



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.000045/2005-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.039 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 06 de novembro de 2020
Recorrente HAGA L CALÇADOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Data do fato gerador: 19/11/2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO POR INTERPOSTAS PESSOAS. CARACTERIZAÇÃO.

Os fatos apontados no processo, tomados em conjunto, levam a conclusão que os sócios formais da contribuinte não são os verdadeiros proprietários da mesma, situação típica da constatação deste tipo de arranjo simulatório, no qual as pessoas físicas listadas no contrato social não são as verdadeiras constituidoras da empresa, mas apenas incluídas no Contrato Social para revestir de aparente legalidade o ato. Ficando caracterizado, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas, e pelo fato dos verdadeiros sócios da Recorrente não serem as sócias formais, incide na vedação prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/96, devendo ser mantida a exclusão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para manter a exclusão da contribuinte do SIMPLES Federal, mas com efeitos a partir de 19 de novembro de 2002.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 15-28.138, de 30 de agosto de 2011, da 4ª Turma da DRJ/SDR, que considerou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente contra o ADE - Ato Declaratório Executivo nº 055, de 07 de maio de 2009, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau que a excluiu do SIMPLES Federal.

A contribuinte foi excluída do SIMPLES Federal por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 55, de 07/05/2009 da DRF/Blumenau/SC, que decorreu de uma representação fiscal de parte de fiscalização previdenciária. A acusação fiscal foi que a empresa teria sido constituída por pessoas físicas que apenas cederam os seus nomes para constituição da empresa, sem serem os seus verdadeiros sócios.

Contra a exclusão a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, cujos fundamentos foram assim sintetizados no relatório do acórdão da 4ª Turma da DRJ/SDR:

1. A empresa foi excluída de forma arbitrária pela suposta hipótese de constituição por interpostas pessoas, conforme argumento da Representação Fiscal pautado presumidamente em razão das alterações contratuais ocorridas na sociedade, bem como o fato de um dos sócios da empresa já ter sido sócio de outra empresa do mesmo ramo.
2. Desde 1997, a impugnante atua no ramo de fabricação de calçados de couro, tendo como sócios a Sra. Maria Hames Lopes e o Sr. Luiz Carlos Lopes, e situada até o ano de 1999 na Rua Augusto Maffezoli, bairro Carmelo, São João Batista/SC, fundos da residência dos sócios acima.
3. Em razão da alienação das quotas da sociedade para os novos sócios, Sr. João Batista de Castro e Sra. Ivone Pedro Gambeta de Castro, foi realizada a alteração de seu endereço para a Rua Carmelo, 1648, São João Batista/SC.
4. Por atuar no ramo calçadista, a impugnante prestava serviços também para a Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, atuando em parte de seu processo produtivo, emitindo assim as notas fiscais dos serviços prestados.
5. De acordo com a fiscalização, em face de um dos sócios da impugnante já ter figurado como empregado na indústria ditada acima, este considerou que houve constituição de interpostas pessoas para ocultar os verdadeiros sócios da empresa. Embora não exista na legislação qualquer vedação quanto aos sócios já terem figurado como funcionário em qualquer outra empresa com registro funcional.
6. A verdade real dos fatos é que os sócios Sra. Maria Hames Lopes e o Sr. Luiz Carlos Lopes, insatisfeitos com a lucratividade da empresa, pelas dificuldades de se manter no pólo calçadista em São João Batista bastante competitivo. Então, ciente de que os sócios da manifestante iriam fechar as portas, e não mais prestar seus serviços para a Indústria de Calçados Suzana Santos, o Sr. João Batista de Castro, ainda funcionário dessa indústria, fez a proposta para o sócio Luiz Carlos Lopes dar continuidade aos trabalhos, adquirindo as cotas da sociedade, pois o mesmo tinha experiência no ramo. E assim o fizeram, conforme alterações contratuais da manifestante, já

informadas pelo Fisco no relatório que tenta fundamentar o ADE de exclusão do Simples Federal.

7. Então, os ex-sócios da empresa impugnante, Sra. Maria Hames Lopes e o Sr. Luiz Carlos Lopes, após a retirada da sociedade, voltaram a trabalhar como funcionários de outras empresas. Apesar disso, a própria fiscalização em seu relatório, reforça que, na época em que estavam à frente da impugnante mantiveram com a Previdência Social a relação de segurados empresários, e que, portanto, não prospera a alegação de que sua constituição se deu por interpostas pessoas com o fito de se beneficiar no que tange a tributação, haja vista que os mesmos atuavam como empresários no ramo.
8. Por outro lado, o Sr. João Batista pediu demissão, deixando de ser funcionário e tornou-se sócio da manifestante, situação essa também não vedada na legislação, ficando nessa situação de fevereiro de 2001 a novembro de 2002, prestando serviços para a Indústria de Calçados Suzana Santos. E todos esses atos foram registrados na junta comercial.
9. Em razão de dificuldades financeiras, o Sr. João Batista, sócio da manifestante, resolveu alienar suas cotas e, como o mesmo já havia trabalhado dentro da indústria ofereceu as cotas a Sra. Sebastiana Tamanini, também funcionária, que conforme alteração contratual datada de novembro de 2002 se tornou sócia da impugnante, juntamente com o Sr. Anderson Tamanini. Assim, não prosperam as alegações de que a manifestante foi constituída por interpostas pessoas com o fim de obter quaisquer benefícios, pois inexiste nos autos sequer documentos legais que comprovem o arguido como base para a exclusão, ciente de que a mera suposição não pode servir de parâmetro para a vedação ao Simples Nacional.
10. Outra alegação improcedente é o fato de relacionar a suposta constituição por interpostas pessoas com base numa procuração assinada pela representante legal da manifestante transferindo poderes para ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, administrar a empresa em seu nome, uma vez que não há qualquer irregularidade nisso, de acordo com o disposto no art. 653 do Código Civil (CC).
11. Outro fato pontuado pela fiscalização como tendencioso a caracterizar a constituição por interpostas pessoas foi a redução dos empregados no quadro funcional da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos. Mas esse fato deveu-se à crise do mercado, forçando aquela empresa a reduzir custos operacionais, através de redução de mão de obra e de terceirização de algumas atividades, a fim de manter a competitividade no mercado. Logo, não se sustenta a tese imposta pela fiscalização calcada no aumento do número de funcionários da manifestante para caracterizá-la como empresa constituída por interpostas pessoas.
12. Ainda que se leve em conta o fato de que a Receita Federal se pautou em informações inconclusas e inverídicas para excluir a manifestante do Simples, torna-se mais alarmante o fato de que a exclusão de ofício é retroativa à 01/01/1999, ou seja, a 10 anos anteriores a própria expedição e ciência do ADE. Ora, não se pode pretender que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária sejam suportados pela impugnante antes mesmo da sua própria ciência. Do contrário, não estarão sendo respeitados os

princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem contar o princípio da irretroatividade.

13. Ademais, que torna questionável a retroatividade da exclusão é o fato de que a situação, conforme a Fiscalização, pauta-se especificamente na declaração da sócia Sebastiana que afirma que a empresa encontra-se em nome dela em razão de acerto com o ex-patrão, Sr. Almir Atanázio.
14. Efetivamente, a Sra. Sebastiana também foi funcionária da Indústria de Calçados Suzana Santos, tendo a mesma repassado a administração para o nome do Sr. Almir, por conveniência, haja vista que estava com problemas em administrar a sociedade. Até foi oferecido ao Sr. Almir entrar na sociedade da manifestante, mas o mesmo não aceitou para não misturar as situações, já que esta prestava serviços para a sua empresa. Dessa forma, ficou a impugnante sob a administração do Sr. Almir, com o consentimento da Sra. Sebastiana, sócia na época dos fatos. Assim, voltando à questão da retroatividade, se a situação da constituição por interpostas pessoas se sustentou na declaração feita pela Sra. Sebastiana, é óbvio que a exclusão deveria ser dar no máximo, a partir da entrada da sócia na empresa, em 19/11/2002, e não desde a sua opção pelo Simples Federal em 01/01/1999.
15. Portanto, inexistindo qualquer prova robusta de convicção de que a constituição por interpostas pessoas se deu desde o início da sociedade, e como já afirmado pela fiscalização, o entendimento pautou-se após a entrada da Sra. Sebastiana na sociedade, em 19/11/2002, requer-se que a exclusão, se mantida, seja somente a partir do mês subsequente a data do protocolo da alteração contratual na Junta Comercial.

Em face do exposto, requer o cancelamento do ADE e o restabelecimento da opção pelo Simples Federal.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente pela 4ª Turma da DRJ/SDR pelos seguintes motivos:

[...]

Conforme descrito na 1ª Alteração Contratual da Sociedade (fls. 11/13), registrada em 06/02/2001, entraram como sócios da manifestante a Sra. Ivone Pedro Gambeta de Castro (CPF nº 668.003.589-91) e o Sr. João Batista de Castro (CPF nº 593.519.509-72), sendo que a primeira adquiriu 95% das quotas no valor de R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais) e o segundo com as restantes 5% no valor de 300,00 (trezentos reais).

Na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF) a Sra. Ivone informou que não obteve qualquer rendimento no ano-calendário de 2000 (fls. 100/101). Já o Sr. João Batista informou que recebera R\$ 3.009,53 da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos Ltda (CNPJ nº 00.463.035/0001-67) pertencente ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos (fls. 102/103).

A DIRPF-2001/2000 entregue pela sócia Ivone Pedro Gambeta de Castro, admitida na empresa manifestante em 06/02/2001, revela que esta não declarou recursos para adquirir os 95% das quotas da Haga L. Calçados Ltda.

Consta na 2ª Alteração Contratual (fls. 14/15), registrada em 19/11/2002, a Sra. Sebastiana Gonçalves (CPF nº 038.126.879-92) adquiriu 90% das quotas da empresa HAGA no valor de 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) e o Sr. Anderson Tamanini (CPF nº 032.822.559-26) ficou com 10% no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), transferidas pelos até então sócios Ivone Pedro Gambeta de Castro e João Batista de Castro.

No entanto, os dois novos sócios da manifestante a partir de 19/11/2002, não entregaram a DIRPF do exercício de 2002, ano-calendário 2001, denotando que não possuíam recursos em valor suficiente para aquisição das quotas da empresa manifestante, sobretudo no que tange à Sra. Sebastiana Gonçalves. Os dois sócios passaram a entregar DIRPF a partir do exercício de 2003, como se verifica nas telas anexas (fls. 90/96).

Na DIRPF do EX/2003, AC/2002, a Sra. Sebastiana informou que recebera rendimentos tributáveis no valor de R\$ 7.096,89, proveniente da empresa manifestante.

Consta que a Sra. Sebastiana foi funcionária da manifestante (Haga Calçados Ltda) de 01/08/2000 até 03/10/2002.

Os sócios Sebastiana Gonçalves e Anderson Tamanini permaneceram na sociedade até 26/05/2009, quando venderam as suas quotas para Graziela Carla Macaes (99%) e Cláudia Maciel (1%), segundo consta da 5ª Alteração Contratual (fls. 57/60).

Vale destacar que até a 5ª Alteração Contratual o valor do capital social não se valorizou, permanecendo a totalidade das quotas com o valor original de R\$ 6.000,00, em que pesem as negociações envolvendo entrada e saída de sócios acima mencionadas.

Quanto ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, admite-se na própria manifestação de inconformidade: (i) a existência de procuração repassada pela representante legal da HAGA, Sra. Sebastiana Gonçalves, transferindo poderes para o Sr. Almir administrar em seu nome a dita empresa; (ii) redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, havendo, em contrapartida, aumento do número de funcionários da HAGA, na administração do mencionado mandatário; (iii) depoimento da Sra. Sebastiana Aparecida Gonçalves informando que a empresa HAGA estava no seu nome devido a um acordo com o seu ex-patrão Almir Manoel Atanázio dos Santos, sem que houvesse nenhum desmentido; (iv) as pessoas que entraram como sócios na empresa HAGA não demonstraram disponibilidade de rendimentos para fazer frente à aquisição de quotas do seu capital social, sendo, em sua maioria, conforme demonstrado na Representação Administrativa e seus anexos, ex-funcionários da HAGA e/ou da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, esta de propriedade do Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos.

Esses fatos, em seu conjunto, comprovam que a Sra. Sebastiana Aparecida Gonçalves não é de fato sócia majoritária da empresa manifestante (assim como outras pessoas citadas no contrato social e alterações), caracterizando interposta pessoa nos termos do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996, que fundamenta a exclusão de ofício do Simples Federal.

Quanto ao efeito da exclusão, entendo que deve ser mantido a partir de 1º/01/1999, nos termos do ADE nº 55/2009, eis que os documentos anexos à Representação Administrativa, às fls. 09/35, comprovam que a situação excludente remonta ao ano-calendário de 1999, quando a interessada efetivou a opção pelo Simples Federal.

Contra o acórdão a Recorrente apresentou recurso voluntário onde alegou:

-que a decisão atacada, sustenta que o Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos não poderia ser administrador temporário da empresa Recorrente, com procuração outorgada pela Sócia Sebastiana Gonçalves Tamanini, na época dos fatos. Além de afirmar que o art. 653 do CPC não dá respaldo legal para o efeito. Servindo assim de mote para a suposição de sociedade constituída por interpostas pessoas;

-que o fundamento probatório da referida decisão se deu através de suposições sobre o valor das cotas constantes nos contratos sociais; a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos e o aumento do número de funcionários da Recorrente durante a administração provisória do Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos; um depoimento pessoal colhido da ex-sócia Sebastiana Gonçalves Tamanini e pelo fato das pessoas que entraram como sócias na empresa Recorrente não terem rendimentos para fazer à aquisição das quotas do seu capital social;

-que tais fatos não seriam capazes de comprovar que a Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini não era de fato a sócia majoritária da Recorrente (assim como outras pessoas citadas no contrato social e alterações), para caracterizar interpostas pessoas nos termos do art. 14, inciso IV, da Lei nº. 9.317, de 1996, que fundamenta a exclusão de ofício do Simples Federal. Destaca-se que nem mesmo condiz com a realidade dos fatos, sendo meras suposições genéricas, sem qualquer especificação;

-que não merece guarida a afirmação de que a DIRF-2001/2000 entregue pela sócia Ivone Pedro Gambeta de Castro, admitida na empresa manifestante em 06/02/2001, revela que esta não declarou recursos para adquirir os 95% das quotas da Haga L. Calçados, uma vez que mesmo desobrigada, a pessoa física pode apresentar a declaração, e se a Sra. Ivone percebeu em 2000 a quantia de até R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), é notório que no ano de 2001 a mesma realizou a aquisição das quotas, posto que o valor é percebido em ano anterior é superior a quantia de R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais) ao que recebeu no ano anterior;

-que sabendo que os sócios primários da empresa Recorrente iriam encerrar as atividades, e não mais prestar serviços terceirizados a indústria de calçados do pólo de São João Batista, o Sr. João Batista de Castro, quando ainda era funcionário dessa indústria fez uma proposta para os então sócios para adquirir as cotas da sociedade, pois o mesmo tinha experiência no ramo, e não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação quanto aos sócios já terem figurado como funcionários em qualquer empresa com registro funcional, ou seja, com carteira profissional assinada;

-que o Sr. João Batista pediu demissão, deixando de ser funcionário e tornou-se sócio da Recorrente, situação essa também não vedada na legislação, ficando nessa situação de fevereiro de 2001 a novembro de 2002, prestando serviços para a indústria de calçados do pólo de São João Batista;

-que conforme destacado pelo Auditor Fiscal, os sócios primários da empresa Recorrente, Sra. Maria Hames Lopes e o Sr. Luiz Carlos Lopes, após a retirada da sociedade, voltaram a trabalhar como empregados em outras empresas. Ainda na época em que estavam à frente da empresa, mantiveram com a Previdência Social a relação de segurados empresários, e que, portanto, não prospera a alegação de que sua constituição se deu por interpostas pessoas com o fito de se beneficiar no que tange a tributação, haja vista que os mesmos atuavam como empresários do ramo de confecções;

-que todos os atos foram devidamente registrados na junta comercial, portanto amplamente público e notório;

-que em razão de dificuldades administrativas, o Sr. João Batista de Castro e a Sra. Ivone Castro, sócios da Recorrente, resolveram alienar suas costas e, ofereceram a funcionária Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini e ao Sr. Anderson Tamanini, que também atuavam no ramo de calçados e desejavam empreender;

-que o Fisco alega que os dois novos sócios, não entregaram a DIRPF do exercício de 2002, ano-calendário 2001, denotando assim que não possuiriam recursos em valor suficiente para aquisição das quotas da empresa Recorrente;

-que a pessoa física, mesmo desobrigada, pode apresentar a declaração. Novamente, destaca a facultatividade da entrega de Declaração por parte daqueles que não estão obrigados, e este fato não aduz que Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini e Sr. Anderson Tamanini, não teriam renda para adquirir as costas que totalizam R\$ 6.000,00 (seis mil reais), ficando apenas no plano da suposição. Assim, não haveria nenhuma prova que comprove a alegação do Fisco;

-que o fato de a Sra. Sebastiana Tamanini, também ter figurado como funcionária, antes do período de tornar-se sócia, não representa qualquer afronta ao sistema jurídico brasileiro, pois não há vedação para tal;

-que o acórdão ora recorrido sustenta a suposta constituição por interpostas pessoas com base na existência de procuração outorgada pela representante legal em nome ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos;

-que o sócio de uma empresa tem plenos poderes para assinar mandato no sentido de repassar a terceiros a administração da empresa, não existindo impedimento legal a respeito. O Código Civil traz em seu corpo, disposição acerca do mandato

-que é cristalino que a Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini em nada infringiu a legislação ao tornar mandatário o Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, em razão de todos os trâmites terem ocorrido de acordo com a lei, ou seja, quando o interessado na execução de determinado negócio jurídico, seja por qualquer razão, não pode ou não quer praticá-lo, tem a faculdade de efetuar-lo por meio de outrem, o que ocorreu *in casu*;

-que cabe destacar que a Lei 9.317/96 em nenhum momento, fazia restrição ao fato de ser sócio de uma empresa diversa e administrar empresas optantes pelo Simples Federal, vedação essa que somente foi incluída com a Lei Complementar 123/2006, o Simples Nacional,

não podendo dar efeitos *ex tunc* a uma legislação que não existia à época dos fatos, sob pena de retroatividade em prejuízo ao contribuinte;

-que o suposto fato pontuado pela fiscalização e sustentado no Acórdão ora recorrido, é a tendência da caracterização da constituição por interpostas pessoa mediante a alegação de que o simples fato da redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos e o aumento do número de funcionários da Recorrente, ensejariam a caracterização de transferência de funcionários;

-que não há conjunto probatório algum, pois o Fisco genericamente aponta um fato que pode ocorrer com qualquer empresa. Em qualquer atividade, quando o mercado apresenta-se instável. A primeira situação condizente para restabelecer a ordem financeira dentro de uma empresa é a redução dos custos operacionais, até mesmo o corte de pessoal. De outro lado, uma empresa que presta serviços terceirizados pode aumentar seu quadro de funcionários para conseguir cumprir com a demanda de serviços;

-que não há nenhum documento, seja carteira de trabalho, CAGED, GFIP, transferência de conta no FGTS, ou até mesmo RAIS, para comprovar a alegação do Fisco. Tomando inaceitável tal posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro atual, pelo princípio do ônus da prova;

-que portanto não se sustenta a tese imposta pela fiscalização do aumento do número de funcionários da Recorrente para caracterizá-la como empresa com constituição por interpostas pessoas;

-que o acórdão ora recorrido sustenta que é fato suficiente para o reconhecimento de empresa constituída por interpostas pessoa, o depoimento da Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini;

-que não há como sustentar tal suposição sem provas documentais. Alias, nem mesmo é demonstrado os detalhes do suposto acordo, e que tipo de acordo seria. Assim, a prova de depoimento pessoal, não identifica os fatos de maneira adequada, narrados de forma genérica, além da inexistência de documentos que comprovem sequer a realização do negócio jurídico;

-que ainda que se leve em consideração o fato de que a Receita Federal pautou-se exclusivamente em informações inclusivas, suposições inverídicas para excluir a Recorrente do Simples, o que torna a situação ainda mais injurídica é o fato de que a exclusão, de acordo com o Ato Declaratório, é retroativa à data de 01 de janeiro de 1999, ou seja, a 10 anos anteriores a própria expedição e ciência do Ato Declaratório;

-que a luz do art. 112 do CTN, não se pode pretender que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária sejam suportados pela Recorrente antes mesmo da sua própria ciência. Do contrário, estariam sendo desrespeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem contar o princípio da irretroatividade;

-que os efeitos da exclusão, se é que legalmente amparada, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, isto por força do sobre princípio constitucional da segurança jurídica consubstanciado na garantia individual da irretroatividade

das normas e das disposições expressas do Código Tributário Nacional em seus artigos 103,1 e 146

-que se a Recorrente, já optasse pelo SIMPLES, e passasse a ser composta no quadro societário por interpostas pessoas, ficaria excluída desde o momento que ocorresse esse fato. Mas, se a empresa foi constituída por interpostas pessoas, seria fato que a impedisse de optar pelo SIMPLES, a hipótese não seria de exclusão e sim de indeferimento da opção;

-que se a situação da constituição por interpostas pessoas se sustentou na declaração feita pela Sra. Sebastiana, é forçoso que a exclusão deveria se dar, no máximo, a partir da entrada da sócia na empresa em 19.11.2002, e não desde a sua opção pelo Simples Federal em 01.01.1999;

-que inexistindo qualquer prova de convicção de que a constituição por interpostas pessoas se deu desde o início da sociedade, e como já afirmado pela fiscalização, o entendimento pautou-se após a entrada da Sra. Sebastiana na sociedade, em 19.11.2002, devendo que a exclusão, se mantida, seja somente a partir do mês subsequente a data do protocolo da alteração contratual na Junta Comercial;

Requer ao final o provimento do recurso, ou caso se decida pela exclusão, requer-se que seus efeitos dêem-se somente depois de proferida a decisão definitiva confirmatória do ato de exclusão, e ainda, se não for este o entendimento, requer que os efeitos do ato se dêem após a o registro da entrada da sócia Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini, registrada em 19.11.2002.

O recurso voluntário foi julgado por esta 3ª Turma Extraordinária, que em sessão de 06 de maio de 2020 resolveu converter o julgamento em diligência à Unidade de Origem para esclarecer as seguintes questões:

(i)quais os termos da Procuração Pública outorgada pela sra. Sebastiana Gonçalves (sócia da Recorrente) ao sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos (sócio para a qual a Recorrente presta serviços);

(ii)em quais documentos a Recorrente se baseou para afirmar que não caracterizaria interposição de pessoas a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos (empresa para a qual a Recorrente prestava serviço), concomitantemente ao aumento do número de funcionários da Recorrente, uma vez que tal questionamento não foi feito pela fiscalização;

(iii)informasse e apresentasse comprovação da forma como a sra Ivone Pedro Gambeta (CPF 668.003.589-91) adquiriu cotas do capital social da Recorrente, uma vez que a mesma informou que não teve rendimentos tributáveis/isentos ou não tributáveis na sua DIRPF do exercício 2001, ano calendário 2000;

(iv) informasse e comprovasse a forma de aquisição de cotas do capital social da Recorrente pelos srs. Sebastiana Gonçalves (CPF 038.126.879-92) e Anderson Tamanini (CPF 032.822.559-26), uma vez que os mesmos não entregaram a DIRPF do exercício 2003, ano-calendário 2002.

A Recorrente juntou as seguintes respostas aos questionamentos, conforme documento juntado às e-fls. 173-176:

1)que não possui cópia da Procuração Pública na qual a sra. Sebastiana Gonçalves outorga poderes para o sr. Almir Manoel Atanazio dos Santos gerir a Recorrente. Aduz que a cópia estava de posse dos sócios anteriores, mas que a efetiva existência do referido documento restou confirmada pela decisão recorrida;

2)que não se revela razoável que a Recorrente tenha sido intimada a fazer prova relativamente a terceiros. Isto em relação a intimação para que apresentasse documentos em que se baseou para afirmar que não caracterizaria interposição de pessoas a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos concomitantemente ao aumento do número de funcionários da Recorrente. Afirma que apesar do sr. Almir Manoel Atanazio dos Santos, então representante da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos ter administrado a Recorrente, não existe qualquer relação entre as duas pessoas jurídicas. Acrescenta que tem apenas conhecimento de que a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos deu-se devido a crise econômica e que o aumento do número de funcionários da Recorrente pode ser justificada por ter incluído a atividade de comercialização como objeto social;

3)Quanto a intimação para informar e comprovar como houve a aquisição de cotas da Recorrente pela sra. Ivone Pedro Gambeta de Castro (CPF 668.003.589-91), que não informou que teve rendimentos tributáveis/isentos na sua DIRPF do ano-calendário 2000, a Recorrente informa que a resposta pode ser retirada da própria decisão recorrida e que a ausência de informação de recebimento de rendimentos na DIRPF não implica ausência efetiva de rendimentos. Não apresentou documentos que comprovassem a forma de aquisição da cotas;

4)Quanto a intimação para informar e comprovar como houve a aquisição de cotas da Recorrente pelos srs. Sebastiana Gonçalves (CPF 038.126.879-92) e Anderson Tamanini (CPF 032.822.559-26), uma vez que os mesmo não entregaram a DIRPF do ano-calendário 2002, a Recorrente informa que a resposta também pode ser retirada da própria decisão recorrida. Aduz que o fato de ambos não terem entregue a DIRPF não implica ausência de rendimentos, pois poderiam estar na faixa de isenção. Não apresentou a comprovação da forma de aquisição das cotas.

Por fim, reiterou o pedido para o cancelamento da exclusão da Recorrente do SIMPLES.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

A Recorrente foi excluída do SIMPLES Federal por meio do Ato Declaratório Executivo -ADE nº 55, de 07/05/2009, da DRF/Blumenau/SC (fl. 43), impondo a exclusão a partir de 1º/01/1999, por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/96 (pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas).

A exclusão decorreu de representação fiscal por procedimento de fiscalização previdenciária em que a Autoridade Fiscal faz um relato do histórico do quadro societário da Recorrente com o intuito de demonstrar que os sócios de direito tinham vínculo com o sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos. Confira-se trechos da representação:

Nos termos do contrato social, arquivado em 07 de agosto de 1997 (fls. 05 a 08), a empresa iniciou suas atividades em 01 de agosto de 1997, tendo como objeto a exploração do ramo de prestação de serviços de mão de obra de costura e montagem para calçados e similares (Ateliê), estava estabelecida na Rua Maffezoli, s/n, Fundos, Carmelo - São João Batista/SC, como razão social usava a denominação HAMES & LOPES LTDA e foi constituída pelos sócios:

MARIA HAMES LOPES, brasileira, casada, industrial, residente e domiciliada na Rua Augusto Maffezoli s/n, Carmelo, São João Batista/SC, portadora da carteira de identidade nº 16/R-2.342.846 e inscrita no CPF sob o nº 864.061.679-53 e

LUIZ CARLOS LOPES, brasileiro, solteiro, industrial, residente e domiciliado na Rua Augusto Maffezoli s/n, Carmelo, São João Batista/SC, portador da carteira de identidade nº 3.629.302 e inscrito no CPF sob o nº 845.941.529-53.

Essa situação se manteve até o arquivamento da primeira alteração contratual em 06 de fevereiro de 2001 (fls. 09 a 11). A partir daí, a sede da empresa mudou-se para a Rua Carmelo, 1648, fundos, São João Batista/SC, a razão social passou para H L SERVIÇOS LTDA e se retiraram da sociedade os sócios MARIA HAMES LOPES e LUIZ CARLOS LOPES, transferindo a empresa aos novos sócios:

IVONE PEDRO GAMBETA DE CASTRO, brasileira, casada, industriaria, residente e domiciliada na Rua Carmelo, 1648, São João Batista/SC, portadora da carteira de identidade nº 16/R-2.340.956 e inscrita no CPF sob o nº 668.003.589-91 e

JOÃO BATISTA DE CASTRO, brasileiro, casado, industrial, residente e domiciliado na Rua Carmelo, 1648, São João Batista/SC, portador da carteira de identidade nº 16/R-1.603.723 e inscrito no CPF sob o nº 593.519.509-72.

Em 19 de novembro de 2002, com o arquivamento da segunda alteração contratual (fls. 12 e 13) a sede da empresa foi transferida para a Rua Geral, 167, Carmelo, São João Batista/SC, a razão social passou a denominar-se H.L. LTDA e foi modificado o seu quadro societário:

Os sócios, JOÃO BATISTA DE CASTRO e IVONE PEDRO GAMBETA DE CASTRO foram substituídos por:

SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES, brasileira, divorciada, industriaria, residente e domiciliada na Rua Geral s/n, Bairro Carmelo, São João Batista/SC, portadora da carteira de identidade nº 4.802.593-3 e inscrita no CPF sob o nº 038.126.879-92 e

ANDERSON TAMANINI, brasileiro, solteiro, industrial, residente e domiciliado na Rua Geral s/n, Bairro Carmelo, São João Batista/SC, portador da carteira de identidade nº 4.349.114 e inscrito no CPF sob o nº 032.822.559-26.

Nos termos da terceira alteração contratual, arquivada em 09 de fevereiro de 2004 (fls. 14 a 16) é alterada a razão social para HAGA. L. CALÇADOS LTDA.

Procurando a empresa e/ou alguns dos sócios, encontramos a senhora IVONE PEDRO GAMBETA DE CASTRO que nos informou apenas que a empresa funcionou por algum tempo nos fundos de sua residência na Rua Carmelo, 1648 e que somente o senhor JOÃO BATISTA DE CASTRO poderia acrescentar mais informações, porém não se encontrava no momento.

Localizamos a senhora SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES trabalhando como empregada no Supermercado de propriedade do senhor Paulo Sérgio Soares, localizado na Praça Dep Walter V Gomes, 170 no centro de São João Batista, com salário mensal que gira em torno de R\$ 350,00 (fls. 17 a 19).

Questionada sobre a localização da empresa HAGA CALÇADOS LTDA, informou que a empresa está no seu nome por conta de um acordo com o seu ex-patrão o senhor ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS.

De fato, conforme o documento de fls. 18 gerado nos sistemas informatizados, esta senhora foi empregada da empresa HAGA durante o período compreendido entre 01/08/2000 a 03/10/2002.

Quanto ao senhor ANDERSON TAMANINI, que nos parece ser filho de SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES, os sistemas informatizados indicam que se trata exclusivamente de um simples trabalhador com passagem rápida nas empresas de calçados. A consulta vínculos empregatícios do trabalhador, documento de fl. (20 e 21) comprova esta situação.

Relativamente aos demais sócios, os sistemas informatizados indicam o seguinte:

MARIA HAMES LOPES e LUIZ CARLOS LOPES, durante o período em que estiveram na condição de sócios mantiveram com a Previdência Social a relação de segurados empresários, porém, ao se desligarem da empresa objeto da presente representação voltaram a condição de segurados empregados em outras empresas, conforme os documentos de fls. (22 a 27).

Os sistemas informatizados da Previdência Social não acusam nenhum registro em nome da senhora IVONE PEDRO GAMBETA DE CASTRO, quer como segurada empresária, quer como empregada.

Em nome do senhor JOÃO BATISTA DE CASTRO, consta que o mesmo foi empregado da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos Ltda durante o período compreendido entre 03/03/1997 à 07/10/2003 e da empresa objeto da presente representação a partir de 01/10/2003 (fls. 28).

Conforme os documentos de fls. (29 a 31), gerados nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, a empresa Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos Ltda é de propriedade do senhor ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS

Em confronto o que consta nos documentos arquivados na Junta Comercial do Estado, com as informações armazenadas nos sistemas informatizados da Previdência Social declaradas em GFIP pode-se concluir que as pessoas incluídas como sócias principalmente aquelas a partir da primeira alteração contratual, apenas cederam seus nomes para que os verdadeiros proprietários pudessem usufruir dos benefícios instituídos pela Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

A propósito, o Art. 14 da Lei nº 9317/96 que trata das hipóteses de exclusões de ofício, no Inciso IV estabelece como uma das hipóteses de exclusão "A constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual".

A Recorrente interpôs manifestação de inconformidade onde refutou a acusação fiscal e alegou que a Fiscalização não logrou comprovar a acusação e que não constariam nos autos documentos legais que comprovariam o arguido como fundamento para a exclusão, e que a mera suposição não poderia servir de fundamento para vedação ao SIMPLES Nacional.

A Recorrente afirmou que a sócia da Recorrente não infringiu a lei ao tornar mandatário o sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos pelo ato ter sido revestido de todos os trâmites exigidos pela lei. E que o mesmo teria sido nomeado mandatário pela sua vasta experiência no ramo, uma vez que era um dos sócios da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, empresa para a qual a Recorrente também prestava serviços.

Acrescenta que não havia vedação na Lei nº 9.317/96 para que um sócio de uma empresa fosse administrador de uma empresa do SIMPLES Federal, restrição essa que teria sido incluída pela Lei Complementar nº 123 de 2006 que instituiu o SIMPLES Nacional.

A Recorrente alegou que a Fiscalização apontou que uma situação caracterizadora da constituição por interposta pessoas seria a redução de empregados no quadro funcional da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos. Pontuou que a tese da fiscalização para o aumento de funcionários da Recorrente para caracterizá-la como empresa constituída por interpostas pessoas não se sustenta, uma vez que ocorre redução de funcionários na empresa contratante dos serviços terceirizados e acréscimos na empresa terceirizadora da atividade.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade por considerar que os sócios de direito da Recorrente não tinham capacidade financeira para adquirir as cotas do capital social, pela procuração outorgada ao sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, sócio da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, para a qual a Recorrente prestava serviços e o depoimento de ex-sócias demonstrava o vínculo da Recorrente com a Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, caracterizando que a Recorrente fora constituída por interposta pessoas. Confirma-se os argumentos para a decisão da DRJ:

[...]

Conforme descrito na 1ª Alteração Contratual da Sociedade (fls. 11/13), registrada em 06/02/2001, entraram como sócios da manifestante a Sra. Ivone Pedro Gambeta de Castro (CPF nº 668.003.589-91) e o Sr. João Batista de Castro (CPF nº 593.519.509-72), sendo que a primeira adquiriu 95% das quotas no valor de R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais) e o segundo com as restantes 5% no valor de 300,00 (trezentos reais).

Na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF) a Sra. Ivone informou que não obteve qualquer rendimento no ano-calendário de 2000 (fls. 100/101). Já o Sr. João Batista informou que recebera R\$ 3.009,53 da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos Ltda (CNPJ nº 00.463.035/0001-67) pertencente ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos (fls. 102/103).

A DIRPF-2001/2000 entregue pela sócia Ivone Pedro Gambeta de Castro, admitida na empresa manifestante em 06/02/2001, revela que esta não declarou recursos para adquirir os 95% das quotas da Haga L. Calçados Ltda.

