



Processo nº 10920.001422/2006-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-005.188 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 15 de setembro de 2021
Recorrente C DARWIN CONFECÇÕES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005

EXCLUSÃO. SIMPLES FEDERAL. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. ATIVIDADE VEDADA. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. COMPROVAÇÃO.

A realização de cessão de mão-de-obra leva à exclusão da pessoa jurídica do regime jurídico do Simples Federal, desde que devidamente comprovada. Por outro lado, essa não se confunde com a industrialização por encomenda, atividade cujo ingresso e permanência é permitida no Simples Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Lucas Issa Halah (suplente convocado) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão n. 0728.548 da 4^a Turma da DRJ/FNS, fls.119, que negou provimento à manifestação de inconformidade, fl.55, que insurgiu-se contra Ato Declaratório Executivo n° 103, de 26 de Agosto de 2009, fls. 53, que excluiu o contribuinte do regime do Simples:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BLUMENAU/SC, no exercício da competência prevista no art. 283, inciso I, do Regimento Interno da SRF, aprovado pela Portaria MF n.º 125/2009, e de acordo com o disposto no art.14, inciso I, da Lei n.º 9.317/96, resolve:

Art. 1º - Excluir do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, nos termos do Despacho Decisório DRF/BLU n.º 216/2009 (processo n.º 10920.001422/2006-78), a pessoa jurídica C. DARWIN CONFECÇÕES LTDA., CNPJ 02.976.30910001-47, por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 9º, inciso XII, alínea "V", da Lei n.º 9.317/96.

Art. 2º - A exclusão de que trata o presente Ato Declaratório produz efeitos a partir de 01/01/2005 conforme dispõe o art. 15, II, da Lei n.º 9.317/96..

O ADE n.103/2009, por sua vez, resultou de representação administrativa (fl.01 e ss), proposta por auditor fiscal da Previdência Social, que, por sua vez, embasou o Relatório e a proposição pela SRF para exclusão do Simples, pelos seguintes fundamentos:

Trata-se de Representação Administrativa - RA formalizada 6s fls. 01/03, datada de 17/05/2006, através da qual a fiscalização previdenciária noticiou ter a empresa em epígrafe incorrido numa das hipóteses de vedação ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições - SIMPLES Federal.

Em seu relatório, a autoridade fiscal aponta que, desde sua constituição, a atividade de fato exercida pela empresa consiste apenas em contratar empregados em seu nome e coloca-los à disposição da LUNENDER S/A, sendo remunerada por "prestação de serviços de facção". Nesse sentido, justifica seu entendimento com base nas seguintes constatações: a) os serviços eram prestados exclusivamente para LUNENDER desde 10/1999; b) todas as máquinas foram fornecidas pela LUNENDER a título de comodato, sem ônus; c) seu sócio majoritário, entre 01/10/1999 e 15/11/2003, Sr. Samuel Eichstaedt, foi empregado da LUNENDER, tendo sido demitido antes de ingressar como sócio; d) da mesma forma, sua sócia majoritária, a partir de 15/11/2003, Sra. Roseli Caldeirini, também era ex-empregada da LUNENDER; e) todo o controle e processamento administrativo, financeiro e contábil era efetuado por empregados da LUNENDER, a saber: ARILDO BUZZ', do setor de pessoal, e REGIS AUGUSTO SCHIMANKO, da contabilidade; e) a mão-de-obra era seu único fator de produção relevante; e f) a C' DARWIN CONFECÇÕES LTDA. foi constituída por capital irrisório, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo, a partir de 15/11/2003, passado para 10.000,00 (dez mil reais).

Acrescenta, ainda, que, apesar de constarem nos livros e documentos fiscais do contribuinte operações de entrada de mercadorias para industrialização por encomenda (CFOP 190.1) e de saída como retorno de industrialização por encomenda (CFOP 590.2) ao único contratante (LUNENDER LTDA.), a empresa limitava-se a fornecer mão-de-obra registrada em seu nome, cuja remuneração ocorria mediante emissão mensal de nota fiscal de prestação de serviços (CFOP 512.4). Conclui, assim, a fiscalização que restou caracterizada a cessão de mão-de-obra, a qual compreende atividade vedada ao SIMPLES Federal, conforme prescreve o art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei n.º 9.317/96.

Além do contrato social e correspondentes alterações (fls. 05/33), instruem a presente representação cópias dos seguintes documentos: - Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n.º09273245-00 (fls. 04); Notas Fiscais (fls. 34/39); Folhas 01, 153 e 155 do Livro Diário n.º 11, demonstrando a composição do ATIVO e Resultado ref. balancete 12/2004 (fls. 40/42).

Em face da situação relatada, que configurou, na leitura da autoridade de origem, implicação de atividade vedada pelo Simples Federal, nos termos do art. 9, inc. XII, alínea f, da Lei 9317/1996, a exclusão da contribuinte se fundamentou, além da situação relatada acima, pelos seguintes aspectos: a) em consulta ao CNAE, estava enquadrada na Classificação Nacional

de Atividades Econômicas - CNAE sob o código "1412.6.01 - confecção de pegas de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida"; b) verificou-se que a empresa é optante do Simples desde sua constituição, em 01/02/1999, tendo sido excluído em 30/06/2007 com o advento do Simples Nacional (LC 123/2006); c) no que tange à prestação de serviços, a Coordenação Geral do Sistema de Tributação – COSIT, emitiu Parecer n.º 69/1999, que não admite opção do Simples por parte de empresas que empreitem mão-de-obra em caráter exclusivo; d) em face da similitude conceitual entre locação e empreitada de mão-de-obra, e com base nos elementos probatórios juntados pela representação administrativa, observou-se que o contribuinte incorreu na hipótese do art. 9º, VII, f, da Lei 9317/1996, cuja exclusão deve se dar de ofício nos termos do art. 12º, do art. 14º, inc. I e do art. 15º, inc. II, da Lei 9317/1996.

Em resposta à exclusão, a interessada apresentou manifestação de inconformidade, pontuando o seguinte:

- realmente não possui maquinário próprio e presta serviços à LUNENDER desde 10/1999; que todo o processamento administrativo, financeiro e contábil seria efetuado por empregados da LUNENDER e; que seus sócios são funcionários desligados, também da empresa LUNENDER, mas que tais circunstâncias “(...) por si só não caracterizam qualquer situação que possa refletir na exclusão da Manifestante do SIMPLES, como quer o ente fazendário”; que o contrato social é expresso ao expor que o objeto social é a confecção de artigos para vestuário e, portanto, não pode ser confundida com cessão de mão-de-obra na prestação de serviços por facção, argumento corroborado pelo contrato de prestação de serviços pactuado entre as contratantes, isto é, “(...) executar os serviços de facção de costura de artefatos de malha, de acordo com as especificações técnicas, prazos de entrega e preços previamente acordados entre as partes contratantes e indicadas nas Instruções de Produção”, por prazo indeterminado, emitindo notas de serviços, assumindo o risco de refazer o trabalho e o serviço defeituoso, inclusive em relação aos materiais perdidos por má utilização. Consta do contrato que a contratada fornecerá o serviço executado por mão-de-obra própria, devidamente registrada e com recolhimento de todos os encargos trabalhistas e previdenciários, cumprindo os prazos e qualidade especificados nas Ordens de Produção”;
- a atividade prestada pela empresa corresponderia, na verdade, à industrialização por encomenda na modalidade de facção de roupas, conforme comprovam as notas fiscais, e não de cessão de mão-de-obra;
- os documentos fiscais apresentados sobre industrialização por encomenda estavam com exigibilidade suspensa, nos termos do art. 27, Anexo 2, RICMS/SC;
- que a alegação de que a LUNENDER seria a única cliente da contribuinte, não estaria apoiada em provas; que, cotejando os arts. art. 31 da Lei no. 8.212/1991 (usado como referência pelo auditor fiscal responsável pela representação administrativa) e o art. 143 da IN SRP no. 3/2005, que traz os requisitos para configuração da cessão de mão de obra, que a atividade prestada não se caracteriza como cessão de mão de obra sobretudo porque a prestação de serviços se deu em seu próprio estabelecimento e não no estabelecimento da tomadora de serviços, não havendo também qualquer subordinação dos empregados da prestadora de serviços com a tomadora de serviços. Assim, fundamenta que: “1) Não se pode afirmar que se trata

de cessão de mão-de-obra, pois a prática da atividade prestada é diversa do entendimento fundamentado no Despacho Decisório, ou seja, em momento algum ocorre a subordinação dos empregados da Manifestante à empresa contratante (Lunender), um dos requisitos necessários para a classificação da cessão de mão-de-obra; 2) O serviço ocorreu em seu próprio estabelecimento e não no estabelecimento da Contratante (Lunender); e, por fim, 3) O serviço também não foi praticado nas dependências de terceiros”, interpretação que também seria corroborada pelo art. 2^a da Instrução Normativa no. 3/1996 do Ministério do Trabalho e pela Solução de Consulta n. 88/2007;

- defende, com base no art. 24, inc. IX, da IN SRF n. 608/2006, que a retroatividade deverá se dar a partir da data dos efeitos da opção;
- violação ao princípio da segurança jurídica do contribuinte.

O Acórdão recorrido, por sua vez, negou provimento à Manifestação de Inconformidade, nos termos da ementa abaixo:

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

Ano calendário: 2005

EXCLUSÃO. SIMPLES FEDERAL. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

A pessoa jurídica que se dedica à locação de mão de obra está impedida de exercer a opção pelo Simples Federal.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES. SERVIÇOS CONTÍNUOS. SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.

A cessão de mão de obra caracteriza-se pela disponibilização de trabalhadores nas dependências do contratante, ou de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

EXCLUSÃO. SIMPLES FEDERAL. EFEITOS.

A exclusão do Simples Federal opera-se com efeitos retroativos nas hipóteses previstas na legislação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano calendário: 2005.
RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE. DESCARACTERIZAÇÃO. Quando configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, os efeitos tributários devem ser determinados conforme os atos efetivamente ocorreram.

Além disso, importante ressaltar que o Voto Condutor considerou a ocorrência de simulação na conduta praticada pelo Contribuinte, também indicada na representação administrativa supramencionada, já que não constam do contrato social da contribuinte ou de seus dados cadastrais junto à RFB a prática de locação de mão-de-obra.

Irresignado com a decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, fls.138, onde repisa os argumentos já apresentados na Manifestação de Inconformidade, além de refutar a ocorrência de simulação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; portanto, dele conheço.

Passo a analisar o mérito.

Primeiramente, privo-me de analisar as questões constitucionais relacionadas a princípios, como o princípio da irretroatividade e o princípio da segurança jurídica, já que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”.

Da mesma forma, prevê a Súmula Carf nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto ao objeto central da discussão, conforme consta da representação administrativa (fl.02-03), a proposição da exclusão o Simples Federal baseou-se nas seguintes condutas que teriam sido supostamente praticadas pelo contribuinte, segundo a autoridade de origem:

a-) prestação de serviço exclusivamente para a LUNENDER desde 10/1999; b-) todas as máquinas foram fornecidas pela LUNENDER a título de comodato, sem ônus; c-) seu sócio majoritário entre 01/10/1999 e 15/11/2003, SAMUEL EICHSTAEDT, foi empregado da LUNENDER, "demitido" antes de ingressar como sócio; d-) da mesma forma, sua sócia majoritária a partir de 15/11/2003, ROSELI CALDEIRINI, foi empregada da LUNENDER, "demitida" antes de entrar como sócia da DIAYONS (outra empresa em situação semelhante); e) todo o controle e processamento administrativo, financeiro e contábil é efetuado por empregados da LUNENDER, por exemplo: ARILDO BUZZI, do setor de pessoal, e REGIS AUGUSTO SCHIMANKO, da contabilidade; f-) a mão-de-obra é seu único fator de produção relevante, e; g-) é formada por capital social irrisório, de R\$ 2.000,00, passando para R\$ 10.000,00 a partir de 15/11/2003.

Portanto, apesar de constar em seus livros e documentos fiscais operações de entradas de mercadorias para industrialização por encomenda (CFOP 190.1) e de saídas como retorno de industrialização por encomenda (CFOP 590.2) ao único contratante (LUNENDER), a empresa se limita a fornecer a mão-de-obra registrada em seu nome, remunerada mediante emissão mensal de nota fiscal de prestação de serviços (CFOP 512.4). Logo, restou caracterizada a cessão de mão-de-obra, atividade vedada às empresas optantes pelo SIMPLES, conforme previsão do Art. 9º, XII, "f", da Lei nº 9.317/96.

Com base nas informações acima, a Recorrente foi excluída do Simples Federal por exercer, na leitura do ADE 103/2009, atividade vedada, nos termos do art. 9º, XII, f, da Lei 9.317, de 1996:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: [...]
XII - que realize operações relativas a:

- a) (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)
- b) locação ou administração de imóveis;
- c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros;
- d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;
- e) *factoring*;
- f) **prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;**

Nesse sentido, sobre a configuração da locação de mão de obra, atividade que, segundo a autoridade de origem, fundamentou a exclusão do Simples, apontou o Acórdão Recorrente, fls.122/123:

A locação de mão de obra possui como pressuposto básico a utilização do trabalho alheio. A empresa fornecedora fornece mão de obra, assumindo a obrigação de contratar os trabalhadores sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. Torna-se, desta forma, a responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação dos serviços, muito embora os trabalhadores sejam colocados à disposição da contratante, em suas dependência ou nas de terceiros.

Não é necessário que os serviços tenham relação com a atividade fim da contratante, apenas é exigido que estes serviços sejam contínuos, representando uma necessidade permanente desta contratante.

Ressalte-se que a figura em questão não impõe na ruptura do vínculo empregatício destes empregados junto à empresa cedente de mão de obra; os empregados permanecem vinculados a cedente.

Apesar da ausência de uma disposição legal expressa definindo o conceito de locação de mão de obra para fins de opção pelo Simples Federal, a legislação tributária assim define a cessão de mão de obra em relação às Contribuições Previdenciárias, conforme disposto no artigo 31, §3º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991: *Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal, ou fatura, em nome da empresa cedente da mão de obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. [...]*

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão de obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (grifo nosso). Ingressando-se no caso em tela, verifica-se que não constam do contrato social da contribuinte ou de seus dados cadastrais junto à RFB a prática da atividade de locação de mão de obra.

Em síntese, segundo a autoridade fiscalizadora e o Acórdão combatido, a situação em tela configurar-se-ia locação de mão de obra, que apresenta similitude conceitual com a concepção de cessão de serviços, nos termos do art. 31, §3º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, já que: a) o prestador de serviço seria exclusivamente prestado pela prestadora; b) todas as máquinas seriam fornecidas pela tomadora, a título de comodato, sem ônus; c) o sócio majoritário entre 01/10/1999 (época de sua criação) e 15/11/2003 foi empregado da tomadora, e fora demitido antes de ingressar como sócio da prestadora; d) a sócia majoritária a partir de 15/11/2003 foi empregada da tomadora e também demitida antes de entrar como sócia de outra empresa em caso semelhante; e) o controle e processamento administrativo, financeiro e contábil seria efetuado por empregados da tomadora; f) a mão de obra seria seu único fator de produção relevante; formada por capital irrisório, a partir de 15/11/2003.

Além disso, segundo entendeu o Acórdão recorrido, haveria indícios de

simulação, observadas através das seguintes circunstâncias (fl.124):

Na situação posta em litígio, observa-se que, do ponto de vista formal, as interessada teria como atividade única a industrialização por encomenda para a empresa Lunender S/A.

Os documentos trazidos aos autos, todavia, demonstram que esta verdade formal é apenas aparente, pois na realidade a contribuinte foi criada com o fim de prestação de serviços por locação de mão de obra para a empresa Lunender S/A, com o objetivo de impedir a correta tributação das atividades da Lunender S/A, decorrente do ingresso da C. Darwin Confecções Ltda. no Simples Federal.

Alguns fatos levam a esta constatação.

A C. Darwin é formada com capital social ínfimo, de R\$ 2.000,00, tendo em 15/11/2003 aumentado este capital social para R\$ 10.000,00.

Todo seu maquinário pertence à Lunender, sendo fornecidos sem ônus à C. Darwin a título de comodato.

O sócio majoritário da C. Darwin foi empregado da Lunender, sendo demitido antes de ingressar como sócio.

Constatou-se ainda que todo o controle e processamento administrativo, financeiro e contábil da C. Darwin é efetuado por funcionários da Lunender.

Ora, ao ser proprietária do maquinário e ter o controle administrativo, financeiro e contábil da C. Darwin, que por sua vez possui como sócio majoritário um ex-empregado seu, claramente resta caracterizado o poder de comando da Lunender sobre toda a empresa C. Darwin.

A situação posta demonstra até mesmo uma total dependência da C. Darwin em relação à Lunender, que resulta também no controle da atividade produtiva e do trabalho dos funcionários da C. Darwin pela Lunender.

A alegada falta de provas de que a Lunender é a única cliente da C. Darwin é incoerente, tendo em vista tanto os dados escriturados na contabilidade da C. Darwin quanto o contrato de prestação de serviços e notas fiscais anexadas aos autos.

O próprio contrato particular de prestação de serviços firmado entre a C. Darwin e a Lunender corrobora para a constatação de que a C. Darwin é utilizada com o fim de burlar o Fisco: o contrato foi firmado em 01/10/1999, por prazo indeterminado, tendo servido de sustentação formal para permitir a tributação da C. Darwin pelo Simples Federal até a extinção deste regime pela Lei Complementar nº 123/06.

Dados os fatos trazidos, a questão referente ao local em que é realizada a prestação dos serviços resta fragilizada, não podendo ser considerada como impeditiva da caracterização da prestação de serviços por cessão de mão de obra.

Por outro lado, não obstante os fundamentos apresentados na representação administrativa para exclusão do Simples Federal e no Acórdão combatido para justificar a exclusão da contribuinte do Simples, **entendo que a autoridade fiscalizadora não se desincumbiu de provar adequadamente e de forma robusta a existência da cessão de mão de obra.**

Explico.

A figura da cessão ou locação de mão de obra apresenta algumas similaridades pontuais com o contrato de industrialização por encomenda ou facção.

A alegação da contribuinte é justamente essa: que o objeto do contribuinte não se trata de cessão de mão de obra mas de contrato de industrialização por encomenda ou facção, o que, uma vez provada, justificaria a sua manutenção no regime do Simples Federal.

Evidentemente, há importantes diferenças relativas ao contrato de cessão de mão de obra e o contrato de industrialização por encomenda ou facção. Nesse aspecto, a existência de subordinação jurídica, se comprovada, é um forte indício de que a atividade exercida caracteriza-se pela cessão de mão de obra. Além disso, eventual exclusividade na prestação do serviço contratado fortalece os indícios de subordinação característica da cessão de mão de obra.

Nesse sentido, o Acórdão n. 302-35994, da Segunda Câmara, do Terceiro Conselho de Contribuintes, no processo n. 10920.000848/2001-08 já enfatizou a diferença entre ambas as formas de prestação de serviço:

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPEDIMENTO À OPÇÃO. Está legalmente impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica dedicada à cessão de mão-de-obra para trabalhar em estabelecimento de terceiro. Esta atividade não se confunde com a industrialização por encomenda, realizada no estabelecimento da contratada, que é permitida o ingresso e permanência no Simples.

Por outro lado, para que se proceda adequadamente à exclusão do Simples, a autoridade fiscalizadora **precisa comprovar** que a atividade vedada efetivamente ocorreu, mesmo que esteja prevista em contrato, conforme a inteligência da Súmula 134 do CARF:

Súmula CARF nº 134: A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a **fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.** (Grifo nosso)

Ocorre que, não obstante, a par das alegações fundamentadas pela autoridade de origem, não pude identificar, pela análise dos documentos juntados no processo, sobretudo na representação administrativa que fundamentou a exclusão da contribuinte do Simples Federal (fls.02 e ss), **provas cabais da existência de subordinação jurídica necessária para a caracterização da cessão de mão de obra.** Isso porque a Representação Administrativa limitou-se a juntar os seguintes documentos: Mandado de Procedimento Fiscal; Termo de intimação para apresentação de documentos; Contrato social, 2^a, 3^a, 4^a e 5^a alterações contratuais, com consolidação do contrato social; Notas fiscais de saída n.ºs 1599 a 1602 e 1607; Folhas 01, 153 e 155 do livro diário nº 11 (ativo e resultado do balancete de 12/2004).

Também **não se identifica, em análise ao Contrato Social e aditivos (fls.04-33), cláusula de exclusividade entre as contratantes** e que fortaleceria os indícios de subordinação entre ambas.

Sequer há apresentação robusta de outras provas (notas fiscais, por exemplo, já que apenas há algumas poucas notas fiscais em que constam a Lunender como tomadora) juntadas aos autos.

A análise do limitado número de notas fiscais apresentadas, e onde consta a Lunender como beneficiária, também podem indicar a prestação do objeto contratual a outras contratantes (fl.34 e ss).

Assim, tudo indica que o contratado possui liberdade para contratar com outras tomadoras de serviço ou de comércio, além de não ter sido demonstrados, seja no contrato firmado entre as partes, seja com base na realidade dos fatos apurados após análise das provas que foram juntadas ao processo, elementos suficientes para comprovar que a empresa pratica efetivamente atividade vedada pelo Simples Federal.

Sendo ônus da fiscalização prova-la, nos termos da inteligência da Súmula n. 134 do CARF, e não tendo a autoridade fiscalizadora se desincumbido adequadamente da tarefa, entendo que não se configuraram as causas para exclusão do Simples Federal, ou pelo menos,

não há provas suficientes para concluir que efetivamente houve a realização da atividade vedada, nos termos dos incisos I e II do art. 9 da Lei 9317/1996 e alterações posteriores.

Ademais, o fato de sócios da contribuinte serem ex-empregados da contratante não caracteriza necessariamente cessão de mão de obra, pois trata-se de prática muito comum no meio empresarial e industrial inclusive, pois consistente no desligamento inicial de trabalhadores que, em momento posterior, passam a fornecer, não exclusivamente e sem qualquer subordinação, serviços ou produtos ao ex-empregador.

Tal circunstância não necessariamente caracteriza excludente do Simples Federal, naturalmente.

Assim, a questão central que do presente processo resulta na questão: foi comprovada efetivamente a cessão da mão de obra, com base nos documentos juntados aos autos?

Respondo: não houve comprovação, pelo menos através dos documentos juntados na representação administrativa e que fundamentaram a exclusão do Simples Federal, ainda que referendados pelo Ato Declaratório Executivo, pelo Relatório da Representação Administrativa e pelo Acórdão combatido.

É preciso comprovação cabal e expressa dos elementos caracterizadores da realização da cessão de mão de obra exercida entre as partes, o que, data vénia, em minha leitura, não foi adequadamente demonstrado pela fiscalização.

Assim, não comprovada a cessão de mão de obra, perde objeto a discussão sobre o termo de início dos efeitos da exclusão do Simples (art. 9^a, inc.XII, 12, 13, 14 e 15 da Lei 9317/96), devendo ser cancelado o Ato Declaratório Executivo n.103/2009 que excluiu o contribuinte do Simples Federal. Consequentemente, também perde objeto a discussão sobre eventual simulação supostamente praticada pelo contribuinte.

Diante do exposto, voto para CONHECER DO RECURSO, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO para cancelar o Ato Declaratório Executivo n. 103/2009, que excluiu o contribuinte do Simples Federal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz