceber que esse dispositivo – embora não aplicável para o setor EMHO – é solenemente ignorado pelos

auditores fiscais da Receita Federal que se limitam a dizer que o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 não se presta a legitimar fraude à legislação tributária.

Por todo o exposto, torna-se evidente que a forma institucionalizada com que os auditores fiscais da Receita Federal desconsideram atos e negócios jurídicos para reconhecer vínculo de emprego sem a manifestação prévia da Justiça do Trabalho é uma clara violação aos postulados da livre iniciativa, livre concorrência e da liberdade de empreender (art. 1º, IV; art. 5º, *caput* e XIII, e art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF)

(2) Violação à separação de poderes e à reserva jurisdicional da Justiça do Trabalho (art. 2º; e art. 114, I e IX, da CF)

Como já restou claro da exposição, o reconhecimento da competência do auditor fiscal da Receita Federal para estabelecer vínculo de emprego, daí retirando todo tipo de efeito tributário-previdenciário, é uma clara violação à competência da Justiça do Trabalho.

O art. 114, I, da CF, fixa, com bastante clareza, que a Justiça do Trabalho existe para examinar e julgar “*as ações oriundas da relação de trabalho*”. Trata-se do núcleo essencial de sua competência constitucional, não podendo ela delegar essa função, sob risco de, violando a repartição de competência fixada na Constituição, tornar-se inútil.

Da mesma forma e com base no mesmo argumento, não pode lei desviar essa competência jurisdicional.

É evidente, ademais, que essa competência somente se torna válida se exercida de maneira exclusiva e soberana, nos limites da nossa organização judiciária. Vale dizer que não cumpre normativamente o que fixado na Constituição, a hipótese de a Justiça do Trabalho revisar, de maneira posterior e secundária, qualquer eventual atribuição assumida por outro órgão jurisdicional no sentido de examinar os requisitos da relação de emprego

previstos nos arts. 3º, 4º e 5º da CLT e, assim, reconhecer ou não o vínculo empregatício.

A competência jurisdicional, especialmente de natureza trabalhista, tal como tratada pela Constituição, é indelegável e intransferível. Não se trata de uma competência recursal ou revisional, mas originária e exclusiva.

Em realidade, isso é auto evidente. Se a Constituição tolerasse que os assuntos listados no art. 114 pudessem ser “julgados” por outros órgãos, mesmo que de forma preliminar, a competência da Justiça do Trabalho não seria por ela definida e, por isso, poderia ser facilmente reduzida ou enfraquecida ou até inconstitucionalmente aplicada.

Uma rápida consulta à jurisprudência do STF indica precisamente esse tratamento hermenêutico em relação à competência jurisdicional da Justiça do Trabalho. Assim, por exemplo, somente a Justiça Trabalhista pode processar e julgar **(i)** demandas que visem a obter prestações de natureza trabalhista, ajuizadas contra órgãos da Administração Pública por servidores que ingressaram em seus quadros sem concurso público, antes da Constituição de 1988³⁵; **(ii)** ações relativas às verbas trabalhistas referentes ao período em que o servidor mantinha vínculo celetista com a Administração, antes da transposição para o regime estatutário³⁶; **(iii)** demandas relacionadas à representação sindical³⁷; **(iv)** ações de indenização decorrente de danos morais e materiais sofridos em acidente de trabalho³⁸; **(v)** ações possessórias ajuizadas em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa

³⁵ ARE nº 906.491, relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 07.10.2015;

³⁶ ARE nº 1.001.075, relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 01.02.2017;

³⁷ ARE nº 773.884, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 02.06.2014;

³⁸ RE nº 600.091, relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 15.08.2011; e Súmula Vinculante nº 22, DJe 11.12.2009;

privada³⁹; (vi) ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores⁴⁰;

Note-se que não se está a falar, nessas teses fixadas pelo STF, de uma competência revisional, mas sim, de uma competência exclusiva. Somente a Justiça do Trabalho pode tratar (“*processar e julgar*”) tais demandas e pleitos.

Na mesma situação, enquadra-se a sólida jurisprudência que entende que somente a Justiça Federal pode analisar o interesse jurídico de intervenção processual da União⁴¹. Também aqui não se trata de competência revisional.

A decisão sobre a existência ou não de vínculo de emprego, portanto, é de competência exclusiva da Justiça do Trabalho, configurando-se, por isso, em uma típica **reserva jurisdicional trabalhista**, de acordo com o art. 114, I, da CF, reafirmada pelo inciso XI do mesmo artigo.

O reconhecimento, pelo CARF, de que o auditor fiscal da Receita Federal tem essa competência, portanto, é clara lesão a esse preceito fundamental, já que usurpa a competência da Justiça do Trabalho.

Em realidade, a violação à Constituição é ainda mais grave, uma vez que não se está diante de situação de divisão de competência jurisdicional, mas da assunção, pelo órgão fiscalizador do Poder Executivo, de típica competência jurisdicional. Em outras palavras, **há claramente nessa hipótese desrespeito ao postulado da separação de poderes**, previsto no art. 2º da CF.

De fato, como será melhor delimitado em seguida, o tema da caracterização de determinada relação como vínculo empregatício pressupõe decisão que, pela sua complexidade, somente pode ser tomada no âmbito de um devido processo legal jurisdicional, tal como exige o art. 114, I, da CF. Isso porque

³⁹ Súmula Vinculante STF nº 23, DJe 11.12.2009;

⁴⁰ Súmula STF nº 736, DJ 11.12.2003;

⁴¹ Súmula STJ nº 150, DJ 13.02.1996;

é fundamental que esse processo seja presidido por autoridade impessoal e imparcial, no qual se respeite e contemple o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito de produzir provas, a paridade de armas, o duplo grau de jurisdição e o direito à presunção de inocência (art. 5º, XXXVII, LIV, LV, LVII, da CF).

Não é por outro motivo que a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas para caracterização ou não da relação de trabalho é histórica no país, estando presente na nossa tradição constitucional: art. 122 da Constituição de 1934, art. 139 da Constituição de 1937, art. 123 da Constituição de 1946, art. 134 da Constituição de 1967 (art.142 da EC nº 1/69) e na redação originária da Constituição de 1988 (antes da EC nº 45/2004). A “invenção” dessa competência do auditor fiscal da Receita Federal nesses mesmos moldes é recente e fixada, não por emenda constitucional ou lei, mas por mera interpretação inconstitucional do Tribunal Administrativo.

(3) Violação ao direito de defesa e às demais garantias processuais (art. 5º, LIV e LV, do art. 5º, da CF)

Nenhum outro argumento revela de maneira mais clara a incompatibilidade funcional e temática entre a possibilidade de reconhecer ou supor vínculo de emprego e as atribuições do auditor fiscal da Receita Federal.

Por tudo o que já se demonstrou nessa peça, sustentado pela proteção que a Constituição concede à livre iniciativa e à liberdade de empreender, o formato de contratação ou de negócio jurídico adotado pela empresa é não só opção estratégica empresarial como tipo de prestação de serviço ligado à necessidade da própria atividade econômica. É dizer, portanto, que a escolha pelo vínculo de emprego ou pela prestação de serviço especializado por meio de pessoa jurídica se ancora, acima de tudo, em decisão técnica e operacional do negócio.

A lavratura de auto de infração que aponta fraude ou simulação nessa opção é, portanto, decisão drástica e dramática que somente

poderia se dar no âmbito de um devido processo legal no qual se garanta pleno exercício do direito de defesa e do contraditório. As garantias processuais a que estão vinculados todos os juízes do Brasil são pressupostos inafastáveis para a possibilidade de uma acusação dessa gravidade encontrar sentença confirmatória.

Veja que o direito de defesa e o exercício do contraditório não se resume à possibilidade de apresentação de documento ou mesmo de interposição de recurso. No âmbito administrativo e nessa fase de fiscalização, é evidente e notório que a apresentação de documentos da empresa serve, de mais a mais, apenas para que o auditor fiscal possa, unilateralmente, reunir dados e informações para que artificialmente possa construir a narrativa da existência de fraude, aplicando, para tanto, uma lógica totalmente diversa da empregada racionalmente pelo empresário na exploração de sua atividade.

O Decreto nº 70.235/72 e as garantias processuais

O procedimento de fiscalização e formalização da autuação se dá a partir da observância do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972 (“Dispõe sobre o processo administrativo fiscal”), conforme é amplamente repetido nos julgamentos do CARF.

Os arts. 10 e 11, por exemplo, tratam dos requisitos para a formalização do auto de infração e sua notificação. Já o art. 15 prevê a possibilidade de impugnação e, em seguida, seus elementos essenciais (art. 16) e a possibilidade de apresentação de prova documental (art. 16, § 4º) e de realização de diligências ou perícias (art. 18).

Basta uma leitura do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, entretanto, para se verificar que se trata **de ato normativo que fixa procedimentos para a Administração Pública**, procedimentos esses previstos para darem conta do tipo de demanda que aflora a partir do exercício regular do poder de polícia da fiscalização tributária.

Os atos de fiscalização, porém, não podem servir como medidas de intervenção na própria liberdade de empreender e, por isso, não

podem estabelecer acusações e prejuízos que, por si só, destruam a própria atividade econômica. Isso porque os atos representativos do poder de polícia são unilaterais e têm eficácia e exigibilidade imediata.

Não é por outro motivo que a Administração Pública, especialmente para o exercício dessa função, se submete à observância da legalidade estrita.

Sendo um ato intromissivo, que questiona o cerne da liberdade de empreender ou classifica determinado comportamento como abuso dessa liberdade, evidentemente **que um código de procedimentos, como é o Decreto nº 70.235/72, não poderá dar conta adequadamente, uma vez que, nessas situações, é preciso se garantir a inteireza e a plenitude do exercício do direito de defesa e do contraditório.**

Portanto, as garantias processuais previstas na Constituição não restam atendidas apenas porque a Administração Pública cumpriu seus próprios procedimentos previstos no Decreto nº 70.235/72.

Aliás, é o próprio CARF que reconhece que o direito de defesa não se aplica à fiscalização tributária:

“

Não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa na fase de fiscalização, pois essa é regida pelo princípio inquisitório. São deveres do administrado perante a Administração Pública expor os fatos conforme a verdade, além de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos, sendo que, somente após a ciência do feito é que se abre o prazo legal para impugnação e instauração do litígio, fase em que, conhecedor da valoração jurídica dos elementos probatórios coligidos pela fiscalização, a autuada estará, então, aparelhada para exercer o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

.....⁴² (grifo nosso)

É evidente que há aqui uma inversão lógica e um desconhecimento absoluto do que seja o direito de defesa.

O direito de defesa se realiza contra uma acusação, garantindo ao acusado ampla possibilidade de produção de provas, contradita das alegações incidentais, direito de julgamento por agente imparcial e em contexto de ausência de qualquer tipo de constrangimento.

O que o CARF sustenta como garantias processuais do procedimento de autuação nesses casos é:

(i) a obrigação do particular apresentar ao auditor fiscal da Receita Federal todos os documentos solicitados;

(ii) a oitiva de “testemunhas” pelo próprio auditor fiscal de maneira informal e à revelia do “acusado” e sem que se possa questionar;

(iii) o “direito” de aguardar a formação da “convicção” do auditor (como se juiz fosse);

(iv) o “direito” de aguardar que o auditor elabore uma narrativa de que há uma fraude;

(v) a lavratura de auto de infração de acordo com as exigências formais mencionadas no decreto;

(vi) a formalização da acusação de fraude de acordo com os requisitos e procedimentos fixados no decreto;

(vii) ser intimado da cobrança de valores desproporcionais e retroativos; e, finalmente;

(viii) o direito a apresentar impugnação *a posteriori* e que será decidida por um par do auditor fiscal, dentro da estrutura da própria Administração Pública.

⁴² Processo nº 10166.730683/2013-17, Acórdão nº 2202-003.478, relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio, 2ª Câmara, 12.07.2016;

Essa “oportunidade” de impugnar, com chances mínimas de êxito, é o que o CARF chama de exercício “*do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa*”.

Como se não bastasse, o CARF ainda faz questão de atenuar e diminuir (senão anular) todos os pequenos espaços do procedimento fiscal dos quais o empresário ainda lançava mão como resíduo de suas garantias processuais. Assim, segundo o CARF:

(a) o auditor fiscal e as DRF não são obrigados a responder a todos os pontos levantados pela empresa em sua defesa⁴³;

(b) a possibilidade de diligência ou perícia (art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72) é entendida como liberalidade da Autoridade Administrativo-tributária, não um direito do contribuinte⁴⁴;

(c) é plenamente admissível a produção de prova por amostragem realizada pelo auditor fiscal da Receita Federal⁴⁵;

(d) o auditor fiscal pode, sem prejuízo de aplicar sanção, lançar de ofício a importância que entende devida, no caso de o

⁴³ Processo nº 15868.720075/2015-72, Acórdão nº 2201-004.809, Relator Marcelo Milton da Silva Risso, julgamento em 05.12.2018: “*O julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos deduzidos pelo recorrente, basta apreciar com clareza, ainda que de forma sucinta, as questões essenciais ao julgamento, tal como jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores.*”;

⁴⁴ No Processo nº 10166.730683/2013-17, Acórdão nº 2202-003.478, (Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio, julgamento em 12.07.2016), por exemplo, o indeferimento da produção de prova pericial se deu porque (i) o contribuinte fez o pedido de sua produção, sem indicar, antes do deferimento dessa produção com a indicação pela Autoridade Administrativa do perito escolhido, quem seria o assistente técnico e os quesitos; e (ii) a Autoridade Administrativa entendeu que o objetivo da perícia seria para esclarecer ponto de responsabilidade do contribuinte (ignorou, portanto, os objetivos que o contribuinte queria atingir com aquela produção de prova);

⁴⁵ Processo nº 10680.722449/2010-54, Acórdão nº 9202-004.641, Relatora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, julgamento em 23.11.2016: “*Não deve ser aceita como causa de nulidade a alegação de que o fisco descreveu em seu relato apenas por amostragem as situações que seriam suficientes à conclusão de ocorrência dos fatos geradores, principalmente quando deixa claro a autoridade fiscal que os contratos apresentavam um padrão.*”;

contribuinte, não querendo fazer prova contra si, não apresentar algum documento solicitado (aferição indireta)⁴⁶; e

(e) é plenamente possível a utilização de prova emprestada ou extensiva a vários casos, sem exigência de individualização⁴⁷.

Evidente que se está diante de seara que não tem compatibilidade jurídica ou operacional para tratar do tema da declaração de nulidade de ato ou negócio jurídico para a configuração de vínculo empregatício.

Para tema dessa complexidade, para acusação desse nível de gravidade e para esse nível de intervenção na atividade econômica a **mera possibilidade, a posteriori, de apresentar impugnação está longe de ser demonstração de respeito ao direito de defesa.**

Em realidade, a demonstração de que há, como realidade material, uma situação de vínculo de emprego exigiria o *locus* constitucionalmente exigido para tanto: o processo jurisdicional em que se preserva a plenitude de todas as garantias processuais tais como o devido processo legal, o direito de defesa e o direito ao contraditório, o direito à produção ampla de prova, o direito de contradita, o direito a sentença motivada em termos judiciais, o direito ao duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção de inocência somente após o trânsito em julgado do processo (art. 5º, XXXVII, LIV, LV, LVII, § 2º, e art. 93, IX, da CF, além do art.8º do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado pelo direito positivo nacional por meio do Decreto 678/92).

⁴⁶ Processo nº 15504.729370/2016-02, Acórdão nº 2401-006.890, Relatora Luciana Matos Pereira Barbosa, julgamento em 10.09.2019: “Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresenta deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo de penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.”;

⁴⁷ Processo nº 2401-005.952, Acórdão nº 2401-005.952, Relator José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, julgamento em 17.01.2019: “Não há cerceamento do direito de defesa em razão de a fiscalização sustentar que determinadas provas se aplicam a inúmeros segurados, eis que a questão é saber se a prova apresentada é hábil ou não para comprovar todos os vínculos imputados.”;

Ademais, o fato de ser o ato do agente fiscal unilateral e auto-executável gera outras várias anomalias que são verdadeiras agressões também ao direito de defesa e às demais garantias processuais. Refere-se aqui especificamente à possibilidade de, por meio de um único ato unilateral, o auditor fiscal da Receita Federal lavrar auto de infração, apontando fraude ou simulação em um número altíssimo de situações concretas.

Recentemente, o CARF julgou processo no qual, por meio de uma única visita, o auditor fiscal reuniu 441 casos de alegada fraude. Como é possível individualizar as condutas e as situações nesse contexto? Como é possível imaginar o exercício regular do direito de defesa diante de auto de infração com essa dimensão?

Para isso, entretanto, a Delegacia da Receita Federal apresentou uma resposta, aceitando alegação genérica de fraude aplicável a todos os casos:

“.....
c) Não há que se falar em prejuízo ao exercício do direito de defesa ou exigir no caso presente a demonstração individualizada da situação de cada trabalhador, já que é possível verificar certas características relevantes que são comuns a todos os representantes comerciais, de modo que esses elementos padronizados permitem se chegar às mesmas conclusões em relação a todos os trabalhadores.
.....”⁴⁸

O Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, não contempla a proteção plena do direito de defesa bem como o respeito às demais garantias processuais para situação intromissiva como essa, servindo apenas como

⁴⁸ Processo nº 16682.720355/2015-11, Acórdão nº 2401.005.952, 4ª Câmara, Relator José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, pág. 10. Nesse caso, apesar de se ter tentado avaliar os casos de maneira mais detalhada, como tese, o CARF aceitou o argumento da Delegacia da Receita Federal: “Não há cerceamento do direito de defesa em razão de a fiscalização sustentar que determinadas provas se aplicam a todas os 441 segurados. A questão é saber se a prova apresentada é hábil ou não para comprovar todos os vínculos imputados...”;

regulador do processo administrativo fiscal para os limites de tratamento jurídico dos temas típicos do exercício do poder de polícia.

Aliás, é importante que se diga que o próprio CARF reconhece esse ponto indiretamente, quando fugindo da alegação de violação ao direito de defesa, afirma que está adstrito ao cumprimento da legislação de 1972:

“

O presente colegiado é incompetente para acolher a alegação de cerceamento do direito de defesa em razão de o processo administrativo fiscal não contempla a oitiva de testemunhas, eis que equivaleria a reconhecer a inconstitucionalidade do regramento traçado pela legislação federal por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A; e Súmula CARF nº 2).

.....”⁴⁹

Sendo assim, o empresário fica “preso” em uma verdadeira armadilha kafkiana: um dos grandes vícios do processo administrativo fiscal nas situações de caracterização de vínculo de emprego é a violação do direito de defesa (pelas razões acima indicadas), **mas essa alegação não pode ser levantada porque o CARF entende ser incompetente para analisá-la.**

Por isso, por essa lógica, **o respeito ao direito de defesa em situações de reconhecimento de vínculo empregatício pelo auditor fiscal da Receita Federal é reconhecidamente apenas uma ficção jurídica!**

Portanto, resta claro, em várias dimensões e ângulos, a violação ao direito de defesa e às garantias processuais (art. 5º, XXXVII, LIV, LV, LVII, § 2º, e art. 93, IX, da CF) nos casos em que se aceita que o auditor fiscal da Receita Federal tenha o poder de anular atos ou negócios jurídicos, assumindo a existência de vínculo de emprego.

⁴⁹ Processo nº 16682.720355/2015-11, Acórdão nº 2401.005.952, 4ª Câmara, Relator José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, pág. 24;

(4) Violação à legalidade administrativa e tributária (art. 5º, II; art. 37, caput; e art. 150, I, da CF)

O princípio da legalidade é um dos eixos que separaram as atividades desenvolvidas no contexto da esfera privada e o regime de direito público.

Para os agentes privados, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF). Esse é o princípio da legalidade em seu sentido clássico e tradicional, que encontra a sua origem no constitucionalismo histórico, na fase em que os direitos fundamentais eram substancialmente posições do indivíduo contra as ações arbitrárias do Estado. O princípio da legalidade, nessa faceta negativa, delimita até onde os agentes públicos podem ir e o que podem exigir do particular e das atividades econômicas desenvolvidas na esfera pessoal.

Porém, para a Administração Pública o princípio da legalidade deve ter uma aplicação diametralmente oposta para servir como real garantia contra arbitrariedades do exercício do poder político. Assim, os agentes públicos não podem agir senão nos estritos limites que a lei o determina, de maneira tal que atuações foram do texto da lei (e, portanto, com o aval do Poder Legislativo) são conceitualmente ilegítimas e atentatórias contra o âmbito de liberdade do cidadão.

Não é por outra razão que o Constituinte de 1987-1988 fixou o princípio da legalidade como um dos que vinculam estritamente “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 37, caput, da CF).

Para alguns ramos do Direito Público que se fazem representar por atuações específicas do Poder Público, a restrição imposta pelo princípio da legalidade é ainda mais especial e severa e, por isso, a Constituição de 1988 faz questão de destacar facetas exclusivas do princípio da legalidade. Dessa forma, é clássico o exemplo do Direito Penal que, no art. 5º, XXXIX, da CRF, encontra a sua específica dimensão da ideia de legalidade por meio da previsão

de que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Na linha dessa lógica, segue-se na Constituição uma série de “*reservas legais*” simples ou qualificadas, impondo deveres ao legislador ordinário e, assim, destacando a importância da lei para esse ramo do direito (art. 5º, XL, XLI, XLII, XLIII, XLV, XLVI, etc, todos da CF).

O mesmo se passa com o ramo do Direito Tributário. Fora do crime, é no Direito Tributário que melhor se vislumbra os limites entre o regime de direito público e as garantias de liberdade da esfera privada. O critério da abusividade ou equilíbrio da atuação da Administração Pública e de seus agentes se dá por meio da observação estrita do que está fixado em lei.

O art. 150, I, da CF, é verdadeira confirmação da posição de destaque e supremacia que o princípio da legalidade ocupa no funcionamento do Fisco, de sua prerrogativa de cobrar tributos e de toda a máquina pública de arrecadação e fiscalização.

É dizer com todas as letras que o princípio da legalidade, seja na sua aplicação à Administração Pública, seja na sua aplicação ao ramo do Direito Tributário, é fundamental critério idôneo para se medir e julgar a atuação do auditor fiscal da Receita Federal em sua atividade de fiscalização. Serve, portanto, para auto-controle administrativo de extensão dos poderes de intervenção do fiscal. E serve, acima de tudo, de padrão de julgamento para o empresário avaliar se é vítima de arbitrariedade ou se o comportamento do agente público está dentro dos limites constitucional e legalmente estabelecidos.

Ao auditor fiscal da Receita Federal não é dado o “direito” ou a “prerrogativa” de inferir eventual poder tácito ou implícito na legislação que regula a sua atividade. **Não pode esse servidor público, por meio de interpretações criativas e expansivas de suas atribuições listadas em *numerus clausus* (art. 6º, I, “a”, da Lei nº 10.593/2002) inventar outro poder, restringindo, de forma ilegal e inconstitucional, a liberdade do cidadão de desenvolver sua atividade econômica.**

Note-se que **não há sequer uma lei que expressamente preveja que o auditor fiscal da Receita Federal poderá reconhecer vínculo de emprego**. Basta uma leitura simples do art. 116, parágrafo único; art. 142 e art. 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN); do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991; do art. 3º, art. 4º e art. 9º, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT); e, finalmente, do art. 6º, I, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002, para se verificar que poder de tão ampla envergadura como esse **é sugerido pela legislação**.

Nota-se, de mais a mais, a criatividade e esforço hermenêutico do CARF para se concluir, a partir desses dispositivos comumente utilizados como *sedes materiae*, que o auditor fiscal da Receita Federal pode reconfigurar o esquema de contratação e parcerias da atividade econômica do empresário. É evidente a extrapolação total dos limites da legalidade estrita no campo do Direito Administrativo e do Direito Tributário.

Trata-se, portanto, de uma ilação apenas, fruto de uma hermenêutica tendenciosa que se ancora em três objetivos impertinentes e inconstitucionais: **(i)** aumentar a cobrança do Fisco e, assim, bater as famosas “metas” arrecadatórias; **(ii)** ampliar os ganhos dos bônus de eficiência para os fiscais; e **(iii)** empoderar o auditor fiscal, subjugando o empresário que se vê em situação precária de condenado informal, já que não lhe é permitido se defender antes da aplicação de penas pecuniárias e da condenação sumária de ser fraudador do sistema previdenciário.

O único dispositivo que parece sugerir essa atribuição do auditor fiscal (e, mesmo assim, não é clara ou literal) é o art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, ou seja, **ato normativo infralegal que não está amparado em qualquer lei ordinária**. Por esse motivo mesmo, essa ADPF sustenta a sua plena inconstitucionalidade, já que expande ilegitimamente as possibilidades de ação abusiva do fiscal e reduz, sem lei que o preveja, o espaço de liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica.

Em reforço da tese da violação ao princípio da legalidade, é importante destacar o que tem ocorrido, por exemplo, no campo da prestação de

serviços intelectuais por pessoas jurídicas, sejam eles de natureza científica, artística ou cultural, mesmo que de forma personalíssima.

Para essa hipótese, por exemplo, o legislador trouxe previsão específica no qual garante a plena incidência do regime previdenciário das pessoas jurídicas. É o art. 129 da Lei nº 11.196, de 21.11.2005, conforme já comentado. Entretanto, é notória a absurda revolta da fiscalização e do CARF que tenta, a todo custo, tangenciar o conteúdo desse dispositivo, negando-lhe vigência às escâncaras.^{50 51}

Por tudo isso, o entendimento do CARF acerca dos poderes do auditor fiscal da Receita Federal para reconhecer a existência de vínculo de emprego é claramente uma violação do **princípio da legalidade administrativa e tributária** (art. 5º, II; art. 37, caput; e art. 150, I, da CF), representando, ao contrário, verdadeira revolta do agente público e da autoridade administrativa contra a legislação, tentando ancorar a existência desse poder em um exercício genérico de interpretação criativo-principiológica.

(5) Violação à segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF)

Chega-se ao último ponto da argumentação em uma espécie de “fecho” de inconstitucionalidades.

O acúmulo das explícitas inconstitucionalidades que se apresentam como violações escancaradas a preceitos fundamentais clássicos

⁵⁰ Tanto é assim que hoje tramitam no STF duas ações do controle concentrado de constitucionalidade que questionam também esse entendimento do CARF e tentam confirmar a plena constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005, assegurando a sua plena vigência. Trata-se da ADPF nº 630, ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), e a ADC nº 66, ajuizada pela Confederação Nacional da Comunicação Social (CNCOM). Ambas as ações estão sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia;

⁵¹ São comuns os acórdãos do CARF que escancaram a opção de não aplicar o texto do citado artigo: Processo nº 16682.721233/2018-95, Acórdão nº 06-66915; Processo nº 10166.725263/2014-08, Acórdão nº 2201-003.717; Processo nº 11330.000196/2007-00, Acórdão nº 12-15.237; Processo nº 15504.720248/2014-09, Acórdão nº 2201-003.374, etc;

previstos na Constituição de 1988 constrói um cenário desalentador para o empresariado.

A mensagem é clara e explícita: para qualquer cidadão que queira empreender nesse país, a qualquer hora, a qualquer momento, em qualquer situação, é possível que um auditor fiscal da Receita Federal questione as suas razões de opção de um determinado modelo de contratação ou de negócio jurídico para a prestação de serviço, mesmo que de forma personalíssima.

Esse questionamento, pela gravidade de seu conteúdo e acusação e pela auto-aplicável eficácia da pena eleita pela fiscalização, poderá levar – como recorrentemente leva – à cobrança de valores retroativos desproporcionais, à exposição do nome de sua empresa, ao seu próprio constrangimento pessoal, à necessidade de demissões, à suspensão das atividades da empresa, aos aumentos insuportáveis do custo de funcionamento e, finalmente, à ruína de seu empreendimento.

Seu “direito de defesa” será garantido *a posteriori*, após longo trâmite do processo administrativo fiscal, mas seus argumentos dificilmente serão considerados, uma vez que as várias autuações que supõem a existência de relação empregatícia nunca consideram as razões comerciais, empresariais, econômicas e de produção para determinada forma de contratação, mas apenas leituras pobres, sisudas e tendenciosas de alguns textos legais, alimentadas pela volúpia arrecadatória do Fisco e de seus agentes.

Pergunta-se: esse é o ambiente que se supõe adequado para o desenvolvimento da livre iniciativa e para a liberdade de empreender? Há alguma garantia ao cidadão que queira optar por desenvolver atividade econômica? E mesmo que queira – como parece ser um traço de coragem da personalidade do brasileiro – assumiria ele um risco integral pelo seu negócio?

Após demonstrado que a tese do CARF usurpa competência jurisdicional da Justiça do Trabalho, agride a separação de poderes, diminui a essencialidade das garantias processuais, desrespeito a necessidade de

observância da legalidade estrita pela administração tributária, o cenário que resta é um só: **desolação institucional diante de um ambiente instável e imprevisível que somente expõe o particular à possibilidade de arbitrariedades do agente público.**

Não há explicação mais clara e precisa para a ideia de segurança jurídica do que essa. A segurança jurídica, que encontra o seu lastro constitucional no *caput* do art. 5º da CF, é a derradeira garantia do cidadão contra o Poder Público. Pior do que a instabilidade normativa, eventualmente caracterizada pela sucessão permanente de leis e confusão em relação aos seus efeitos, é a instabilidade em virtude da falta de leis que consigam regular com certeza e objetividade a ação do poder de polícia do Estado.

O tipo de interpretação que parece imperar no CARF é daquela espécie de hermenêutica que traz um ambiente desértico e inóspito para todos aqueles que queiram se arriscar a empreender, uma vez que são obrigados a calcular o incalculável e a assumir riscos que não podem avaliar as suas extensões. Em outras palavras, a violação ao princípio da segurança jurídica, é o sinal eloquente de que todos os demais preceitos fundamentais aqui indicados já foram desprezados, especialmente aqueles que protegem mais diretamente o cidadão empreendedor: a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, o livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 1º, IV; art. 5º, *caput*, XIII; art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF).

Sobreleva notar, por fim, que o reconhecimento das teses ora articuladas não conduzirá, evidentemente, a um vazio na defesa de direitos, a deixar desamparados trabalhadores hipossuficientes que tenham sido vítimas de fraudes com o objetivo de subtrair-lhes seus direitos fundamentais contemplados pelo Texto Constitucional. Antes, a afirmação das prerrogativas jurisdicionais da Justiça do Trabalho aqui defendida restituir-lhes-á o *locus* mais apropriado para compor eventuais lides trabalhistas, sem comprometer outras garantias com igual amparo constitucional.

VII. DO PEDIDO LIMINAR.

A cada dia que passa, naturaliza-se e se consolida a percepção de que o auditor fiscal da Receita Federal tem, de fato e de direito, poderes de caracterizar vínculo de emprego, anulando os atos e negócios jurídicos existentes, com base em um conhecimento rudimentar da legislação e jurisprudência trabalhista e no âmbito de um processo inquisitorial.

O efeito desse processo é devastador. Isso porque, no âmbito da carreira de auditor fiscal da Receita Federal, **o maior número de autos de infração lavrados parece ser entendido como demonstração de eficiência administrativa** e, portanto, motivo de orgulho na carreira e prestígio profissional.

Por outro lado, esse poder inconstitucional desequilibra o contexto dos processos de fiscalização tributária, fazendo com que o empresário se fragilize na relação com a Administração Pública e seus agentes. Por outro lado, encastela-se o auditor fiscal nessa posição que lhe atribui poder de vida e morte de uma empresa. Isso, por si só, não seria admissível em um Estado Democrático de Direito, mas ganha contornos dramáticos se consideramos toda uma carreira de auditor fiscal que se fortalece e, fortalecida, busca o reconhecimento de novas atribuições, renova o preconceito com o empresariado e consolida o discurso de estarem trabalhando contra a fraude e a simulação.

Um exemplo do fato de que a aceitação desse poder exagerado desvirtua a atuação da fiscalização tributária, transforma fiscais em super-agentes e tende a agregar às causas corporativas bandeiras evidentemente contrárias ao Estado Democrático de Direito **está no caso do “bônus de eficiência”, já anunciado no âmbito dessa ação.**

Após a decisão cautelar do TCU, em 07.08.2019, com alerta para o Ministério da Economia em que indica a suspensão de pagamento de bônus de R\$ 3 mil para os auditores fiscais da Receita Federal em virtude do bônus de eficiência (com custos de R\$ 1 bilhão por ano para o erário), a Receita Federal intimou o relator, Ministro Bruno Dantas a comprovar pagamento a um

médico cirurgião, em medida aparentemente adotada em retaliação à decisão do Tribunal.⁵²

Já do ponto de vista estrito da fiscalização, a Receita Federal, a todo ano, divulga o seu “*Plano Anual da Fiscalização*” para o ano seguinte, com informações das operações anteriores e resultados do trabalho e projeções para o ano seguinte⁵³. Todo o ano, a Receita Federal mantém e renova o “*Projeto Malha Fiscal Pessoa Jurídica*”, por meio do qual atua, de maneira planejada, na fiscalização de pessoas jurídicas para cobrança de valores de impostos e contribuições sociais. Dentre as possibilidades de ação no âmbito desse projeto, estão as iniciativas da fiscalização que geram autuações com a caracterização de vínculo empregatício.

Disso implica dizer que as lavraturas de autos de infração questionando, de maneira pejorativa, o que a Receita Federal chama da “pejotização” deverão continuar, já que a cada ano as operações se renovam.

Portanto, com o início do ano e os “objetivos” arrecadatários da Receita Federal, o comportamento inconstitucional dos auditores fiscais da Receita Federal será renovado e, assim, espera-se a continuidade desse estado inconstitucional de ação administrativa, com graves prejuízos à iniciativa privada e ao empresário, explorador de atividade econômica.

Assim, até que o STF venha a julgar, em definitivo, a ação ora proposta, é fundamental que se suspenda essa prerrogativa inconstitucional auto-reconhecida pelos auditores fiscais da Receita Federal, de forma a cessar imediatamente a ameaça à atividade empresarial e a usurpação de competência da Justiça do Trabalho.

Dessa forma, diante das prováveis e iminentes enxurradas de autuações tributárias com graves prejuízos ao empresário, resta plenamente

⁵² <https://www.conjur.com.br/2019-ago-11/receita-notifica-ministro-tcu-depois-decisao-bonus>

⁵³ <http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao>

configurada *o perigo da demora* (*periculum in mora*), pleiteando-se, de maneira cautelar, a:

- (i) imediata **suspensão da validade dos autos de infração** lavrados com base no reconhecimento de vínculo empregatício;
- (ii) **suspensão de tramitação dos processos administrativos** em tramitação em alguma Delegacia da Receita Federal ou no CARF e que tenham por objeto a lavratura de auto de infração em que se tenha reconhecido vínculo empregatício;
- (iii) **suspensão da exigibilidade dos créditos tributários** oriundos de autuações administrativas em que a fiscalização tributária tenha reconhecido a existência de vínculo empregatício; e, por fim, e
- (iv) **suspensão de todos os processos judiciais**, inclusive as execuções fiscais, que tenham como objeto ou preliminar o questionamento jurídico desse poder inconstitucional dos auditores fiscais da Receita Federal.

O *fumus boni iuris* já foi evidenciado ao longo de toda essa ação de descumprimento de preceito fundamental e se converge na verossimilhança das cinco alegações de inconstitucionalidades abaixo elencadas e já desenvolvidas:

(a) **Violação ao separação de poderes e à reserva jurisdicional da Justiça do Trabalho** - o reconhecimento de vínculo de emprego é prerrogativa exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme está previsto no art. 114, I e IX, da CF, já que, para essa finalidade, é preciso que a sentença de eventual reconhecimento tenha sido precedida de um devido processo legal, o respeito ao direito do contraditório e da ampla defesa, a ampla produção de provas (documental, testemunhal e por meio de interrogatório pessoal) e da possibilidade do duplo grau de jurisdição antes que a decisão possa ter efeito prático imediato;

O auto-reconhecimento administrativo de que a fiscalização tributária tem essa competência é clara usurpação da competência jurisdicional em violação à separação de poderes (art. 2º da CF);

(b) Violação às garantias processuais - A possibilidade de o auditor fiscal da Receita Federal, por meio de ato sumário e unilateral, adotado durante processo na fase inquisitorial, inviabiliza o exercício do direito pleno de defesa e, por consequência, agride a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, do art. 5º, da CF);

(c) Violação ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de empreender - O exagerado poder, auto-reconhecido pela fiscalização tributária, é um atentado aos princípios da livre iniciativa e, da livre concorrência (art. 1º, IV; e art. 170, *caput*, IV, e parágrafo único, da CF), uma vez que se constitui em evidente constrangimento à liberdade de empreender (art. 5º, *caput*, da CF) e à liberdade de optar por modelos jurídicos mais adequados e compatíveis com a atividade econômica desenvolvida, sem que seja acusado gratuitamente de fraude ou simulação por pressupostos conceituais ou suposições fantasiosas do auditor fiscal da Receita Federal;

(d) Violação à legalidade administrativa e tributária - a Administração Pública somente pode atuar com base no princípio da legalidade (art. 5º, II; e art. 37, *caput*, da CF), uma vez que o exercício do poder de polícia representado pela fiscalização tributária define, de fato e de direito, os limites de ação da esfera privada e do Poder Público. A legalidade tributária (art. 150, I, da CF) funciona como verdadeira restrição a uma atuação subjetiva e voluntariosa da fiscalização tributária, proibindo que sua forma de agir no regime público ocorra com base em interpretação genérica e criativa de dispositivos de lei; e

(e) Violação à segurança Jurídica - A possibilidade de atuação da fiscalização tributária por meio de suposições abertas de artigos de lei agridem as legítimas expectativas do empresário e do agente privado de se desenvolver em ambiente de segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF). Sem segurança jurídica não há estabilidade e previsibilidade capaz de incentivar o investimento empresarial e a assunção de riscos pela atividade econômica.

Tais argumentos demonstram que há clara fumaça do bom direito presente a ponto de sustentar a adoção da medida cautelar de suspensão de todos os atos de fiscalização tributária (bem como processos administrativos e judiciais e a exigibilidade dos créditos tributários oriundos desses processos)

72

que venham a aumentar a carga tributária das empresas com base em uma suposição precária e unilateral de um auditor fiscal da Receita Federal.

Em adição, é importante destacar que não se observa no caso a situação de risco reverso para o deferimento da medida cautelar. É que a suspensão da forma como aqui está sendo requerida, em nada restringe ou ameaça a atuação do auditor fiscal da Receita Federal que continua livre para exercer, com plenitude e desembaraço, as atribuições previstas no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06.12.2002. Os auditores somente não poderão reconhecer de plano o vínculo empregatício com base nas razões aqui expostas, devendo, no processo fiscalizatório, coletar as provas documentais e indiciárias que entenda serem demonstrações de fraude de contratação e endereça-las à Advocacia-Geral da União para o ingresso, na Justiça do Trabalho, da devida ação declaratória de vínculo de emprego.

Por tais razões, a ABIMO requer a concessão de medida cautelar, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, em consonância com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, para suspender todos os atos administrativos, processos administrativos e judiciais que tratem do tema, bem como da exegibilidade do crédito tributário oriundos desses atos administrativos ou processos.

VIII. PEDIDOS.

Ante o exposto, considerando todos os argumentos e questões colocadas acima nessa ação de descumprimento de preceito fundamental, a **ABIMO** vem à presença de Vossa Excelência requerer, preliminarmente:

- (1) o conhecimento da presente ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
- (2) alternativamente, se se entender que o objeto da presente ação somente pode ser tratado no âmbito de uma ação direta de constitucionalidade,

a conversão da presente ADPF em ADI com base no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999 (princípio da fungibilidade), conforme já decidiu o STF⁵⁴;

(3) a concessão de medida cautelar pelo Relator, *ad referendum*, do Plenário deste Tribunal (art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999), em consonância com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, até o julgamento final da presente ADPF, para se determinar:

(3.a.) a suspensão da validade de todos os autos de infração lavrados por auditores fiscais da Receita Federal em que se tenha, direta ou indiretamente, reconhecido vínculo de emprego – ou tenha pressuposta a sua existência – para o fim de caracterizar a figura do “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999) e, assim, apurar e cobrar eventuais contribuições sociais, demais tributos e multas;

(3.b.) a suspensão de todos os processos administrativos em tramitação nas Delegacias da Receita Federal e no âmbito do CARF e que tenham por objeto a legalidade e regularidade de autos de infração lavrados por auditores fiscais da Receita Federal em que se tenha, direta ou indiretamente, reconhecido vínculo de emprego – ou tenha pressuposta a sua existência – para o fim de caracterizar a figura do “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999) e, assim, apurar e cobrar eventuais contribuições sociais, demais tributos e multas;

(3.c.) a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários oriundos de decisões administrativas, mesmo que transitadas em julgado no âmbito administrativo, que tenham por objeto por objeto a legalidade e regularidade de autos de infração lavrados por auditores fiscais da Receita Federal em que se tenha, direta ou indiretamente, reconhecido vínculo de

⁵⁴ ADPF nº 72, relatora Ministra Ellen Gracie, questão de ordem examinada em 01.06.2005 (DJ 02.12.2005); ADI nº 4.180, relator Ministro Cezar Peluso, questão de ordem examinada em 10.03.2010 (DJe 16.04.2010); ADI nº 4.163, relator Ministro Cezar Peluso, 29.02.2012 (DJe 01.03.2013); ADI nº 4.277, relator Ministro Ayres Britto, 05.05.2011 (DJe 14.10.2011);

emprego – ou tenha pressuposta a sua existência – para o fim de caracterizar a figura do “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999) e, assim, apurar e cobrar eventuais contribuições sociais, demais tributos e multas;

(3.d.) a suspensão de todos os processos judiciais que questionem a constitucionalidade, legalidade ou regularidade de autos de infração lavrados por auditores fiscais da Receita Federal em que se tenha, direta ou indiretamente, reconhecido vínculo de emprego – ou pressuposta a sua existência – para o fim de caracterizar a figura do “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999) e, assim, apurar e cobrar eventuais contribuições sociais, demais tributos e multas;

(4) a solicitação de informações às autoridades responsáveis pela legislação citada e que vem sendo deturpada pela interpretação inconstitucional aqui indicada, bem como ao CARF em virtude de seu entendimento, no prazo de 10 (dez) dias (art. 5º, § 6º, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999), e a oitiva sucessiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

No mérito, a **ABIMO** requer:

(5) seja julgada procedente o pedido, confirmada a concessão da medida cautelar (liminar), para:

(5.a.) a declaração de inconstitucionalidade do entendimento da fiscalização tributário-previdenciária representada aqui pela linha de interpretação consolidada no CARF (e reafirmada por julgados do Poder Judiciário) de que o auditor fiscal da Receita Federal tem competência para reconhecer vínculo de emprego – ou supor a sua existência – e, em virtude disso, desconsiderar atos ou negócios jurídicos legítimos, sem a manifestação prévia da Justiça do Trabalho, para fins de caracterização de “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999) e, assim, cobrança e apuração de contribuição sociais, demais tributos e multas;

- (5.2.) a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação dos arts. 116, parágrafo único; 142 e 149, IX, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN); do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991; dos arts. 3º, 4º e 9º, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (CLT); e do art. 6º, I, da Lei nº 10.593, de 06.12.2002, que levem à conclusão de que o auditor fiscal da Receita Federal tem competência para reconhecer vínculo de emprego – ou supor a sua existência – e, em virtude disso, desconsiderar atos ou negócios jurídicos legítimos, sem a manifestação prévia da Justiça do Trabalho; e
- (5.3.) A declaração de inconstitucionalidade do art. 229, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999;

Tudo com a conseqüente anulação dos autos de infração e autuações realizadas pelos auditores fiscais da Receita Federal em que se tenha reconhecido vínculo de emprego – ou tenha pressuposta a sua existência - e assim, desconsiderados atos ou negócios jurídicos legítimos, sem a manifestação prévia da Justiça do Trabalho, para fins de caracterização de “segurado empregado” (art. 9º, I, “a”, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999), com subsequente cobrança e apuração de contribuição sociais, demais tributos e multas.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 para efeitos meramente procedimentais e de processamento.

Nesses termos,

Pede Deferimento.

Brasília-DF, 16 de janeiro de 2020

GÁUDIO RIBEIRO DE PAULA

OAB/DF 49.080

PEDRO CAMPANA NEME

OAB/DF 37.387

RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN

OAB/DF 23.866

BRASÍLIA

SQN, Qd. 02 – Executive Office Tower – Salas 405/407
Asa Norte – Cep: 70702-906 – Telefone: (61) 3306-1023
4200

SÃO PAULO

Alameda Santos, 2.326 – 3º Andar - Conjuntos 31/32
Cep: 01418-200 – Jd. Paulista – Telefone: (11) 2476-