Consta na 2ª Alteração Contratual (fls. 14/15), registrada em 19/11/2002, a Sra. Sebastiana Gonçalves (CPF nº 038.126.879-92) adquiriu 90% das quotas da empresa HAGA no valor de 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) e o Sr. Anderson Tamanini (CPF nº 032.822.559-26) ficou com 10% no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), transferidas pelos até então sócios Ivone Pedro Gambeta de Castro e João Batista de Castro.

No entanto, os dois novos sócios da manifestante a partir de 19/11/2002, não entregaram a DIRPF do exercício de 2002, ano-calendário 2001, denotando que não possuíam recursos em valor suficiente para aquisição das quotas da empresa manifestante, sobretudo no que tange à Sra. Sebastiana Gonçalves. Os dois sócios passaram a entregar DIRPF a partir do exercício de 2003, como se verifica nas telas anexas (fls. 90/96).

Na DIRPF do EX/2003, AC/2002, a Sra. Sebastiana informou que recebera rendimentos tributáveis no valor de R\$ 7.096,89, proveniente da empresa manifestante.

Consta que a Sra. Sebastiana foi funcionária da manifestante (Haga Calçados Ltda) de 01/08/2000 até 03/10/2002.

Os sócios Sebastiana Gonçalves e Anderson Tamanini permaneceram na sociedade até 26/05/2009, quando venderam as suas quotas para Graziela Carla Macaes (99%) e Cláudia Maciel (1%), segundo consta da 5ª Alteração Contratual (fls. 57/60).

Vale destacar que até a 5ª Alteração Contratual o valor do capital social não se valorizou, permanecendo a totalidade das quotas com o valor original de R\$ 6.000,00, em que pesem as negociações envolvendo entrada e saída de sócios acima mencionadas.

Quanto ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, admite-se na própria manifestação de inconformidade: (i) a existência de procuração repassada pela representante legal da HAGA, Sra. Sebastiana Gonçalves, transferindo poderes para o Sr. Almir administrar em seu nome a dita empresa; (ii) redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, havendo, em contrapartida, aumento do número de funcionários da HAGA, na administração do mencionado mandatário; (iii) depoimento da Sra. Sebastiana Aparecida Gonçalves informando que a empresa HAGA estava no seu nome devido a um acordo com o seu ex-patrão Almir Manoel Atanázio dos Santos, sem que houvesse nenhum desmentido; (iv) as pessoas que entraram como sócios na empresa HAGA não demonstraram disponibilidade de rendimentos para fazer frente à aquisição de quotas do seu capital social, sendo, em sua maioria, conforme demonstrado na Representação Administrativa e seus

anexos, ex-funcionários da HAGA e/ou da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, esta de propriedade do Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos.

Esses fatos, em seu conjunto, comprovam que a Sra. Sebastiana Aparecida Gonçalves não é de fato sócia majoritária da empresa manifestante (assim como outras pessoas citadas no contrato social e alterações), caracterizando interposta pessoa nos termos do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996, que fundamenta a exclusão de ofício do Simples Federal.

Quanto ao efeito da exclusão, entendo que deve ser mantido a partir de 1º/01/1999, nos termos do ADE nº 55/2009, eis que os documentos anexos à Representação Administrativa, às fls. 09/35, comprovam que a situação excludente remonta ao ano-calendário de 1999, quando a interessada efetivou a opção pelo Simples Federal.

Contra o acórdão a Recorrente alegou o seguinte:

-que a decisão atacada, sustenta que o Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos não poderia ser administrador temporário da empresa Recorrente, com procuração outorgada pela Sócia Sebastiana Gonçalves Tamanini, na época dos fatos. Além de afirmar que o art. 653 do CPC, não dá respaldo legal para o efeito. Servindo assim de mote para a suposição de sociedade constituída por interpostas pessoas;

-que o fundamento probatório da referida decisão se deu através de suposições sobre o valor das cotas constantes nos contratos sociais; a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos e o aumento do número de funcionários da Recorrente durante a administração provisória do Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos; um depoimento pessoal colhido da ex-sócia Sebastiana Gonçalves Tamanini; as pessoas que entraram como sócias na empresa Recorrente não teriam rendimentos para fazer à aquisição das quotas do seu capital social;

-que tais fatos não seriam capazes de comprovar que a Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini não era de fato a sócia majoritária da Recorrente (assim como outras pessoas citadas no contrato social e alterações), para caracterizar interpostas pessoas nos termos do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996, que fundamenta a exclusão de ofício do Simples Federal. Destaca-se que nem mesmo condiz com a realidade dos fatos, sendo meras suposições genéricas, sem qualquer especificação

-que não merece guarida a afirmação de que a DIRF-2001/2000 entregue pela sócia Ivone Pedro Gambeta de Castro, admitida na empresa manifestante em 06/02/2001, revela que esta não declarou recursos para adquirir os 95% das quotas da Haga L. Calçados, uma vez que mesmo desobrigada, a pessoa física pode apresentar a declaração, e se a Sra. Ivone percebeu em 2000 a quantia de até R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), é notório que no ano de 2001 a mesma realizou a aquisição das quotas, posto que o valor é percebido em ano anterior é superior a quantia de R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais) ao que recebeu no ano anterior ;

-que sabendo os sócios primários da empresa Recorrente iriam encerrar as atividades, e não mais prestar serviços terceirizados a indústria de calçados do pólo de São João Batista, o Sr. João Batista de Castro, quando ainda era funcionário dessa indústria fez uma proposta para os então sócios para adquirir as cotas da sociedade, pois o mesmo tinha experiência no ramo, e que não existe no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer vedação

quanto aos sócios já terem figurado como funcionários em qualquer empresa com registro funcional, ou seja, com carteira profissional assinada;

-que o o Sr. João Batista pediu demissão, deixando de ser funcionário e tornou-se sócio da Recorrente, situação essa também não vedada na legislação, ficando nessa situação de fevereiro de 2001 a novembro de 2002, prestando serviços para a indústria de calçados do pólo de São João Batista;

-que conforme destacado pelo Auditor Fiscal, os sócios primários da empresa Recorrente, Sra. Maria Hames Lopes e o Sr. Luiz Carlos Lopes, após a retirada da sociedade, voltaram a trabalhar como empregados em outras empresas. Ainda na época em que estavam à frente da empresa, mantiveram com a Previdência Social a relação de segurados empresários, e que, portanto, não prospera a alegação de que sua constituição se deu por interpostas pessoas com o fito de se beneficiar no que tange a tributação, haja vista que os mesmos atuavam como empresários do ramo de confecções;

-que todos os atos foram devidamente registrados na junta comercial, portanto amplamente público e notório;

-que em razão de dificuldades administrativas, o Sr. João Batista de Castro e a Sra. Ivone Castro, sócios da Recorrente, resolveram alienar suas costas e, ofereceram a funcionária Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini e ao Sr. Anderson Tamanini, que também atuaram no ramo de calçados e desejavam empreender;

-que o Fisco alega que os dois novos sócios, não entregaram a DIRPF do exercício de 2002, ano-calendário 2001, denotando assim que não possuiriam recursos em valor suficiente para aquisição das quotas da empresa Recorrente;

-que a pessoa física, mesmo desobrigada, pode apresentar a declaração. Novamente, destaca-se a facultatividade da entrega de Declaração por parte daqueles que não estão obrigados, e este fato não aduz que Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini e Sr. Anderson Tamanini, não teria renda para adquirir as costas que totalizam R\$ 6.000,00 (seis mil reais), ficando apenas no plano da suposição. Assim, não haveria nenhuma prova que comprove a alegação do Fisco;

-que o fato de a Sra. Sebastiana Tamanini, também ter figurado como funcionária, antes do período de tornar-se sócia, não representa qualquer afronta ao sistema jurídico brasileiro, pois não há vedação para tal;

-que o acórdão ora recorrido sustenta a suposta constituição por interpostas pessoas com base na existência de procuração outorgada pela representante legal em nome ao Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos;

-que o sócio de uma empresa tem plenos poderes para assinar mandato no sentido de repassar a terceiros a administração da empresa, não existindo impedimento legal a respeito. O Código Civil traz em seu corpo, disposição acerca do mandato

-que é cristalino que a Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini em nada infringiu a legislação ao tornar mandatário o Sr. Almir Manoel Atanázio dos Santos, em razão de todos os

trâmites terem ocorrido de acordo com a lei, ou seja, quando o interessado na execução de determinado negócio jurídico, seja por qualquer razão, não pode ou não quer praticá-lo, tem a faculdade de efetuar-lo por meio de outrem, o que ocorreu *in casu*;

-que cabe destacar que a Lei 9.317/96 em nenhum momento, fazia restrição ao fato de ser sócio de uma empresa diversa e administrar empresas optantes pelo Simples Federal, vedação essa que somente foi incluída com a Lei Complementar 123/2006, o Simples Nacional, não podendo dar efeitos *ex tunc* a uma legislação que não existia à época dos fatos, sob pena de retroatividade em prejuízo ao contribuinte;

-que o suposto fato pontuado pela fiscalização e sustentado no Acórdão ora recorrido, é a tendência da caracterização da constituição por interpostas pessoa mediante a alegação de que o simples fato da redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos e o aumento do número de funcionários da Recorrente, ensejariam a caracterização de transferência de funcionários;

-que não há conjunto probatório algum, pois o Fisco genericamente aponta um fato que pode ocorrer com qualquer empresa. Em qualquer atividade, quando o mercado apresenta-se instável. A primeira situação condizente para restabelecer a ordem financeira dentro de uma empresa é a redução dos custos operacionais, até mesmo o corte de pessoal. De outro lado, uma empresa que presta serviços terceirizados pode aumentar seu quadro de funcionários para conseguir cumprir com a demanda de serviços;

-que não há nenhum documento, seja carteira de trabalho, CAGED, GFIP, transferência de conta no FGTS, ou até mesmo RAIS, para comprovar a alegação do Fisco. Tomando inaceitável tal posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro atual, pelo princípio do ônus da prova;

-que portanto não se sustenta a tese imposta pela fiscalização do aumento do número de funcionários da Recorrente para caracterizá-la como empresa com constituição por interpostas pessoas;

-que o acórdão ora recorrido sustenta que é fato suficiente para o reconhecimento de empresa constituída por interpostas pessoa, o depoimento da Sra. Sebastiana Gonçalves Tamanini;

-que não há como sustentar tal suposição sem provas documentais. Alias, nem mesmo é demonstrado os detalhes do suposto acordo, e que tipo de acordo seria. Assim, a prova de depoimento pessoal, não identifica os fatos de maneira adequada, narrados de forma genérica, além da inexistência de documentos que comprovem sequer a realização do negócio jurídico;

-que ainda que se leve em consideração o fato de que a Receita Federal pautou-se exclusivamente em informações inclusivas, suposições inverídicas para excluir a Recorrente do Simples, o que torna a situação ainda mais injurídica é o fato de que a exclusão, de acordo com o Ato Declaratório, é retroativa à data de 01 de janeiro de 1999, ou seja, a 10 anos anteriores a própria expedição e ciência do Ato Declaratório;

-que a luz do art. 112 do CTN, não se pode pretender que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária sejam suportados pela Recorrente antes mesmo da sua própria ciência.

Do contrário, estariam sendo desrespeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem contar o princípio da irretroatividade;

-que os efeitos da exclusão, se é que legalmente amparada, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, isto por força do sobre princípio constitucional da segurança jurídica consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas e das disposições expressas do Código Tributário Nacional em seus artigos 103,1 e 146

-que se a Recorrente, já optasse pelo SIMPLES, e passasse a ser composta no quadro societário por interpostas pessoas, ficaria excluída desde o momento que ocorresse esse fato. Mas, se a empresa foi constituída por interpostas pessoas, seria fato que a impedisse de optar pelo SIMPLES, a hipótese não seria de exclusão e sim de indeferimento da opção;

-que se a situação da constituição por interpostas pessoas se sustentou na declaração feita pela Sra. Sebastiana, é forçoso que a exclusão deveria se dar, no máximo, a partir da entrada da sócia na empresa em 19.11.2002, e não desde a sua opção pelo Simples Federal em 01.01.1999;

-que inexistindo qualquer prova de convicção de que a constituição por interpostas pessoas se deu desde o início da sociedade, e como já afirmado pela fiscalização, o entendimento pautou-se após a entrada da Sra. Sebastiana na sociedade, em 19.11.2002, devendo que a exclusão, se mantida, seja somente a partir do mês subsequente a data do protocolo da alteração contratual na Junta Comercial;

Pois bem.

O SIMPLES FEDERAL, instituído pela Lei nº 9.317/96, estabeleceu tratamento tributário diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988.

A intenção do legislador foi estabelecer condições tributárias diferenciadas e favorecidas para proporcionar condições para que as microempresas e empresas de pequeno porte pudessem competir com as grandes empresas.

Exatamente por proporcionar condições tributárias diferenciadas e favorecidas aos optantes do regime a exclusão é um ato extremamente gravoso, que pode culminar com o encerramento da atividade da empresa optante. Portanto a exclusão deve ser analisada com rigor.

Por outro lado, a análise da exclusão também deverá tratar com rigor as eventuais situações em que a empresa não poderia ser optante do SIMPLES Federal por alguma vedação expressamente prevista na legislação e ardilosamente se mantém no sistema, usufruindo de um benefício a que não teria direito.

No presente caso a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal decorreu da acusação de que a empresa fora constituída por interposta pessoas (isto é sócios formais que não

seriam os seus verdadeiros sócios), incidindo na vedação prevista no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317/96, abaixo transcrito:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

As situações que levaram a Autoridade Fiscal a entender que a Recorrente foi constituída por interposta pessoas são as abaixo sintetizadas:

- i) incapacidade econômica dos seus sócios formais para aquisição de cotas do capital social da Recorrente;
- ii) o depoimento da ex-sócia da Recorrente SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES, que foi localizada trabalhando como empregada em supermercado com salário mensal que em torno de R\$ 350,00 (fls. 17 a 19), que perguntada sobre a localização da empresa HAGA CALÇADOS LTDA (Recorrente), informou que a empresa está no seu nome por conta de um acordo com o seu ex-patrão o senhor ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS;
- iii) o fato do sr. ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS ter sido constituído administrador da Recorrente com procuração outorgada pela Sócia SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES;
- iv) o fato da Recorrente (tendo sido administrado pelo sr. ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS) prestar serviço para a Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos (do qual o sr. ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS é um dos sócios)

Entendo que as situações acima elencadas, quando isoladamente consideradas, não tem o condão de comprovar a constituição da Recorrente por interpostas pessoas, eis que na forma não configuram afronta a norma legal vigente à época dos fatos. Tratando-se de provas indiciárias da situação fiscal que ensejou a lavratura da representação fiscal.

Contudo, o direito não se funda apenas na forma, mas se compõe igualmente de indícios que podem levar a uma realidade diversa daquela que se procura mostrar com a realidade formal exteriorizada.

Caso haja indícios de que os fatos formalmente retratados não correspondem à realidade do que ocorreu, a prova indiciária é instrumento pacificamente admitido em nosso direito como ferramenta necessária para apurar eventos que não se mostram explícitos, como já decidido pelo CARF:

Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento Data da Sessão
25/01/2011 Relator(a) ANTONIO BEZERRA NETO Nº Acórdão 1401-000.405

ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA

A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes.

Deveras, a comprovação material de uma determinada situação fática pode ser feita, em regra: **i)** por uma prova única, direta, concludente por si só, ou, **ii)** por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente não afastam a realidade formal, em conjunto têm o condão de estabelecer a verdade real subjacente por trás da realidade formal que se esforça em demonstrar.

Em síntese, a prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em concatenação lógica dos fatos, que se constituem em indícios precisos e convergentes. Tal entendimento se verifica, por exemplo, no REsp nº 130.570/SP, Relator Ministro Félix Fisher (5ª Turma do STJ) segundo o qual “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”.

No mesmo sentido a Ap. Crime nº 7000964767, 6ª Câmara, Rel. Desembargador Sylvio Baptista:

PROVA. INDÍCIOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. Desde os primórdios do Direito, os indícios e presunções são admitidos como elementos de convicção, e integram o sistema de articulação de provas (ar. 239 do CPP). Valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento. A quantidade e sucessão de indícios têm força condenatória, pois, de forma lógica e coerente, indicam a autoria com certeza.

É o que ocorre nos presentes autos. De fato, não há ilegalidade em que trabalhadores constituam empresas, e tampouco que o(s) sócio(s) constituam um administrador experiente para administrar a empresa e, ainda que, embora se constitua numa situação deveras inusual, a empresa para a qual a Recorrente preste serviço tenha como sócio justamente o administrador legalmente constituído. E também, isoladamente, o depoimento de uma ex-sócia da Recorrente (sra. SEBASTIANA APARECIDA GONÇALVES), que declarou que a empresa está em seu nome por conta de um acordo com o seu ex-patrão o senhor ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS não tem a força probante suficiente para comprovar a constituição de empresa por interposta pessoa.

Contudo, analisados em conjunto os indícios são de que os sócios formais da Recorrente (pessoas com insuficiência de capacidade econômica para constituição de empresa segundo informações que constam nas declarações de imposto de renda de pessoas físicas) emprestaram seus nomes para a constituição da Recorrente. Que o verdadeiro proprietário da Recorrente é o sr. ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS, que geria a Recorrente, por meio de procuração pública e era formalmente sócio da empresa Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos.

Corroboram com esse meu entendimento o fato da Recorrente ter cometido dois deslizes nas suas peças recursais:

- 1) Ter afirmado na manifestação de inconformidade que a Fiscalização relacionou a constituição por interpostas pessoas com base em uma procuração assinada pela representante legal da Recorrente transferindo poderes para um terceiro administrar a empresa em seu nome. Não consta nos autos que a Fiscalização tenha feito tal relacionamento. Aliás, com base na afirmação da Recorrente esta Turma requereu que a Unidade de Origem intimasse a Recorrente a apresentar cópia da procuração com o objetivo de analisar os termos da procuração. A Recorrente não os apresentou, embora cópia de Procuração Pública possa ser obtida nos Cartórios de Registros mercantis. Tal fato, no meu entender, depõe contra a Recorrente;
- 2) Ter afirmado que outro fato pontuado pela Fiscalização foi a redução do quadro de funcionários da Industria Comércio de Calçados Suzana Santos (da qual o sr. ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS era sócio), concomitante ao aumento de funcionários da Recorrente. Não constatei no presente processo que a Fiscalização tenha feito tal acusação. Para que fosse analisada a afirmação da Recorrente esta Turma requereu que a Unidade de Origem intimasse a Recorrente a apresentar os documentos no quais se baseou para afirmar que não caracterizaria interposição de pessoas a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos, concomitantemente ao aumento do número de funcionários da Recorrente. Alegou apenas que apesar do sr. Almir Manoel Atanazio dos Santos, então representante da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos ter administrado a Recorrente, não havia qualquer relação entre as duas pessoas jurídicas. Acrescenta que tem apenas conhecimento de que a redução do número de funcionários da Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos deu-se devido a crise econômica e que o aumento do número de funcionários da Recorrente pode ser justificada por ter incluído a atividade de comercialização como objeto social. Entendo que a Recorrente não atendeu ao requerido por esta Turma, e mais, acrescentou mais um indício de que havia uma unidade gerencial única entre a Recorrente (da qual o sr. Almir Manoel Atanazio dos Santos era administrador constituído mediante procuração) e a Indústria e Comércio de Calçados Suzana Santos (da qual o sr. Almir Manoel Atanazio dos Santos era sócio);

Por fim a Recorrente não atendeu a intimação requerida por esta Turma para informar e comprovar a forma como os sócios adquiriram as cotas.

Por todo o acima exposto, entendo que os fatos apontados no processo, tomados em conjunto, levam a conclusão de os sócios formais da contribuinte não são os verdadeiros proprietários da mesma, situação típica da constatação deste tipo de arranjo simulatório, no qual as pessoas físicas listadas no contrato social não são as verdadeiras constituidoras da empresa, mas apenas incluídas no Contrato Social para revestir de aparente legalidade o ato. Ficando caracterizado, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas, e pelo fato dos verdadeiros sócios da Recorrente não serem as

sócias formais, de modo que incidiu na vedação prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/96.

Quanto aos efeitos da exclusão, o inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317/96 determina que a exclusão deva se dar a partir do mês de ocorrência do fato que ensejou a exclusão.

No presente caso, entendo que a exclusão deva ser efetivada a partir da entrada da sra. Sebastiana Aparecida Gonçalves e do sr. Anderson Tamanini no quadro societário da Recorrente, que deu-se em 19 de novembro de 2002. Isto por conta do depoimento da sra. Sebastiana que declarou que a empresa estava em seu nome por conta de um acordo com o seu ex-patrão o senhor ALMIR MANOEL ATANAZIO DOS SANTOS e pelo fato da própria Recorrente ter afirmado que havia procuração em que a sócia sr. Sebastiana outorgou procuração para o sr. Almir administrar a empresa.

Portanto, voto em dar provimento parcial ao recurso, mantendo a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, mas com efeito a partir de 19 de novembro de 2002.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama