



Processo nº 15504.727442/2017-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.832 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2021
Recorrente ORTO ESTACAO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

INTEMPESTIVIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.

Uma vez intimado o contribuinte do Acórdão proferido pela DRJ, inicia-se o prazo de 30 dias para a interposição do Recurso Voluntário, nos termos do Decreto nº 70.235/72. Após o decurso do prazo legal e não havendo razões da contribuinte contrárias à constatação de intempestividade, o recurso voluntário não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NÃO CONHECER do recurso voluntário por ser intempestivo, nos termos do relatório e voto da relatora.

Assinado Digitalmente
Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente

Assinado Digitalmente
Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Ricardo Marozzi Gregório, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 03-79.790 - 5^a Turma da DRJ/BSB, de 22 de maio de 2018, que manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional, efetivada pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/BHE/Nº 066, de 2 de outubro de 2017, com efeitos a partir de 30/3/2012.

Transcrevo trechos do relatório do Acórdão da DRJ.

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/25), a Orto Estação Ltda - EPP e as empresas listadas no item 1.2 da representação compõem grupo econômico de fato, em razão das seguintes constatações:

- a administração das empresas passa pelos integrantes das famílias Albuquerque e Delamarque, conforme histórico da composição societária das mesmas (subitem 7.1);
- a relação parental dos sócios (marido, esposa, filhos) e as datas de suas respectivas inclusão e exclusão nos contratos sociais evidenciam que houve revezamento de sócios nos quadros sociais e na própria administração das empresas (subitem 7.1);
- existência de reclamatória trabalhista proposta por ex-funcionária em 2013, na qual informa ter sido admitida pela empresa Orto Shopping em 2004 e, posteriormente, em 2006, transferida para a Ortocon Ltda sem rescisão contratual;
- nos autos da citada reclamatória trabalhista, o preposto da reclamada admite a existência do grupo econômico entre as empresas;
- informações constantes em Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP apontam que ocorreram 80 movimentações/transferências de empregados entre as empresas no período fiscalizado, havendo casos em que um mesmo empregado foi transferido mais de uma vez entre elas.

Segundo a representação, os revezamentos na gestão das empresas que compõem o grupo econômico comprovam a administração de mais de uma empresa pelos mesmos sócios e que, neste contexto, o que se configura é a tentativa de se dividir o faturamento total das empresas como um todo, em subfaturamento segmentado por unidades de um único empreendimento, e, consequentemente, driblar a LC nº 123/2006, que estipula o limite pelo faturamento para enquadramento no Simples Nacional.

Ainda segundo a auditoria fiscal, nesta hipótese, de dependência entre as empresas que atuam como empreendimento único, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, a fim de que o grupo econômico não se beneficie indevidamente do Simples Nacional através de uma das empresas dele integrante.

A fiscalização apurou que, desde o ano calendário de 2012, o somatório do faturamento das empresas do grupo, tomadas em seu conjunto, ultrapassou o limite anual estabelecido de R\$ 3.600.000,00 para enquadramento no Simples Nacional, conforme LC nº 123/2006, artigo 3º, inciso II, na redação vigente à época dos fatos geradores.

O contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 066 em 9/10/2017 (Aviso de Recebimento – AR - fl. 397) e, em 8/11/2017 (termo de análise de solicitação de juntada – fl. 400), apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 401/418, acompanhada de documentos, na qual alega o que segue.

Assegura que as 12 empresas mencionadas no procedimento fiscal constituem unidades franqueadas independentes da franquia ALL PÉ.

Afirma que as empresas atuam sob o mesmo ‘know how’ desenvolvido pela franqueadora, sendo este fato insuficiente para concluir que foram constituídas por interpostas pessoas ou para caracterizar grupo econômico empresarial.

Informa que a franquia ALL PÉ é líder no mercado de produtos e serviços para tratamento e conforto dos pés e conta atualmente com unidades em 11 Estados, além das 12 franquias localizadas na região metropolitana de Belo Horizonte citadas na autuação.

Alega que os aspectos fáticos probatórios dos autos não possuem aptidão em abstrato para sustentar a conclusão fiscal de que as 12 empresas foram constituídas por interpostas pessoas ou constituem grupo econômico empresarial, o que constitui vício de motivação e enseja a consequente nulidade do ato administrativo de exclusão das empresas do Simples Nacional. Discorre sobre o assunto.

Alega que, embora a exclusão do Simples Nacional das empresas tenha sido fundamentada na suposta constituição das sociedades por interposta pessoa, não houve a indicação do suposto real sócio oculto que estaria por trás dos sócios formais e/ou de qualquer ato por ele supostamente praticado.

Cita jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF segundo o qual a “[...] caracterização de ‘interposta pessoa’ necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros ‘donos’ (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa [...]”. Assegura que não há elementos nos autos capazes de afastar a titularidade de quotas tal como estampada nos contratos sociais.

Diz que todas as menções relativas à composição do quadro societário das empresas relacionadas a período anterior a 5 anos contadas da data dos Atos Declaratórios Executivos de Exclusão do Simples Nacional, independente da relevância ou não de tais acontecimentos, devem ser afastadas em decorrência da decadência.

Assegura que, afora a inclusão indevida de fatos já alcançados pela decadência, a afinidade afetiva ou familiar entre sócios de uma mesma rede de franquia, ou mesmo as alterações feitas no quadro societário das empresas ao longo de sua existência, não são fatores determinantes para caracterizar grupo econômico empresarial.

Afirma que grupo econômico empresarial se configura mediante a comprovação de interdependência, coordenação e gestão unitária entre as empresas. Cita doutrina e jurisprudência neste sentido.

Diz que a Lei nº 13.467/2017, artigo 2º, parágrafo 3º, ampliou o entendimento acima exposto e que, nos termos desta legislação, se até mesmo a existência de sócios idênticos entre empresas não configura grupo econômico, menos ainda as afinidades afetivas ou de parentesco, como faz crer a auditoria fiscal.

Afirma que a detecção de afinidades afetivas ou de parentesco entre sócios de empresas constitui, quando muito, indício capaz de justificar a abertura de processo de investigação a fim de se comprovar ou não a suspeita de existência de grupo econômico.

Invoca novamente o instituto da decadência para requerer seja excluída dos autos a prova relacionada à ação judicial de reclamação trabalhista nº 002098-66-2013.503-0139, movida por Eliza Cristina de Jesus Barreto, eis que a Sra. Eliza foi desligada de uma empresa e admitida em outra em 3/2006, portanto, em momento anterior aos últimos 5 anos.

Alega que as movimentações de funcionários também não constituem, por si só, fator determinante e conclusivo para caracterizar grupo econômico empresarial, capaz

de justificar a exclusão da autuada do Simples Nacional, mas, quanto muito, mero indício para justificar a instauração de eventual procedimento de fiscalização.

Assegura ser a eventual utilização conjunta ou o compartilhamento de funcionários o elemento determinante para configurar grupo econômico empresarial, e não a saída de funcionários do rol de empregados da GFIP de uma empresa e a entrada destes no rol de empregados na GFIP de outra empresa, como faz crer a fiscalização.

Afirma que não há nos autos qualquer menção sobre eventual utilização conjunta ou compartilhada de funcionários entre as empresas envolvidas.

Reafirma que cada uma das 12 empresas constitui uma unidade franqueada independente da franquia ALL PÉ e que o fato de estarem ligadas pelos mesmos procedimentos de “know how” desenvolvidos pela franqueadora não conduz à conclusão de serem constituídas por interposta pessoa ou mesmo caracterizar grupo econômico empresarial.

Alega ser o mercado em que atuam altamente especializado e com poucos concorrentes, de modo ser “[...] mais do que natural se esperar que unidades franqueadas da mesma franquia existentes em uma mesma região geográfica fiquem no poder e administração dos familiares e pessoas próximas daqueles que já conhecem o funcionamento e bom resultado da franquia ALL PÉ”. Assegura ser “[...] natural do ser humano indicar a seus afetos coisas boas [...]”, o que acontece também no mercado econômico das franquias, e o que explica o fato de os quadros societários das 12 empresas franqueadas serem constituídos, em sua maioria, por membros das famílias Alburquerque e Delamarque.

Afirma não haver qualquer relação de parentesco entre os integrantes das famílias Alburquerque e Delamarque.

Destaca que tais famílias não possuem franquias fora da região metropolitana de Belo Horizonte e que também não possuem relação de parentesco com os sócios das demais franquias da ALL PÉ localizadas em Minas Gerais e no restante do Brasil.

Assegura que cada uma das 12 franquias da ALL PÉ consideradas no procedimento fiscal foram regularmente constituídas, possuem personalidade jurídica própria, estabelecimento próprio, estoque próprio e individualizado, funcionários próprios e sócios distintos.

Afirma que as empresas são administradas pelos sócios constantes nos seus respectivos contratos sociais e que, embora estes possuam relação de parentesco, tal fato não autoriza sejam as empresas consideradas um único grupo econômico empresarial.

Assevera ser normal a saída de funcionários de uma franquia para ingressar em outra da mesma rede franqueada, considerando o contexto da realidade do mercado em que as empresas atuam, que é altamente especializado e com poucos concorrentes.

Afirma que tal movimentação ocorre porque um funcionário já treinado e acostumado com os procedimentos da franquia exige um esforço bem menor de adaptação, além de representar ganho de produtividade e economia em treinamento.

Reafirma que há incongruência no enquadramento legal para fins de exclusão da autuada do Simples Nacional e que não há nos autos nenhum elemento de prova capaz de comprovar a existência de coordenação para resultado comum entre as empresas, mas sim quatro situações fáticas que, sozinhas ou combinadas, não são capazes de demonstrar que as empresas agem de forma coordenada.

Tendo sido analisadas as razões da contribuinte, a DRJ concluiu pela configuração da existência do grupo econômico de fato entre as empresas, de modo que manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional:

Pelo exposto, as provas dos autos, quando analisadas conjuntamente, são capazes de demonstrar a existência do grupo econômico de fato irregular/fraudulento entre as empresas, que atuam, em verdade, como um empreendimento único.

O contexto apurado demonstra uma unidade no funcionamento das empresas, que, apesar de aparentemente independentes, sempre atuaram sob o comando das mesmas pessoas físicas, que se revezam na administração das mesmas, o que justifica o somatório da receita bruta de cada uma delas para fins de apuração do limite anual para enquadramento no Simples Nacional, e a sua exclusão do Simples Nacional com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 3º, inciso II.

Segue transcrição da ementa do Acórdão da DRJ:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 30/03/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

A existência de grupo econômico de fato entre empresas que atuam como empreendimento único autoriza o somatório das receitas brutas das empresas para fins de verificação do limite anual para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação dos Tributos e Contribuições - Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado dessa decisão em **04/06/2018** (fls. 456), o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em **05/07/2018** (fl. 459), com as suas razões de defesa.

No Recurso Voluntário, a contribuinte não apresenta novas alegações, reiterando as razões já expostas em sua manifestação de inconformidade. Verifica-se que houve apenas uma reorganização na itemização dos argumentos. Segue transcrição da síntese dos argumentos constantes do Acórdão da DRJ:

Assegura que as 12 empresas mencionadas no procedimento fiscal constituem unidades franqueadas independentes da franquia ALL PÉ.

Afirma que as empresas atuam sob o mesmo ‘know how’ desenvolvido pela franqueadora, sendo este fato insuficiente para concluir que foram constituídas por interpostas pessoas ou para caracterizar grupo econômico empresarial.

Informa que a franquia ALL PÉ é líder no mercado de produtos e serviços para tratamento e conforto dos pés e conta atualmente com unidades em 11 Estados, além das 12 franquias localizadas na região metropolitana de Belo Horizonte citadas na autuação.

Alega que os aspectos fáticos probatórios dos autos não possuem aptidão em abstrato para sustentar a conclusão fiscal de que as 12 empresas foram constituídas por interpostas pessoas ou constituem grupo econômico empresarial, o que constitui vício de motivação e enseja a consequente nulidade do ato administrativo de exclusão das empresas do Simples Nacional. Discorre sobre o assunto.

Alega que, embora a exclusão do Simples Nacional das empresas tenha sido fundamentada na suposta constituição das sociedades por interposta pessoa, não houve a indicação do suposto real sócio oculto que estaria por trás dos sócios formais e/ou de qualquer ato por ele supostamente praticado.

Cita jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF segundo o qual a “[...] caracterização de ‘interposta pessoa’ necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros ‘donos’ (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa [...].” Assegura que não há elementos nos autos capazes de afastar a titularidade de quotas tal como estampada nos contratos sociais.

Diz que todas as menções relativas à composição do quadro societário das empresas relacionadas a período anterior a 5 anos contadas da data dos Atos Declaratórios Executivos de Exclusão do Simples Nacional, independente da relevância ou não de tais acontecimentos, devem ser afastadas em decorrência da decadência.

Assegura que, afora a inclusão indevida de fatos já alcançados pela decadência, a afinidade afetiva ou familiar entre sócios de uma mesma rede de franquia, ou mesmo as alterações feitas no quadro societário das empresas ao longo de sua existência, não são fatores determinantes para caracterizar grupo econômico empresarial.

Afirma que grupo econômico empresarial se configura mediante a comprovação de interdependência, coordenação e gestão unitária entre as empresas. Cita doutrina e a jurisprudência neste sentido.

Diz que a Lei nº 13.467/2017, artigo 2º, parágrafo 3º, ampliou o entendimento acima exposto e que, nos termos desta legislação, se até mesmo a existência de sócios idênticos entre empresas não configura grupo econômico, menos ainda as afinidades afetivas ou de parentesco, como faz crer a auditoria fiscal.

Afirma que a detecção de afinidades afetivas ou de parentesco entre sócios de empresas constitui, quando muito, indício capaz de justificar a abertura de processo de investigação a fim de se comprovar ou não a suspeita de existência de grupo econômico.

Invoca novamente o instituto da decadência para requerer seja excluída dos autos a prova relacionada à ação judicial de reclamação trabalhista nº 002098-66-2013.503-0139, movida por Eliza Cristina de Jesus Barreto, eis que a Sra. Eliza foi desligada de uma em-presa e admitida em outra em 3/2006, portanto, em momento anterior aos últimos 5 anos.

Alega que as movimentações de funcionários também não constituem, por si só, fator determinante e conclusivo para caracterizar grupo econômico empresarial, capaz de justificar a exclusão da autuada do Simples Nacional, mas, quanto muito, mero indício para justificar a instauração de eventual procedimento de fiscalização.

Assegura ser a eventual utilização conjunta ou o compartilhamento de funcionários o elemento determinante para configurar grupo econômico empresarial, e não a saída de funcionários do rol de empregados da GFIP de uma empresa e a entrada destes no rol de empregados na GFIP de outra empresa, como faz crer a fiscalização.

Afirma que não há nos autos qualquer menção sobre eventual utilização conjunta ou compartilhada de funcionários entre as empresas envolvidas.

Reafirma que cada uma das 12 empresas constitui uma unidade franqueada independente da franquia ALL PÉ e que o fato de estarem ligadas pelos mesmos procedimentos de “know how” desenvolvidos pela franqueadora não conduz à conclusão de serem constituídas por interposta pessoa ou mesmo caracterizar grupo econômico empresarial.

Alega ser o mercado em que atuam altamente especializado e com poucos concorrentes, de modo ser “[...] mais do que natural se esperar que unidades franqueadas da mesma franquia existentes em uma mesma região geográfica fiquem no poder e administração dos familiares e pessoas próximas daqueles que já conhecem o funcionamento e bom resultado da franquia ALL PÉ”. Assegura ser “[...] natural do ser humano indicar a seus afetos coisas boas [...]”, o que acontece também no mercado econômico das franquias, e o que explica o fato de os quadros societários das 12 empresas franqueadas serem constituídos, em sua maioria, por membros das famílias Alburquerque e Delamarque.

Afirma não haver qualquer relação de parentesco entre os integrantes das famílias Alburquerque e Delamarque.

Destaca que tais famílias não possuem franquias fora da região metropolitana de Belo Horizonte e que também não possuem relação de parentesco com os sócios das demais franquias da ALL PÉ localizadas em Minas Gerais e no restante do Brasil.

Assegura que cada uma das 12 franquias da ALL PÉ consideradas no procedimento fiscal foram regularmente constituídas, possuem personalidade jurídica própria, estabelecimento próprio, estoque próprio e individualizado, funcionários próprios e sócios distintos.

Afirma que as empresas são administradas pelos sócios constantes nos seus respectivos contratos sociais e que, embora estes possuam relação de parentesco, tal fato não autoriza sejam as empresas consideradas um único grupo econômico empresarial.

Assevera ser normal a saída de funcionários de uma franquia para ingressar em outra da mesma rede franqueada, considerando o contexto da realidade do mercado em que as empresas atuam, que é altamente especializado e com poucos concorrentes.

Afirma que tal movimentação ocorre porque um funcionário já treinado e acostumado com os procedimentos da franquia exige um esforço bem menor de adaptação, além de representar ganho de produtividade e economia em treinamento.

Reafirma que há incongruência no enquadramento legal para fins de exclusão da autuada do Simples Nacional e que não há nos autos nenhum elemento de prova capaz de comprovar a existência de coordenação para resultado comum entre as empresas, mas sim quatro situações fáticas que, sozinhas ou combinadas, não são capazes de demonstrar que as empresas agem de forma coordenada.

Conclui:

Como se percebe, tudo que consta neste processo são provas da existência real de 12 unidades franqueadas da franquia ALL PÉ na região metropolitana de Belo Horizonte, 12 reais lojas existentes, com funcionários próprios, estoques próprios e estabelecimentos próprios, constituídas regularmente e administradas pelos sócios constantes de seus instrumentos constitutivos.

Também se percebe que os indícios levantados pela simples análise da relação de parentesco entre os sócios e saída de funcionários de uma unidade para outra não podem ser admitidos como suficientes para configuração de suposta constituição das sociedades por interposta pessoa ou mesmo caracterização de grupo econômico, tornando-se patente, pois, a cassação do acórdão proferido pela 5^a Turma Julgadora da Delegacia da Receita Federal.

Ao final, requer:

Ex positis, considerando todas as robustas razões recursais acima apresentadas, as recorrentes pugnam pela reforma do acórdão ora recorrido de modo que:

a) seja acatada as preliminares ora arguidas para afastar os indícios apresentados no procedimento fiscal em comento como se prova conclusiva fossem das supostas constituições das sociedades por interposta pessoa ou mesmo configuração de grupo econômico;

b) no mérito, cada uma delas seja considerada como franquia individualizada (que são), afastando, por conseguinte, a imputação de constituição por interposta pessoa ou mesmo grupo econômico empresarial, de forma a manter a apuração individualizada do limite de faturamento anual bruto para fins de opção pelo Simples Nacional, o que resulta na manutenção de todas elas no regime de recolhimento unificado.

Por fim, as recorrentes reiteram que todas as intimações referentes aos atos processuais sejam feitas de forma pessoal, nos endereços das respectivas franquias já indicado na Manifestação de Inconformidade, sob pena de serem consideradas nulas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Inicialmente, analisando-se os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, verifica-se que a contestação é intempestiva.

Nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF) o prazo legal para formalização do recurso voluntário, com efeito suspensivo, é de 30 (trinta) dias, contados da data 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 forma de contagem do prazo de impugnação / contestação está regrada pelo artigo 5º do PAF:

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.

No presente caso, o sujeito passivo foi cientificado em **04/06/2018** (fls. 456), via postal, do teor do Acórdão nº 03-79.790 - 5^a Turma da DRJ/BSB, tendo apresentado Recurso Voluntário em **05/07/2018** (fl. 459).

De acordo com o prazo previsto no art. 33 do PAF e com a regra de contagem disposta no art. 5º do mesmo dispositivo, a contagem do prazo para contestação iniciou-se em **05/06/2018** (terça-feira), primeiro dia útil após a data da ciência do Acórdão da DRJ, de modo que o último dia para apresentação do recurso voluntário foi **04/07/2018** (quarta-feira), dia de expediente normal.

Logo, tendo em vista que a contestação foi apresentada em **05/07/2018**, ou seja, após o prazo de 30 dias estabelecido pelo art. 33 do PAF, conclui-se pela sua **intempestividade**.

Conclusão

Ante o exposto, VOTO por não conhecer do Recurso Voluntário por ser intempestivo.

Assinado Digitalmente
ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO