



Processo nº 11634.720175/2017-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-006.008 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 21 de outubro de 2021
Recorrente DESTAQUE PRESTADORA DE SERVICOS - EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

RECURSO VOLUNTÁRIO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do Art. 33, do Decreto 70.235/72, o prazo para interposição de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) é de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da decisão. Constatando-se, nos autos, a intempestividade do Recurso Voluntário, não se deve conhecer das razões de mérito.

INTIMAÇÃO. CIÊNCIA ELETRÔNICA POR DECURSO DE PRAZO.

Considera-se ciente o contribuinte em seu domicílio tributário eletrônico (DTE), por decurso de prazo, após transcorridos 15 dias da data da disponibilização do Acórdão na Caixa Postal, caso o sujeito passivo não tenha efetuado consulta antes deste prazo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, por sua intempestividade.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, André Severo Chaves, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, André Luis Ulrich Pinto, Lucas Issa Halah e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 07-41.571, da 6^a Turma da DRJ/FNS, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela ora Recorrente.

Transcreve-se, portanto, o relatório da supracitada DRJ, que resume o presente litígio:

“Por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 18, de 19/05/2017 (fl. 4.903), expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Londrina/PR, foi a requerente excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, com efeitos a partir de 23/10/2012 (data de início de atividade), devido ao fato de a contribuinte ter incorrido na hipótese prevista no art. 3º, inciso II, §§ 2º e 4º, inciso V, § 10 e art. 29, inciso I, todos da Lei Complementar nº 123, de 2006, em virtude da constatação de grupo econômico cujo faturamento ultrapassa o montante permitido no Simples Nacional, além de ter sido constatado também que o titular da empresa requerente exerce a função de administrador do grupo econômico.

Segundo consta dos autos, referido grupo econômico é composto pela empresa requerente em conjunto com as empresas DINÂMICA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA (CNPJ nº 12.465.590/0001-07) e EXEMPLO PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA (CNPJ nº 11.746.562/0001-03), sendo que, de acordo com pesquisa realizada nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Portal e-Processo), a empresa DINÂMICA também foi excluída do Simples Nacional, por meio do ADE nº 19, de 19/05/2017 (PAF nº 11634.720176/2017-06), ao passo que contra a empresa EXEMPLO foram lavrados Autos de Infração (PAF nº 11634.720165/2017-18) onde foram formalizados créditos tributários referentes a contribuição previdenciária patronal, contribuição previdenciária de segurados e contribuição para terceiros, exigências fiscais estas cuja responsabilidade solidária foi atribuída aos administradores do grupo, à empresa DINÂMICA e também à requerente.

Inconformada com a autuação de que trata o PAF nº 11634.720165/2017- 18, a requerente apresentou impugnação que a autoridade preparadora colacionou às fls. 4.910 a 4.933 do presente processo, a título de manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional, e por meio da qual a requerente, em síntese:

Alega que inexiste qualquer elemento hábil que caracterize a ocorrência de grupo econômico entre as empresas autuadas, havendo o Fisco se baseado apenas em pressuposições que, por si só, não caracterizam a formação de grupo econômico e tampouco autorizam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a desconstituição das empresas enquadradas como responsáveis solidárias do Simples Nacional;

Discorre sobre os elementos caracterizadores do grupo econômico de direito, segundo o disposto nos artigos 265 e 271 da Lei nº 6.404, de 1976, para destacar que são imprescindíveis à aludida caracterização (i) o controle de uma sociedade sobre todas as demais; e que este controle esteja fundado na (ii) titularidade de ações ou de cotas ou, ainda, mediante acordo entre os sócios;

Na sequência, discorre sobre os elementos caracterizadores do grupo econômico de fato, aduzindo que tal caracterização ocorre quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compõe grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria e que, sob este prisma, o grupo econômico de fato é aquele existente entre sociedades que estão relacionadas em decorrência da participação que uma possui na outra;

Neste rumo, reproduz excertos de julgados coligidos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e no Superior Tribunal de Justiça que veiculam o entendimento segundo o qual a caracterização de grupo econômico impõe a demonstração de que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores;

Dado este quadro, sustenta a inexistência de qualquer relação jurídica ou de fato entre a requerente e as demais empresas citadas que ensejam a caracterização de grupo econômico, ao argumento de ser imprescindível a esta caracterização a participação da requerente nas demais empresas que compõem o referido grupo, além de ser necessária a demonstração de que as empresas supostamente relacionadas tenham entre si o mesmo controle, estrutura meramente formal e o exercício de suas atividades sob unicidade gerencial, laboral e patrimonial, sem prejuízo da necessária visualização de confusão patrimonial e abuso de direito com o intuito de prejudicar terceiros;

Reclama que o Fisco baseou suas conclusões em meros indícios, não conclusivos acerca do fato, e, para corroborar a inexistência de matéria probatória, alega que a fiscalização citou a utilização da mesma estrutura administrativa, contábil e jurídica, como se isto, por si só, demonstrasse a existência de relação empresarial entre as pessoas jurídicas citadas, além do que, conforme consta do Relatório Fiscal, as empresas em questão sequer estão sediadas no mesmo endereço;

Argumenta, no ponto, que, mesmo que tais empresas tivessem o mesmo endereço profissional, a simples coincidência entre os endereços de pessoas jurídicas distintas não é suficiente para demonstrar a ocorrência de fraude ou infração à lei que dê azo à caracterização de grupo econômico;

Alega não haver entre a requerente e as empresas citadas qualquer relação de subordinação entre si, nem relação de coordenação entre as mesmas, além do que também não se vislumbra a ocorrência e fraude, abuso de direito e má-fé com prejuízo de credores;

Repisa que, para a caracterização de grupo econômico, além dos demais requisitos, é imprescindível que se esteja diante de sociedades controladas e de outra controladora, o que alega não ocorrer na espécie;

Em razão disso, alega que a requerente deve permanecer enquadrada no Simples Nacional e, por decorrência lógica, os lançamentos fiscais de contribuições previdenciárias e de terceiros, além de multas e encargos legais devem ser desconstituídos, ante a impositiva não incidência dessas exações perante o regime de tributação simplificado;

Finalmente, contesta a aplicação da multa de ofício qualificada acessória às contribuições exigidas por meio dos Autos de Infração que constituem o objeto do PAF n.º 11634.720165/2017-18.”

A seguir a transcrição da ementa do órgão julgado de 1^a instância:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. UNICIDADE DE DIREÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na legislação que disciplina o Simples Nacional, a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, quando a receita bruta global, obtida no ano-calendário, ultrapassa o limite legal estabelecido.

Manifestação de Inconformidade
Improcedente Sem Crédito em Litígio

No acórdão proferido pela DRJ, esta destacou as seguintes razões:

“Encaminhado o processo pela autoridade preparadora, nos termos do regimento interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), procede-se ao julgamento.

No que concerne à matéria que constitui o objeto do presente processo, qual seja, a exclusão da requerente do Simples Nacional, a inconformidade da interessada cinge-se à alegação de que não estaria presente nos autos, a prova conducente à caracterização de um grupo econômico formado pela requerente e as empresas DINÂMICA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA (CNPJ n.º 12.465.590/0001-07) e EXEMPLO PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA (CNPJ n.º 11.746.562/0001-03).

No ponto, porém, convém assinalar que o conceito de grupo econômico, em face da evolução nas relações empresariais no mundo globalizado, tem sido interpretado de maneira mais ampla, e já não é visto de forma rígida (somente se houver vínculo formal, com participação acionária entre as empresas), conforme demonstrado pela jurisprudência abaixo:

EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º DA CLT. PRESSUPOSTOS.

NÃO CARACTERIZAÇÃO. *No contexto da vocação juslaborista, a configuração de grupo econômico refoge aos pressupostos da legislação comercial. Sob aquele enfoque, suficiente a ligação empresarial fundada na concentração da atividade empreendedora em idêntico empreendimento, seu controle e gestão atribuídos a um dos sócios comuns, ou seja, um elo de interligação e coordenação interempresarial, tendo em vista a consecução de finalidades comuns e correlatas, independentemente da personalidade jurídica atribuída. Inocorrendo demonstração inequívoca da figura elencada no art. 2º, § 2º consolidado, não há que se aventar de grupo econômico.*

(TRT da 12^a Região, AP 02705-2003-007-12-00-1, Sexta Câmara, Relatora Ligia Maria Teixeira Gouvêa, TRTSC/DOE de 13/05/2011)

GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO - Para configuração do grupo econômico, não é mister que uma empresa seja a administradora da outra, ou que possua grau hierárquico ascendente. Ora, para que se caracterize um grupo econômico, basta uma relação de simples coordenação dos entes empresariais envolvidos. A melhor doutrina e jurisprudência admitem hoje o grupo econômico independente do controle e fiscalização de uma empresa-líder. Basta uma relação de coordenação, conceito obtido por uma evolução na interpretação meramente literal do art. 2º, parágrafo 2º da CLT.

(TRT 3^a R. - 4T - RO/8486/01 - Rel. Juiz Márcio Flávio Salem Vidigal DJMG 18/08/2001 P.14).

GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO. Tendo em vista que no Direito do Trabalho a fixação do grupo econômico não se reveste daquelas características e exigências comuns da legislação comercial, bastando que haja o elo empresarial, a integração entre as empresas, a concentração da atividade empresarial num mesmo empreendimento, independentemente de diversidade da personalidade jurídica e, ainda, se as empresas têm o seu controle e a sua administração dividido entre vários sócios, pessoas físicas, os quais respondem para com a sociedade e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos que praticarem com violação da Lei e do estatuto, e também considerando que possuem sócios em comum, configurada está a existência de grupo econômico e, em consequência, aplicável, o disposto parágrafo 2º do art. 2º da CLT. Esta, a propósito,

é uma hipótese em que a solidariedade resulta não só da lei, mas também da própria vontade dos contratantes. E além do mais, é suficiente para a caracterização de grupo econômico uma relação de coordenação entre as diversas empresas, sendo irrelevante a prova de dominação de uma sobre as outras, bastando que haja indícios da existência de uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, valendo frisar, por fim, que a presunção também se constitui meio de prova para configuração do grupo econômico, tal como preceitua o art. 212, IV, do Código Civil c/c art. 335 do Código de Processo Civil.

(TRT 3^a R. - 2T - RO/00637/04 - Rel. Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno DJMG 04/11/2004 P.10).

GRUPO ECONÔMICO. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Para a caracterização de grupo econômico, exige-se a simples relação de coordenação entre as empresas, mediante a informalidade do Direito do Trabalho, sendo desnecessária a vinculação formal societária entre as empresas, já que se busca a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas, dada a sua natureza alimentar, primando pela dignidade da pessoa humana e pelo valor social do trabalho, assegurados constitucionalmente. Do conjunto probatório existente nos autos, restou caracterizado, de forma evidente, que as rés foram beneficiárias da força de trabalho do reclamante, bem como a existência de laços de integração e coordenação nas atividades desenvolvidas pelas mesmas, atraindo o reconhecimento do grupo econômico para fins justrabalhistas, embora não configurado pelas regras do direito empresarial, impondo-se a responsabilização solidária de todas as reclamadas, com base no artigo 2º, § 2º, da CLT, assim como do artigo 942 do Código Civil Brasileiro de 2002.

(TRT da 6^a Região, RO 0001156-12.2010.5.06.0121, Segunda Turma, Relatora Dione Nunes Furtado da Silva, Sessão de 01/06/2011)

Os entendimentos doutrinários seguem no mesmo sentido das manifestações jurisprudenciais colacionadas, e contribuem para o esclarecimento do que deve ser entendido como grupo econômico.

Nas palavras do professor Octavio Bueno Magano, “o grupo de empresas deve ser inicialmente caracterizado como fenômeno de concentração, incompatível com o individualismo, mas perfeitamente consentâneo com a sociedade pluralista a que corresponde o capitalismo moderno. Ao contrário da fusão e da incorporação que constituem a concentração na unidade, o grupo exterioriza a concentração na pluralidade. Particulariza-se, entre os demais de sua espécie, por ser composto de entidades autônomas, submetido o conjunto à unidade de direção”. (in Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 305).

Como realidade do mundo econômico, o grupo se apresenta com as mais diversas feições, podendo ser realçadas as seguintes: “a do cartel, a do consórcio, a do trustee, a da holding company, a da entende, a do pool, a da trade association, a do conglomerado, a da multinacional, a da joint venture, a do gran-perment d'intérêt économique, a do konzern”.

Em continuação, o Prof. Magano define grupo de empresas, conforme segue: “Define-se o grupo como conjunto ou sociedades juridicamente independentes, submetidas à unidade de direção”.

Na lição de Délio Maranhão, “A solidariedade não se presume – diz o citado art. 896 do Código Civil – ‘resulta da lei ou da vontade das partes’. Mas a existência do grupo do qual, por força da lei, decorre a solidariedade, prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias. Tal existência é um fato, que pode ser provado por todos os meios que o direito admite” (in Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1 – 15^a ed. – São Paulo: LTr, 1995, p. 297). O mencionado art. 896 corresponde aos artigos 264 e 265 do Código Civil vigente.

Fábio Ulhoa Coelho, conceitua grupo de sociedades como “a associação de esforços empresariais entre sociedades, para a realização de atividades comuns” (in Manual de Direito Comercial. São Paulo. Ed. Saraiva, 1999, p. 303).

José Antunes conceitua esta forma de concentração de empresas como “todo conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum”. (in Direito dos Grupos de Sociedades. Jorge Lobo. Revista de Direito Mercantil, Brasil, v. 107, p. 102).

No mesmo sentido, vale transcrever as palavras do professor e magistrado Sérgio Pinto Martins:

Não é necessário que entre empresas haja controle acionário, nem que exista a empresa-mãe, a holding. O importante é que existam obrigações entre as empresas, determinadas por lei. É possível, também, a configuração do grupo de empresas quando o citado grupo seja dirigido por pessoas físicas com controle acionário majoritário de diversas empresas, havendo um controle comum, pois há unidade de comando, unidade de controle. A Lei nº 6.404/76 estabelece que o grupo deve ser necessariamente de sociedades, mas no Direito do Trabalho o grupo é mais amplo, pois é o grupo de empresas, dando margem à existência do grupo de fato ou do grupo formado por pessoas físicas. Assim, as pessoas físicas de uma mesma família que controlam e administram várias empresas formarão o grupo econômico, pois comandam e dirigem o empreendimento, não importando que tipo de pessoa detenha a titularidade do controle, se pessoa física ou jurídica.

(MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 126)

Extrai-se da doutrina supracitada que a caracterização de um grupo econômico de fato passa essencialmente pela unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente independentes que atuam de forma integrada e coordenada.

No presente caso, não há como negar que a requerente, em conjunto com as empresas DINÂMICA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA e EXEMPLO PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, compõe grupo econômico de fato, visto que além de desenvolverem atividades afins, tais empresas atuam de forma integrada e coordenada, constituindo na realidade uma única empresa (na acepção de empreendimento).

Dentre as provas coletadas e as constatações efetuadas pela autoridade fiscal, que demonstram que tais empresas compõem grupo econômico de fato, destacam-se as seguintes:

- a) A empresa requerente e, bem assim, as empresas EXEMPLO e DINÂMICA, são administradas pelos sócios MARCELO RAMIRES FERNANDES (CPF n.º 018.410.359-20) e CELSO HIROSHI MIYASAKI (CPF n.º 437.854.849-68), conforme contratos sociais e procuração colacionados às fls. 212 a 308 e 1.151 do processo;
- b) A sócia da empresa DINÂMICA, Sra. Jussamara da Silva Lessa (CPF n.º 022.068.759-50) consta como empregada da empresa EXEMPLO, conforme Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social (GFIP) do período de 07/2010 a 05/2011;
- c) Foram identificados pagamentos extraídos da conta 5.7.03.007.4430 –Alugueis e Condomínios, pertencente ao grupo 5.7.03.- Despesas Administrativas, conforme consta do Razão extraído da contabilidade da empresa EXEMPLO, a funcionários registrados formalmente nas empresas DINÂMICA e DESTAQUE;
- d) Foram identificados pagamentos extraídos da conta 5.7.03.007.4430 –Alugueis e Condomínios, pertencente ao grupo 5.7.03.- Despesas Administrativas, conforme consta do Razão extraído da contabilidade da empresa EXEMPLO, aos administradores e sócios da empresa EXEMPLO, Marcelo Ramires Fernandes e Celso Hiroshi Miyasaki;

- e) Foi constatado que a empresa EXEMPLO pagou e contabilizou despesas de condomínio (taxa condominial e fundo reserva) relativas ao endereço da empresa DINÂMICA;
- f) Muito embora a empresa EXEMPLO tenha registrado formalmente apenas seis funcionários no período entre 2013 e 2015, foi constatada a existência de elevada compra de uniformes registrado na Conta 5.7.03.001.4352 – Uniformes, pertencente ao grupo 5.7.03.001 - Despesas com Pessoal;
- g) As notas fiscais apresentadas pela empresa EXEMPLO, em atendimento a intimação fiscal (TIF 02), apresentam elevado gasto com uniforme contabilizado na referida empresa, sendo que os funcionários do grupo econômico se encontram formalmente registrados nas empresas DINÂMICA e DESTAQUE;
- h) Referidas notas fiscais comprovam, por exemplo, a compra de mais de 150 (cento e cinquenta) uniformes para supervisor, ao passo que na empresa EXEMPLO havia apenas 1 (um) funcionário nesta atividade; além de compra de mais de 2.000 (duas mil) camisetas e compra de 350 (trezentos e cinquenta) camisetas “Eu Indico Tim”, usadas por vendedores;
- i) A maioria dos empregados do grupo econômico exercem a função de vendedor externo, sendo que, para custeio das despesas com pagamento de combustíveis e lubrificantes, constatou-se que os valores lançados eram exclusivamente na empresa EXEMPLO, em conformidade com o seguinte quadro demonstrativo (expresso em reais):

Combustíveis e Lubrificantes - Conta:	EXEMPLO	DINAMICA	DESTAQUE
5.7.01.015.4213	1.804.424,97		
5.7.05.001.4605	1.545,44		180,00
5.7.05.013.4505	363.211,80		
SOMA	2.169.182,21	-	180,00

- j) A relação entre massa salarial, número de trabalhadores e faturamento obtido pelas empresas do grupo indica que os empregados que trabalham para tais empresas têm o vínculo empregatício apenas formalmente concentrado na empresa requerente (DESTAQUE) e na empresa DINÂMICA, cuja receita bruta declarada sequer é suficiente para o pagamento dos salários, ao passo que a empresa EXEMPLO, com número bem inferior de empregados formalmente contratados, é que apresenta faturamento mais do que suficiente para cobrir as despesas com salários dos empregados de todo o grupo, conforme evidenciado no seguinte demonstrativo (expresso em reais):

2010		GFIP - Empregados		DPJ/Simples Nacional
Empresa	Base de Cálculo	Qtde.	Receita Bruta	
DINÂMICA	15.027,05	10	Declarou zerada	
EXEMPLO	67.497,16	11	13.922.875,77	
2011		GFIP - Empregados		DPJ/Simples Nacional
Empresa	Base de Cálculo	Qtde.	Receita Bruta	
DINÂMICA	788.005,66	47	576.921,23	
EXEMPLO	115.298,04	7	129.143.563,44	
2012		GFIP - Empregados		DPJ/Simples Nacional
Empresa	Base de Cálculo	Qtde.	Receita Bruta	
DESTAQUE	76.403,20	42	Declarou zerada	
DINÂMICA	1.715.467,41	98	1.668.046,31	
EXEMPLO	78.869,84	4	134.826.980,46	

- k) Mediante análise dos extratos bancários relativos à conta 14940-3 da agência 3044, mantida pela empresa EXEMPLO, no Banco Bradesco, foram identificados pagamentos aos sócios e sócias da empresa do grupo econômico, conforme Demonstrativo dos Valores Pagos a Contribuintes Individuais na Condição de sócios ou administradores; e

I) A própria empresa requerente figura em diversas ações trabalhistas onde reconhece a existência do indigitado grupo econômico, a exemplo do que se encontra consignado na petição inicial constante do processo trabalhista n.º 0000360-42.2016.5.09.0019 (fls. 2.922 a 3.406), e que apresenta o excerto contendo o seguinte teor: "Logo, requer seja reconhecido o grupo econômico entre as empresas DINÂMICA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA, EXEMPLO PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, DESTAQUE PRESTADORA DE SERVIÇOS - EIRELI, EQUILÍBRIO PRESTADORA DE SERVIÇOS DE COBRANÇAS - EIRELI -EPP, IDEAL PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, bem como seja a presente contestação aceita por ambas empresas".

Há, portanto, confusão patrimonial entre as citadas empresas que, além de serem dirigidas pelos mesmos administradores (unicidade de direção), também compartilham recursos financeiros e até mesmo empregados, o que caracteriza, desenganadamente, a existência do grupo econômico formado pela requerente e as empresas EXEMPLO PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA e DINÂMICA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA.

Nos termos do inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006, o enquadramento da empresa de pequeno porte no Simples Nacional está condicionado à obtenção de receita bruta igual ou inferior ao limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) em cada ano-calendário, porém, de acordo com a Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional, colacionada às fls. 4.809 a 4.901, a receita bruta total declarada pelas empresas componentes do indigitado grupo econômico, relativamente ao ano-calendário em que a requerente foi constituída (2012), ultrapassou o referido limite, conforme consta evidenciado no seguinte quadro demonstrativo (expresso em reais):

Ano-calendário de 2012

EMPRESA	DIPJ / SIMPLES NACIONAL
DESTAQUE	0,00
DINÂMICA	1.668.046,31
EXEMPLO	134.826.980,46
RECEITA BRUTA TOTAL	136.495.026,77

A rigor, dado que a requerente foi constituída em 23/10/2012, o limite de enquadramento seria ainda menor, eis que o § 2º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006, determina que este seja proporcional ao número de meses em que a empresa houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

Ademais disso, tendo em vista que o sócio administrador da requerente, Sr. CELSO HIROSHI MIYASAKI, também administra as demais empresas componentes do indigitado grupo econômico, a exclusão do Simples Nacional é obrigatória, devendo a exclusão ser realizada de ofício, com efeitos retroativos à data de início das atividades da requerente, em face da falta de sua comunicação por parte da pessoa jurídica fiscalizada, nos termos do art. 3º, inciso II, §§ 2º e 4º, inciso V, § 10 e art. 29, inciso I, todos da Lei Complementar n.º 123, de 2006, que estabelece *in litteris*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II - no caso da empresa de pequeno porte, auítra, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

(...)

§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o **caput** deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

(...)

§ 10. A empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darse-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Em face do exposto, **VOTO PELA IMPROCEDÊNCIA** da manifestação de inconformidade, **mantendo a exclusão** da impugnante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), realizada na forma do Ato Declaratório Executivo nº 18, de 19/05/2017, expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Londrina/PR.”

Cientificada da decisão de primeira instância em 02/05/2018 (Ciência Eletrônica por Decurso de Prazo à e-Fl. 4.960), inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-Fls. 51 a 57), em 26/07/2018.

Em sede de recurso, a contribuinte, em síntese:

- i. Argui a tempestividade do Recurso Voluntário, tomando como base a data de 27.06.2018, que foi a data em que abriu o documento (Termo de Abertura do Documento à e-Fl. 4965);
- ii. Defende que embora conste nos autos o decurso do prazo em data anterior, tal ato não pode ser considerado como válido, com base na alínea “a”, inciso III, § 2º, do Art. 23, do Decreto nº 70.235/72;

- iii. Argumenta que durante todo o trâmite processual a Recorrente foi intimada exclusivamente por correspondência postal, e que foi surpreendida com a alteração da forma de intimação sem qualquer aviso prévio;
- iv. No tópico preliminar, alega a nulidade do ADE por ser baseado em premissas, e conter ambiguidade da fundamentação legal utilizada;
- v. No mérito, reitera os argumentos da manifestação de inconformidade, arguindo primordialmente a inexistência de requisitos caracterizadores de grupo econômico,

Após a apresentação do recurso, a unidade de origem proferiu o seguinte Despacho de Encaminhamento (e-Fl. 4.998):

“Sr. Chefe, No presente caso, foi acionado a ciência eletrônica do Acórdão nº 07-41.571 da DRJ/FNS que julgou improcedente a Manifestação de inconformidade da Contribuinte no dia 17/04/2018 (fls. 4959), a ciência se deu por decurso de prazo no dia 02/05/2018 (fls. 4960). No dia 26/06/2018 a contribuinte acessou os documentos e no dia 26/07/2018 apresentou *“Recurso Voluntário”* no CAC da DRF/ Maringá (Dossiê 10010.043362/0718-07). Em seu recurso a contribuinte alega a tempestividade do documento. Assim exposto, mesmo que intempestivo, proponho o envio deste ao CARF/DF para prosseguimento. Cumprę esclarecer que não foi possível retornar a fase no Sief processos, por esse motivo encaminho na situação *“encerrado”*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Do Exame de Admissibilidade

Inicialmente, faz-se necessário analisar a tempestividade do presente Recurso Voluntário.

Nos termos do Art. 33, do Decreto 70.235/72, o prazo para interposição de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) é de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da decisão:

“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.”

A Regra Geral de contagem de prazos no Processo Administrativo Fiscal Federal é estabelecida pelo Art. 5º, do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

Ainda, quanto as formas possíveis de intimação, o Art. 23, do Decreto nº 70.235/72, prevê 03 (três) possibilidades:

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado.”

Conforme depreende-se do dispositivo legal, todas as formas constantes nos incisos do Art. 23 são meios adequados para a realização da intimação, não havendo qualquer subsidiariedade.

A única previsão de subsidiariedade prevista nesse artigo encontra-se no §1º, que se refere à intimação por edital, mas apenas restar improfícuo **qualquer** um dos meios previstos nos incisos I a III.

Ademais, a possibilidade de intimação por meio do Termo de Ciência por Decurso de Prazo encontra-se prevista na alínea “a”, inciso III, §2º, do Art. 23, do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 23 (...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

III - se por meio eletrônico:(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

a) 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)"

Dessa forma, não assiste razão a contribuinte quando alega que a RFB não poderia ter alterado a forma de intimação sem qualquer aviso prévio. Não existe qualquer vedação legal para tanto.

No presente caso, verifica-se que a ciência se deu por decurso de prazo no dia 02.05.2018 (fls. 4960), entretanto, somente protocolizou o Recurso Voluntário em 26.07.2018 (e-Fl. 4.967).

Tem-se portanto, que o recurso é manifestamente intempestivo, e não deve ser conhecido por este colegiado, tornando-se definitiva a decisão de 1^a Instância, conforme disciplina o Art. 42 , I, do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;"

Pelo exposto, conclui-se que o presente Recurso Voluntário não cumpre um dos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, qual seja, a tempestividade, prevista no Art. 33, do Decreto 70.235/72, razão pela qual não deve ser conhecido.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do Recurso Voluntário, por ser intempestivo.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves

