



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 37314.000526/2005-89
Recurso nº 259.076 Voluntário
Acórdão nº 2301-02.027 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2011
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente JOÃO PEREIRA DA SILVA NETO PIRAPOZINHO ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/2004 a 30/01/2005

Ementa: RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

Não restou comprovada, nos autos, a ocorrência da situação que enseja o reembolso do salário maternidade.

DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO–

Na ocorrência da simulação, é atribuída à fiscalização a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio De Souza Correa, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição do valor excedente do salário maternidade concedido à segurada empregada, em relação ao valor devido sobre a folha de pagamento.

Em seu requerimento (fls. 02), a empresa informa que o valor devido à Previdência é menor que o valor pago para a funcionária referente ao salário maternidade.

O processo foi encaminhado à autoridade fiscal que, após análise do processo e realização de diligência, sugeriu o indeferimento do pleito, nos termos da Informação Fiscal de fl. 93, informando que foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais, tendo em vista que restou tipificado, em tese, o crime de Falsificação de Documento Público previsto no art. 297, § 30 do Decreto - Lei nº 2.848/40 - Código Penal,

A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio do Despacho de fls. 102, indeferiu o pedido de restituição, acatando o parecer da fiscalização e a empresa, inconformada com a decisão da Autarquia Previdenciária, apresentou recurso tempestivo (fl. 107), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, pondera que é inquestionável que houve o nascimento de uma criança, conforme faz prova a cópia da inclusa Certidão de Nascimento, e que restou comprovado, através do registro em CTPS e recolhimentos de encargos sociais, que a genitora da criança, Silvia Regina Batista Martines, era empregada segurada do INSS.

Sustenta que, tendo em vista o Decreto n.º 3.048, de 06/05/99, que prevê à assegurada empregada, à trabalhadora avulsa, e mesmo à doméstica, o direito à licença-gestante de 120 dias, há que ser reconhecida a existência do direito de ressarcimento, lembrando a pertinência da matéria com o artigo 5º, I, da Constituição Federal e com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Em relação ao quadro comparativo elaborado pelo Sr. Auditor Fiscal, esclarece que não obrigatoriamente as compras foram realizadas naquela proporção, já que o comércio tem variáveis de acordo com o período e que nada impede que os micro-empresários, para não verem seu pequeno negócio chegar a uma situação de falência, contribuam com recursos da pessoa física para o suprimento das despesas.

Informa que o fundador da empresa, conforme se comprova com a juntada dos inclusos documentos, dispunha de proventos advindos de sua função de Sargento da Polícia Militar-inativo, e que foi em razão dessa situação; ou seja, dispor dos recursos próprios para fazer frente às despesas, que o proprietário decidiu fechar as portas, no início do ano de 2005.

Entende que o fato de na vizinhança não se lembrarem de uma funcionária que tenha trabalhado em um pequeno comércio que fechou suas portas há mais de um ano não pode trazer certeza de nada, pois como se sabe, a memória do povo é "curta", conforme lembremos dos acontecimentos que envolvem a nossa política.

Alega que junta as fotografias da funcionária, Silvia Regina, fazendo atendimento a clientes no local e frisa que não existem quaisquer impedimentos para que se coloque a esposa para trabalhar no comércio do marido, pois, se há que se pagar salário a um estranho, por que não pagar para a mulher que se dedica ao empreendimento.

Assevera que resta claro e cristalino que a empregada fez suas contribuições à previdência Social, devendo, portanto, haver o pagamento do salário maternidade e que a notificação recebida pelo fundador da empresa, negando o pedido de reembolso e o condenando à multa, causou-lhe verdadeiro pânico, já que, conta com poucos recursos de PM inativo, sem a menor condição de arcar com despesa de tamanha proporção.

Questiona o valor da multa aplicada, vez que menciona o incluso Relatório Fisca, a inexistência das circunstâncias agravantes ou ocorrência de reincidências previstas no Regulamento da Previdência Social — RPS, portanto, o montante aplicado parece um tanto alto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora.

Trata-se de pedido de reembolso de salário maternidade, pago pela empresa recorrente a segurada empregada.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Inicialmente, a recorrente pondera que é inquestionável que houve o nascimento de uma criança e que restou comprovado, através do registro em CTPS e recolhimentos de encargos sociais, que a genitora da criança, Silvia Regina Batista Martines, era empregada segurada do INSS.

Porém, em diligência realizada no local e nos sistemas informatizados da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, a fiscalização constatou que a segurada empregada, cuja licença maternidade ensejou o presente pedido, foi contratada em 01/04/2004, quando já se encontrava grávida, já que o nascimento de sua filha com o dono da empresa se deu em 01/10/2004, e foi demitida um mês após o término de sua licença..

Constatou-se, ainda, que ela era a única empregada da requerente e era, à época, conforme afirmado pela própria recorrente em sua peça recursal, a mulher do dono da empresa.

Verificou-se que o salário pago a essa única empregada contratada pela empresa era de R\$1.500,00, ou seja, bem superior à retirada mensal de pró-labore, e que o valor da folha de pagamento, somado às despesas de compras, era maior que a receita mensal auferida pela microempresa.

A recorrente se defende alegando que não obrigatoriamente as compras foram realizadas naquela proporção, já que o comércio tem variáveis de acordo com o período. e que nada impede que os micro-empresários, para não verem seu pequeno negócio chegar a uma situação de falência, contribuam com recursos da pessoa física para o suprimento das despesas.

Contudo, da análise dos fatos apresentados, o que a fiscalização verificou foi a existência de uma simulação no procedimento de contratação de empregada pela recorrente.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidiendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

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

.....

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular a contratação de um empregado, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

Os fatos relatados pelo agente fiscal demonstram que houve a simulação de prestação de serviços entre a segurada empregada e a pessoa jurídica da qual o marido da segurada era, à época, o dono.

A recorrente argumenta que há que ser reconhecida a existência do direito de ressarcimento, tendo em vista o Decreto nº 3.048/99, que prevê à assegurada empregada, à trabalhadora avulsa, e mesmo à doméstica, o direito à licença-gestante de 120 dias, lembrando que, conforme o artigo 5º, I, da Constituição Federal, devem ser eliminadas todas as formas de discriminação contra a mulher.

Contudo, em nenhum momento a fiscalização negou esse direito às mulheres, mas apenas constatou, no caso presente, a ausência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre a mulher do dono da empresa, grávida, e a contratante dos serviços.

Aplica-se, portanto, ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

A interessada defende que nada impede que o dono da empresa contrate sua própria mulher para trabalhar em seu negócio e o fato de na vizinhança não se lembrarem de uma funcionária que tenha trabalhado em um pequeno comércio que fechou suas portas há mais de um ano não pode trazer certeza de nada, pois como se sabe, a memória do povo é "curta".

Porém, todos esses fatos, aliados aos demais narrados pela fiscalização, reforçam a convicção de que inexistiu a contratação de fato de empregado, tratando-se de uma simulação para receber indevidamente benefício da Previdência Social.

Quanto aos argumentos sobre o valor da multa aplicada, cumpre observar que tal matéria é estranha ao processo sob análise, que trata de pedido de restituição, não havendo que se falar em multa.

A recorrente deve demonstrar seu inconformismo em relação à multa no processo que discute o lançamento, e não nos autos que trata de pedido de restituição.

Nesse sentido,

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

