



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11444.000695/2007-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.261 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 6 de maio de 2020
Recorrente TRANSPORTADORA HERCULANDIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

A legislação do Simples Federal veda expressamente a opção ao regime simplificado feita por pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica.

INTIMAÇÕES NO ENDEREÇO DO REPRESENTANTE LEGAL (ADVOGADO) DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. SÚMULA CARF Nº 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação - seja por qualquer meio - dirigida ao advogado do contribuinte, nos termos da Súmula CARF nº 110, cujos os efeitos são vinculantes.

PEDIDO FEITO NOS AUTOS PARA REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. INEXISTÊNCIA PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO DO CARF. PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO NO D.O.U E NO ENDEREÇO ELETRÔNICO DO CARF NA INTERNET. DIREITO ASSEGURADO À PARTE OU AO SEU PATRONO DE FAZER SUSTENTAÇÃO ORAL NA SESSÃO DE JULGAMENTO.

O pedido de intimação prévia da data da sessão de julgamento ao patrono do Recorrente para a realização de sustentação oral não encontra amparo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF. A publicação da pauta no Diário Oficial da União e a divulgação no sítio do CARF na Internet, será feita com, no mínimo, 10 (dez) dias de antecedência da data do julgamento, devendo as partes ou seus patronos acompanhar tais publicações, podendo, então, na sessão de julgamento respectiva, efetuar sustentação oral.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Ailton Neves da Silva- Presidente.

Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata-se de manifestação de inconformidade contra o Despacho Decisório DRF/MRA/Sacat n.º312, de 22 de agosto de 2008, que decidiu que fosse expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/MRA n.º12, de 27 de agosto de 2008, o qual declara a empresa excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições denominada SIMPLES, desde o início de suas atividades, 10/09/2004.

Conforme o referido Despacho Decisório, nas folhas, 152 a 154, a Delegacia da Receita Previdenciária de Bauru formulou a Representação Fiscal anexa ao processo após deparar-se com situação impeditiva à permanência no Simples. Foi constatada que a Transportadora Herculândia Ltda foi constituída por desmembramento da empresa Laticínio Herculândia Ltda, o que constitui vedação para permanência no Simples, conforme dispõe a Lei no 9.317/1996, art. 9º, XVII.

A fiscalização constatou:

- alteração contratual com finalidade de posterior incorporação;
- o quadro societário da Laticínios Herculândia possui grau de parentesco (cônjuges) com os sócios da Transportadora Herculândia;
- a Transportadora Herculândia adquiriu caminhões do ativo imobilizado da Laticínios Herculândia ao iniciar suas atividades;
- a Transportadora Herculândia prestou serviços eminentemente a Laticínios Herculândia;
- cinco ex-empregados da Laticínios Herculândia foram admitidos pela Transportadora Herculândia;
- a Transportadora Herculândia foi incorporada pela Laticínios Herculândia.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, nas folhas 161 a 164, alegando que:

- foi constituída com capital de R\$30.000,00, totalmente integralizado em dinheiro dos sócios;
- não há qualquer elemento que possa caracterizar o instituto da cisão;
- o desmembramento previsto no art. 9º, XVII da Lei nº 9.317/1996 não é figura jurídica prevista nas Leis nº 10.406/2002, Lei nº 6.404/1976;
- adquiriu diversos veículos por meio de contrato de compra e venda, não se confundido com o termo de transferência de patrimônio previsto no instituto da cisão;
- prestou serviços de transporte para a Laticínios Herculândia como qualquer outra empresa;
- a contratação de cinco ex-empregados da Laticínios Herculândia não é fato impeditivo à opção pelo Simples, mesmo porque houve também a contratação de mais 13 empregados que nunca foram empregados da Laticínios Herculândia;
- a incorporação pela Laticínios Herculândia não é fato impeditivo manutenção no Regime do Simples, pois não há previsão para tal na legislação do Simples;

Em sessão de 25/08/2011 (e-fls. 227) a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

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

Ano-calendário: 2004,2005,2006,2007

SIMPLES. EXCLUSÃO.

A empresa constituída por desmembramento de outra está impedida de ser optante do regime de tributação SIMPLES.

- Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls. 241), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Repisa os argumentos apresentados na sua impugnação, ou seja:

1. De que não é resultante de desmembramento da Laticínios Herculândia LTDA;
2. O Desmembramento deve ser entendido como cisão, pois o termo “desmembramento” não está previsto no código civil e na lei das S.A.;
3. Os fatos constatados pela fiscalização não configuram uma cisão, pois:

- a. Possuem as duas empresas sócios diversos;
 - b. O capital foi integralizado em dinheiro;
 - c. Não há prova de que o patrimônio da Laticínios Herculândia foi transferido para a Transportes Herculândia.
4. Afirma que para configurar a cisão seria necessária a manifestação dos sócios neste sentido, o que não ocorreu.
 5. Requerem a intimação de seus advogados para fins de solicitação de sustentação oral.
 6. Ao final, pedem o provimento do seu Recurso Voluntário.

É o relatório

Voto

DO MÉRITO

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Pedido de intimação em nome do representante legal do contribuinte

No processo administrativo fiscal as intimações são realizadas no endereço tributário eleito pelo próprio contribuinte, conforme destacado pelo artigo 23, II, do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação: [...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no **domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo**. (grifamos)

Nesse sentido, basta apenas mencionar a existência da Súmula CARF n.º 110, cuja redação segue abaixo e seus efeitos passaram a ser vinculantes com a publicação da Portaria ME n.º 129/2019:

Súmula CARF n.º 110. No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Conforme determina o artigo 72 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, *as decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de **observância obrigatória** pelos membros do CARF.*

Portanto, totalmente descabida qualquer pretensão do patrono em sentido contrário.

Pedido de sustentação oral feito nos autos

Consta da defesa um pedido para que o contribuinte seja intimado *na pessoa de seu representante legal infra assinado para oportuna **SUSTENTAÇÃO ORAL**, quando do julgamento do referido Recurso Voluntário.* Todavia, convém desde logo informar que o pedido não merece prosperar.

Quanto à solicitação para realização de sustentação oral, percebe-se que ela não foi realizada nos termos da Portaria MF n.º 343/2015, cujo artigo 61-A prescreve:

Art. 61-A. As turmas extraordinárias adotarão rito sumário e simplificado de julgamento, conforme as disposições contidas neste artigo.

[...]

§ 2º A pauta da reunião será elaborada em conformidade com o disposto no art. 55, dispensada a indicação do local de realização da sessão, e incluída a informação de que **eventual sustentação oral estará condicionada a requerimento prévio, apresentado em até 5 (cinco) dias da publicação da pauta**, e ainda, de que é facultado o envio de memoriais, em meio digital, no mesmo prazo.

[...]

§ 4º O requerimento para sustentação oral implica a retirada do processo para inclusão em pauta de sessão não virtual.

Como se vê, os pedidos de solicitação de sustentação devem ser feitos no prazo de cinco dias da publicação da pauta de julgamento. O formulário de solicitação de sustentação oral, por sua vez, encontra-se disponível no sítio eletrônico do CARF.

O contribuinte não cumpriu com o exposto na norma.

Esse entendimento, inclusive, é assente nas turmas extraordinárias das três seções de julgamento deste Conselho, veja-se:

PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. A sustentação oral por mandatário da Recorrente é realizada nos termos do artigo 61-A, §2º do RICARF. **(Processo n.º 13830.902837/2009-19. Acórdão n.º 1002-000.914. Sessão de 07/11/2019)**

SUSTENTAÇÃO ORAL. SOLICITAÇÃO. O recurso voluntário não é o instrumento adequado para solicitação de sustentação oral. Tal faculdade deve ser formalizada pelo interessado mediante preenchimento de formulário específico disponibilizado no sítio do CARF na internet, com observância, dos prazos regimentais. **(Processo n.º 19707.000100/2007-91. Acórdão n.º 2001-001.519. Sessão de 17/12/2019)**

REQUERIMENTO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM RECURSO. O pedido de sustentação oral deve observar o que dispõe o art. 61-A, §2º, do Anexo II do Regimento do Interno do CARF (RICARF). **Processo n.º 10840.902163/2008-56. Acórdão n.º 3003-000.332. Sessão de 08/07/2019)**

Assim, não merece acolhida a solicitação de sustentação realizada nos autos.

DO MÉRITO

O trabalho da fiscalização da RFB foi motivado por pedido de CND para fins de baixa da empresa **Laticínios Herculândia Ltda**, momento em que verificou-se que esta havia incorporado anteriormente a Transportadora Herculândia Ltda(e-fls. 52).

Assim, em função das provas apuradas, a Fiscalização da RFB entendeu que a pessoa jurídica Transportadora Herculândia Ltda(CNPJ 06.978.773/0001-23) não poderia ter aderido ao Simples Federal pois se trataria de um desmembramento de outra pessoa jurídica, no caso a Laticínios Herculândia Ltda (CNPJ 04.212.918/0001-55).

A defesa alega categoricamente que “**A Recorrente não é fruto de desmembramento do Laticínios Herculândia Ltda.**”

A pessoa jurídica que apresentou o Recurso Voluntário de e-fls. 241 é a BEL S.A (CNPJ 56.073.307/0001-77) a qual, nas suas palavras, é “**sucessora de LATICÍNIOS HERCULÂNDIA LTDA**, inscrita no CNPJ(MF) sob o n.º.04.212.918/0001-55 e **consequentemente da Transportadora Herculândia Ltda**, inscrita no CNPJ(MF) sob o n.º. 06.978.773/0001-23”.(grifo nosso)

Assim, o Fisco afirma que a **Transportadora Herculândia Ltda** teria decorrido de um desmembramento da **Laticínios Herculândia Ltda**, o que a defesa nega, mas foi posteriormente incorporada pela própria **Laticínios Herculândia Ltda**. Quanto a este fato, a defesa nada alega.

A recorrente afirma que o desmembramento deve ser entendido como cisão “*porque é figura que não está prevista nem no Código Civil e nem na Lei das Sociedades por Ações*”. Ocorre que a lei 9.317/1996 no seu artigo 9, inciso XVIII trata a cisão como **espécie do gênero desmembramento**:

-Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Vê-se que a legislação do Simples Federal (Lei nº 9.317/1996) veda expressamente a opção pelo Simples por pessoa jurídica que seja de qualquer modalidade de **desmembramento da pessoa jurídica, dentre as quais, a cisão**. Portanto, o artigo 9º da lei 9.317/1996 não está restrito apenas à cisão, mas qualquer procedimento utilizado pela empresa de desmembrar-se.

Embora argumente a recorrente que não é resultante de um desmembramento, mas sim de uma empresa nova e independente, tal afirmação não se coaduna com as provas existentes nos autos, pois a fiscalização apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que a empresa recorrente é resultante de um desmembramento da atividade antes exercida pela **Laticínios Herculândia Ltda**.

A recorrente afirma que a Transportadora Herculândia é uma empresa totalmente nova, o que seria uma prova de que não decorre de desmembramento. Ora, é evidente que o resultado do desmembramento da **Laticínios Herculândia Ltda** é a criação de uma nova empresa (**Transportadora Herculândia Ltda**), porém tal argumentação não se presta para desfigurar a constatação de desmembramento, pois a existência de independência entre empresas em questão não modifica a natureza da operação de desmembramento.

Quanto a alegação de que “*O fato de passar a prestar serviços ao LATICÍNIOS HERCULÂNDIA LTDA não é elemento a configurar a mencionada cisão ou desmembramento*”, entendo que este fato esclarece a motivação do desmembramento. Ou seja: desmembrou-se a empresa para que a nova pessoa jurídica prestasse serviços para a original. Esta nova empresa, ressalta-se, foi constituída por cônjuges dos sócios da Laticínios Herculândia Ltda, com cinco funcionários originados da empresa original, e no seu ativo consta caminhões antes pertencentes à Laticínios Herculândia Ltda, os quais, repita-se são utilizados para fazer o mesmo serviço que antes eram feitos na empresa original. Não há provas do desembolso dos sócios para a compra dos caminhões.

A relação umbilical entre as duas empresas revela-se inclusive no âmbito processual: quem recorre aqui é a BEL S/A, que incorporou a Laticínios Herculândia Ltda, e esta, como se sabe, (re)incorporou a Transportadora Herculândia Ltda.

Dispõe o parágrafo 3º do artigo 57, Anexo II, do RICARF, com a redação dada Portaria MF nº 329, de 2017, verbis:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:
I - verificação do quórum regimental;
II - deliberação sobre matéria de expediente; e
III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º **A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida.** (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017) (grifei)

No caso presente, verificando-se que o recorrente reitera perante este colegiado, os argumentos de defesa apresentados na impugnação, ao amparo no permissivo regimental acima reproduzido, por concordar plenamente, com os argumentos do voto do Relator, com a devida licença, adoto-o, por seus próprios fundamentos, como razão de decidir no presente julgado.

Razão pela qual cito trechos do Acórdão recorrido, verbis:

“Na verdade tem-se que o conjunto dos fatos não deixa dúvidas de que a Transportadora Herculândia foi constituída por desmembramento da Laticínios Herculândia. A relação . de parentesco entre os sócios, a compra de caminhões do ativo imobilizado da Laticínios Herculândia e posterior prestação de serviço de transporte para a antiga proprietária dos caminhões, a contratação de ex-empregados da Laticínios Herculândia, e, por fim, a incorporação pela Laticínios Herculândia são provas evidentes para fundamentar as conclusões do Despacho Decisório, repita-se, a Transportadora Herculândia foi constituída por desmembramento da Laticínios Herculândia.

- A empresa nada apresentou que infirmasse os fatos narrados no Despacho Decisório.

A mera apresentação de contratos de compra e venda de caminhões do ativo imobilizado da Laticínios Herculândia não comprova que não houve transferência do patrimônio da Laticínios Herculândia para a- Transportadora Herculândia, uma vez que não houve comprovação do efetivo pagamento desses valores.

O fato da Transportadora Herculândia prestar serviços para outras empresas além da Laticínios Herculândia não descaracteriza a ocorrência do desmembramento; o importante a ser observado é que os serviços de transporte executado pela Transportadora Herculândia deixou de ser feito pela Laticínios Herculândia.

O mesmo se diga da contratação de outros empregados além dos cinco ex-empregados da Laticínios Herculândia; o fato da Transportadora Herculândia ter sido desmembrada da Laticínios Herculândia evidentemente não a impede de contratar outros empregados posteriormente ao desmembramento. O que é relevante a ser observado é o significativo número de empregados transferidos para a empresa desmembrada para executar serviço anteriormente executado pela Laticínios Herculândia.

Por fim, a incorporação da Transportadora Herculândia pela Laticínios Herculândia por si, só não seria fato relevante para excluir a empresa do Simples,

porém o fato reforça ainda mais a conclusão da ocorrência da operação de desmembramento efetuado pelas empresas

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE contra o Despacho Decisório DRF/MRA/Sacat n.º 312, de 22 de agosto de 2008, que decidiu que fosse expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/MRA n.º 12, de 27 de agosto de 2008, o qual declara a empresa excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições denominada SIMPLES, desde o início de suas atividades, 10/09/2004.”

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Rafael Zedral – relator.