MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10855.721008/2016-81

Processo nº	10855.721008/2016-81
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1402-005.249 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	9 de dezembro de 2020
Recorrente	SM SERVICE SYSTEM TERCEIRIZADOS EIRELI
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL
Data do fato gerador: 01/10/2012
EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.
A microempresa ou empresa de pequeno porte que preste serviço por meio de cessão ou locação de mão de obra de portaria, copeiragem ou zeladoria de bens imóveis não pode optar pelo Simples Nacional ou nele permanecer.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza (CE).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão nº **08-39.262 - 3ª Turma da DRJ/FOR**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

> *Trata-se de Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/SOR n° 28, de 28 de abril de 2016, fl. 60, que excluiu o contribuinte acima identificado (doravante denominado Manifestante) do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/06/2012, haja vista exercer atividade vedada nos termos do art. 17, XII, da Lei Complementar n° 123, de 2006.*
>
> *O ato de exclusão foi motivado pela Representação DRF/SOR/SEORT n° 040/2016 - LMMV, de 11 de abril de 2016, fl. 2, que, por consequência, ensejou a propositura de procedimento fiscal de diligência, com o objetivo de averiguar a regularidade da opção da Manifestante pelo regime simplificado da Lei Complementar n° 123, de 2006. Assim, através do Termo de Ciência e Intimação DRF/SOR/SETOR n° 0178/2016, a auditoria fiscal requereu, exclusivamente, o Contrato Social da Manifestante e alterações posteriores (fls. 6 a 46).*
>
> *Com base nos atos constitutivos da sociedade, a auditoria fiscal exarou o Despacho Decisório DRF/SOR/SEORT n° 294/2016, de 27 de abril de 2016, fls. 53 a 57, em que constatou que o objeto social da Manifestante prevê a prestação de serviços de portaria, copeiragem e zeladoria de bens imóveis, óbices para permanência no Simples Nacional por se tratarem de serviços executados com cessão de mão de obra. Para tanto, baseou-se na Solução de Divergência n° 14 - COSIT (14 de outubro de 2014), na Solução de Consulta n° 57 - COSIT (27 de fevereiro de 2015) e no Ato Declaratório Interpretativo RFB n° 7 (10 de junho de 2015), além de as referidas atividades não estarem inseridas no rol excludente do inciso VI, do § 5°-C, do art. 18 da Lei Complementar n° 123, de 2006.*
>
> *Por fim, por estarem as atividades impedientes presentes no Contrato Social desde 30 de maio de 2012 até a presente data, entendeu a fiscalização que os efeitos da exclusão dar-se-ão desde Io de junho de 2012.*
>
> *Cientificada da exclusão no dia 11 de novembro de 2016, conforme Aviso de Recebimento - AR, fl. 64, a Manifestante apresentou defesa, fls. 68 a 76, em que afirma que, para a caracterização de cessão de mão de obra, **os empregados deverão estar sob as ordens da tomadora de serviços**, **não sendo esta a hipótese dos contratos que traz à colação** (fls. 77 a 192). Aduz ainda que **a fiscalização não poderia chegar à decisão de excluí-la do Simples Nacional puramente com fulcro no Contrato Social e alterações posteriores**.*

Documento nato-digital

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A 3ª Turma da DRJ/FOR, por meio do Acórdão nº **08-39.262**, julgou a Manifestação de Inconformidade **Procedente em Parte**, para **alterar a data de início dos efeitos de exclusão do regime simplificado de 01/06/2012 para 01/10/2012**, conforme a seguinte ementa:

> ***ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL***
> *Data do fato gerador: 01/10/2012*
> *EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.*
> *A microempresa ou empresa de pequeno porte que preste serviço por meio de cessão ou locação de mão de obra de portaria, copeiragem ou zeladoria de bens imóveis não pode optar pelo Simples Nacional ou nele permanecer.*
> *EXCLUSÃO. EFEITOS.*
> *A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação de vedação prevista em lei.*

A decisão *a quo* considerou a Manifestação **Procedente em Parte**, com base nos seguintes **fundamentos**:

1. A exclusão do contribuinte do Simples Nacional está fundamentada na norma disposta nos arts. 17, XII, da Lei Complementar n° 123, de 2006, bem como no art. 15, XXII, da Resolução CGSN n° 94, de 2011, que se limita a reproduzir o texto legal, in verbis:

   > Lei Complementar n" 123, de 2006
   >
   > Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
   >
   > (...)
   >
   > XII - **que realize cessão ou locação de mão-de-obra;**

2. No escopo do corrente processo, estão os documentos essenciais para a solução do pleito: o **Contrato Social e alterações posteriores** (fls. 6 a 46) e **Contratos de Prestação de Serviços** (fls. 77 a 192).

3. Consoante o histórico empresarial da Manifestante, esta exerce "serviços de higienização, **portaria**, limpeza, conservação ambiental, logradouros, públicos e varrição, **serviços de copeiragem**, garçons e cozinha sem fornecimento de alimentos, serviços de limpeza e desinfecção de caixa d'água, lavagem de carpetes e serviços de lavanderia, serviços de paisagismo, jardinagem em geral, conservação e manutenção, serviços auxiliares de apoio administrativo e monitoramento de segurança, serviços de administração e **zeladoria de bens imóveis**, comerciais, industriais e recreativos", desde 30 de maio de 2012 (fls. 6 a 11).

4. Com a 3ª Alteração Contratual, formalizada na Junta Comercial em 5 de março de 2015, fora incluída a atividade de "serviços gerais" no objeto social, mantendo-se inalterado depois da transformação da sociedade em empresa

Documento nato-digital

individual com responsabilidade limitada (fls. 18 a 22) e demais alterações do ato constitutivo.

5. Por exercer **atividades de portaria, copeiragem e zeladoria**, a fiscalização entendeu ser imprópria a permanência da Manifestante no Simples Nacional, colacionando, na argumentação, as normas internas que reproduzo, parcialmente, abaixo:

> **Solução de Divergência nº 14- COSIT, de 14 de outubro de 2014**
>
> ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL SIMPLES NACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA. VEDAÇÃO O serviço de portaria realizado por cessão de mão de obra, não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação, portanto, não se enquadra na exceção do inciso VI §5° -C do art. 18 da Lei Complementar no 123, de 2006, e sim na regra de vedação do inciso XII do art. 17 dessa mesma lei.
>
> **Solução de Consulta nº 57- COSIT, de 27 de fevereiro de 2015**
>
> ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL PORTARIA. ZELADORIA. Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.
>
> **Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 10 de junho de 2015**
>
> Art. 1º É vedada a opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) pelas pessoas jurídicas que prestem serviço deportaria por cessão de mão de obra.

6. Sabe-se que, por força do art. 9º da Instrução Normativa RFB n° 1.396, de 16 de setembro de 2013, com redação dada pela Instrução Normativa n° 1.434, de 30 de dezembro de 2013, **a Solução de Divergência e a Solução de Consulta da COSIT têm efeitos vinculantes perante a Administração Fiscal em âmbito Federal**:

> Art. 9º A Solução de Consulta COSIT e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento. (Redação dadapelo(a) Instrução Normativa RFB n° 1434, de 30 de dezembro de 2013)

7. Em síntese, o Julgador, adstrito ao cumprimento da legislação tributária, dela não pode tergiversar, mas isto não o impede, doravante, de exercer a faculdade do livre convencimento motivado, ainda que esteja mitigada ou abrandada pela natureza vinculada da atividade que exerce.

8. Outrossim, nada obstante serem vinculantes as Soluções de Divergência e de Consulta proferidas pela COSIT, estas, como quaisquer normas legais ou infralegais, estão sujeitas ao crivo interpretativo da atividade judicante.

9. Tomemos, primeiramente, a Solução de Divergência n° 14 - COSIT: da breve leitura da ementa, depreende-se que o serviço de portaria realizado sob cessão de mão de obra é atividade impeditiva no Simples Nacional. Com este mesmo teor, está redigido o Ato Declaratório Interpretativo n° 7. Isto põe-me diante de exercício de reflexão, que extrapolo para as demais atividades: há serviços

Documento nato-digital

de portaria, copeiragem ou zeladoria realizados sem cessão de mão de obra?

10. No entender da COSIT, não, conforme a literalidade do item 6 da citada Solução de Divergência:

> 6. Inicialmente, deve-se balizar - e todas as SC citadas têm o mesmo entendimento - o fato de que **a prestação de serviço deportaria se dá através da cessão de mão-de-obra** (...) (grifei)

11. De seu turno, a Solução de Consulta n° 57 - COSIT é ainda mais taxativa em seu item 23:

> 23. Deve-se concluir, portanto, que os serviços de portaria e de zeladoria são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.

12. Pessoalmente, entendo ser incabível a conclusão de que todos os serviços de portaria, copeiragem e zeladoria, se terceirizados, são praticados única e exclusivamente mediante cessão de mão de obra. A esta conclusão não posso me filiar e nem creio que este tenha sido o desiderato da Coordenação de Tributação quando exarou as referidas Soluções de Divergência e de Consulta acima colacionadas.

13. Isso porque, está-se diante de dois aspectos jurídicos distintos: a atividade exercida e o modo com que esta é exercida Assim, para uma adequada solução da controvérsia, é preciso saber, em primeiro lugar, **se o contribuinte empresariava a mão de obra de seus funcionários, cedendo a terceiros, ou se, por intermédio dos funcionários, prestava-lhes um serviço**. É mister, portanto, estremar os conceitos de cessão de mão de obra do de prestação de serviço em sentido estrito.

14. A legislação tributária define o que seja locação de mão de obra no art. 115 da Instrução Normativa RFB n° 971, de 2009:

> *Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a **colocação à disposição da empresa contratante**, **em suas dependências ou nas de terceiros**, **de trabalhadores que realizem serviços contínuos**, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n° 6.019, de 1974.*
>
> *§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.*
>
> *§2° Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.*
>
> *§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.*

15. Sob o ponto de vista normativo, para que seja caracterizada a cessão ou locação de mão de obra, necessária a presença de dois requisitos, quais sejam, **colocação de funcionários à disposição do contratante e a prestação de serviços contínuos**.

Documento nato-digital

16. À guisa da ótica doutrinária, Roque Carrazza e Eduardo Domingos Bottallo, apartam os conceitos em exame:

> A cessão (ou locação) é espécie do gênero prestação de serviços e se configura quando o esforço humano posto à disposição do contratante (o tomador dos serviços) **consiste na própria colocação da mão-de-obra, para que este dela faça uso, segundo suas conveniências e oportunidades**. Por outro lado, pode haver a contratação de prestação de serviços mediante utilização de pessoal pertencente a quadro próprio do prestador, que se encarrega da respectiva execução, ou, em outras palavras, de dar cumprimento à assumida obrigação de fazer. Nestes casos, embora exista prestação de serviços, não há cessão ou locação de mão-de-obra.

17. Como vemos, o elemento diferenciador entre a prestação de serviço (gênero) e a cessão ou locação de mão-de-obra (espécie) reside no seguinte: se não houver subordinação dos empregados ao contratante ("tomador de serviços), não haverá cessão ou locação de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviços. Já, pelo contrário, **se a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviços for a característica marcante do contrato, então, aí sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra**.

18. Hugo de Brito Machado e Hugo de Britto Machado Segundo também corroboram esse entendimento, afirmando que:

> O contrato de cessão de mão de obra não se confunde com o contrato de prestação de serviços**. No contrato de cessão de mão-de-obra o objeto contratado é a própria mão-de-obra, ou força de trabalho humano, e não o produto dela resultante**. Em se tratando, por exemplo, de construção civil, pelo contrato de cessão de mão-de-obra o cedente coloca à disposição do cessionário segurados que podem ser um engenheiro, um pedreiro, um servente, um pintor de paredes. **Não importa o que tais segurados vão fazer, pois os mesmos trabalharão sob a gerência do contratante que deles dispõe**. **Já no contrato de prestação de serviços o objeto do contrato é o produto e não a mão-de-obra**. Em se tratando de construção civil, pelo contrato o prestador do serviço obriga-se a construir uma casa, ou um muro, um galpão. O objeto do contrato é o produto, e não a mão-de-obra. Os segurados trabalham sob a gerência do prestador do serviço, e não do tomador destes.

19. Os dois elementos característicos que separam a cessão de mão de obra da prestação de serviços estão centrados no objeto do contrato e na direção dos serviços prestados. Enquanto na cessão de mão de obra registra-se a sujeição dos funcionários às ordens do tomador do serviço, na mera prestação de serviços o prestador comanda os seus funcionários na realização do serviço, respeitados os termos contratuais. **Enquanto na cessão de mão de obra o objeto contratado é a força de trabalho humano, na simples prestação de serviços contrata-se o produto dela resultante**.

20. Tais fatores são uma decorrência conceitual do elemento normativo referente à disponibilização, que singulariza o contrato de locação de mão obra. Assim, **disponibilizar a mão de obra para o tomador de serviços significa que é este quem dirige os trabalhos**, e não o prestador do serviço; e **que se contratou a força de trabalho**, **não o produto dela resultante**.

21. Esses são os delineamentos teóricos pertinentes ao caso analisado, cabendo à Autoridade Julgadora **examinar a natureza da atividade desempenhada** pela Manifestante, não apenas a literalidade do Contrato Social e alterações

Documento nato-digital

subsequentes. **Deve-se identificar, sem que haja dúvidas, que as atividades de portaria, copeiragem e zeladoria são exercidas mediante cessão de mão de obra**, e, para tanto, requer-se debruçar sobre o inteiro teor dos Contratos de Prestação de Serviços que a Manifestante juntou aos autos.

22. Essa é também a posição da jurisprudência administrativa dominante, reunida na sequência:

> **Acórdão DRJ/FNS n° 07-36567 de 2015**
>
> SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
>
> Não caracteriza cessão ou locação de mão-de-obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que, não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à cessão de mão-de-obra.
>
> **Acórdão DRJ/RJ1 n° 12-33042 de 2010**
>
> EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E LOCAÇÃO (CESSÃO) DE MÃO-DE-OBRA. DISTINÇÃO.
>
> Não se caracteriza a locação (cessão) de mão-de-obra quando a empresa contratada presta serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (Súmula n° 331, III, do TST).
>
> **Acórdão CARF/3ª Câmara/1" Turma Ordinária n"2301-002.685 de 2012**
>
> CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO OU DA SUBORDINAÇÃO.
>
> (...)
>
> Para que o serviço se enquadre como cessão de mão de obra, é necessário que seja prestado em **caráter contínuo** (necessidades contínuas da empresa), com subordinação das pessoas físicas prestadoras a tomadora dos serviços e que esteja expressamente arrolado no rol previsto no art. 31, § 4o, da Lei n° 8.212/1991 ou do art. 219, §2°do Decreto n° 3.048/1999, sem o que não lhe será aplicado o regime jurídico previsto no caput do art. 31 da Lei n° 8.212/1991.
>
> **Acórdão CARF/2ª Turma Especial nº 1802-001.689 de 2013**
>
> SIMPLES EXCLUSÃO INDEVIDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
>
> Não caracteriza a locação de mão de obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que, não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à respectiva cessão de mão de obra.
>
> Acórdão CARF/3ª Câmara/lª Turma Ordinária nº2301-004.225 de 2014
>
> CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DESCARACTERIZAÇÃO.
>
> Não havendo documentação nos autos que configurem a cessão de mão de obra, mormente a **subordinação dos empregados da cedente à cessionária** nos falta um dos pressupostos caracterizadores.

Documento nato-digital

23. Parte-se, então, à análise dos Contratos de Prestação de Serviços.

CONTRATO N° 6/2012 (Fls. 77 a 90)

24. Trata-se de contrato de "prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, edifícios, com a efetiva cobertura dos postos designados no âmbito do Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania - DPPC" (Cláusula Primeira), com vigência de 15 (quinze) meses, contados da data da assinatura, com início em 01/12/2012 a término em 28/12/2014 (Cláusula Quarta). Saliento que com o 1º Termo de Aditamento contratual, o prazo prorrogou-se até 31/05/2015.

25. Extrai-se da Cláusula Sexta - Das Obrigações e Responsabilidades da Contratada as seguintes cláusulas:

> 6.3 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária que irão prestar serviços, uniformizados e portando crachá com foto recente e devidamente registrados em sua carteira de trabalho;
>
> 6.4 **Fornecer empregados** qualificados em serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, digitação e operação de sistemas de controle de acesso, equipamentos de proteção, preenchimento de fichas e relatórios de atividade e ocorrências, controle de veículos e pessoas, com experiência mínima de 1 (um) ano na função;
>
> (...)
>
> 6.6 **Fornecer empregados** com instrução mínima de primeiro grau ou equivalente, comprovado por escola reconhecida;
>
> 6.7 **Fornecer mão de obra** com aparência e porte adequados ao desenvolvimento dos trabalhos, bem como orientar os funcionários que estes assumam diariamente os postos devidamente uniformizados, portando crachás com fotografia recente e com aparência pessoal adequada;
>
> (...)
>
> 6.12 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária para garantir a operação dos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente;
>
> (...)
>
> 6.19 **Instruir seus empregados quanto à necessidade de acatar as orientações do Contratante**, inclusive quanto ao cumprimento das Normas Internas e de Segurança e Medicina do Trabalho, tais como prevenção de incêndio nas áreas do Contratante.

Documento nato-digital

26. De seu turno, a Manifestante destaca os itens:

> CLÁUSULA PRIMEIRA
>
> (...)
>
> PARÁGRAFO SEGUNDO
>
> O regime de execução deste é o de empreitada por preço unitário.
>
> CLÁUSULA SEXTA
>
> (...)
>
> 6.2 **Responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados**, nos termos da legislação vigente;
>
> (...)
>
> 6.10 Manter controle de frequência/pontualidade, de seus empregados, sob contrato;

27. Cotejando-se os dispositivos acima reproduzidos, entendo tratar-se de **prestação de serviços mediante cessão de mão de obra**, pelas razões que passo a expor.
28. O item 6.19 pincela que os empregados da prestadora de serviços devem acatar (sinônimo de obedecer, cumprir) as orientações da tomadora de serviços, presente, logo, o poder de mando desta sobre os empregados daquela, de sorte que está presente o elemento da subordinação ínsito da cessão de mão de obra.
29. Nada obstante, a literalidade das expressões "disponibilizar empregados", "fornecer empregados" ou "fornecer mão de obra" é significativa o bastante para reforçar que o objeto da contratação não é a mera prestação do serviço de portaria, mas sim o fornecimento de pessoal para desempenho da citada atividade.
30. A manutenção de controle de frequência e pontualidade por parte da prestadora de serviços (Manifestante) não elide o contorno característico da cessão de mão de obra, configurando-se como aspecto puramente formal de praxe habitual: o empregado registra o início e fim da jornada de trabalho junto a prestadora de serviços, embora obedeça às ordens emanadas da tomadora. De nada esta cláusula desfaz o caractere de cessão de mão de obra.
31. No mesmo sentido, a cláusula que prevê responsabilização integral pelos serviços contratados reporta-se à responsabilidade civil da prestadora de serviços por danos causados a terceiros, em nada se relacionado à interpretação ofertada pela Manifestante, de que "é a responsável pelo serviços respondendo pela sua execução, e a ela quem os funcionários devem prestar contas". Trocando em miúdos, responsabilizar-se equivale a assumir o risco da atividade, matéria de cunho cível, não trabalhista.
32. Finalmente, a forma de execução indireta do contrato administrativo

Documento nato-digital

(empreitada por preço unitário, tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei n° 8.666, de 1993) é tópico de direito administrativo (licitações e contratos), não trabalhista.

33. **Logo, com fulcro na análise do contrato administrativo, desde 01/12/2012 até 31/05/2015, a Manifestante exercia atividade de cessão de mão de obra junto ao Estado de São Paulo, vedada a permanência no Simples Nacional**.

CONTRATO N° 8/2013 (Fls. 91 a 104)

34. Trata-se de contrato em que figura como contratante o Serviço Autônomo de Água e Esgoto e cujo objeto é o "**fornecimento de mão de obra** destinada à prestação de serviços de portaria em diversos do SAAE" (Cláusula Primeira), com prazo de 12 (doze) meses desde 2 de abril de 2013, prorrogado até Io de julho de 2015, segundo os termos de aditamento.

35. O item 4.8 da Cláusula 4a - Dos Direitos e Responsabilidades da Contratada especifica que a Contratada (prestadora de serviços) desenvolverá os trabalhos em **regime de colaboração** com a Contratante (tomadora de serviços), inexistindo, nas disposições contratuais restantes, quaisquer elementos que permitam identificar, com certeza, a elementar da subordinação.

36. Resta alinhar-me ao objeto expresso do contrato, cujo termo "fornecimento de mão de obra" não abre margem para interpretação, senão a de que se trata de cessão de mão de obra.

37. **Destarte, com base no contrato supracitado, desde 02/04/2013 a 01/07/2015, a Manifestante exercia atividade de cessão de mão de obra junto a SAAE, vedada a permanência no Simples Nacional.**

CONTRATO GEINF.2 N° 5/2013 (Fls. 105 a 129)

38. Denominado Contrato de Prestação de Serviços de Copa, com a Nossa Caixa Desenvolvimento no polo Contratante, refere-se à prestação de serviços de copeiragem com vigência de 15 (quinze) meses a partir da data de assinatura, 7 de março de 2013 (Cláusula Segunda), prazo este prorrogado, por igual período, em conformidade com o disposto em Instrumento Particular de Prorrogação a ser contado de 07/06/2014.

39. Consoante o Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira, "**será de exclusiva responsabilidade da Contratada a disponibilização e administração do pessoal** (...)", reforçado pela Cláusula Quarta, que lê "**Não obstante a Contratada seja a única e exclusiva responsável pela plena e regular execução do objeto contratado**, a Contratante reserva-se o direito de, sem que de qualquer forma restrinja a **plenitude dessa responsabilidade**, exercer a mais ampla e completa fiscalização sobre os serviços (...)".

40. Em síntese, é a prestadora de serviços que exerce o poder de mando, sem olvidar do poder fiscalizatório inerente da tomadora e que com subordinação não se confunde.

Documento nato-digital

41. **Por conseguinte, fala-se não em prestação de serviços de copeiragem pura e simples, sem cessão de mão de obra, atividade não impediente à permanência no Simples Nacional.**

CONTRATO AIS/AID/5028/01/2013 (Fls. 130 a 149)

42. Consiste no Contrato Administrativo de Prestação de Serviços n° AIS/AID/5028/01/2013 formalizado com a EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A para prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com prazo de 730 (setecentos e trinta) dias contados da autorização expedida por escrito da Contratante (Cláusula 6a). Ausente este citado documento, assume-se como data de início a data de 5 de agosto de 2013 (assinatura do contrato).

43. O Anexo I do referido contrato administrativo enumera as Obrigações e Responsabilidades da Contratada, dentre as quais:

> 3.3 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária que irão prestar serviços, uniformizados e portando crachá com foto recente e devidamente registrada em sua carteira de trabalho;
>
> 3.4 **Fornecer profissionais** qualificados em serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, digitação e operação de sistemas de controle de acesso, equipamentos de proteção, preenchimento de fichas e relatórios e atividades e ocorrências, controle de veículos e pessoas, com experiência mínima de 1 (um) ano na função;
>
> (...)
>
> 3.7 **Fornecer empregados** com instrução mínima de primeiro grau ou equivalente, comprovado por escola reconhecida;
>
> 3.8 **Fornecer mão de obra** qualificada e porte adequado ao desenvolvimento dos trabalhos, bem como orientar os funcionários que estes assumam diariamente os postos devidamente uniformizados e portando crachás com fotografia recentes;
>
> (...)
>
> 3.14 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária para garantir a operação dos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente;
>
> (...)
>
> 3.21 **Instruir seus empregados quanto às necessidades de acatar as orientações da EMAE**. inclusive quanto ao cumprimento das Normas Internas e de Segurança e Medicina do Trabalho, tais como prevenção de incêndio nas áreas da EMAE;

44. Repisa-se a obrigação dos empregados da prestadora de serviços de acatar (leia-se: obedecer) as orientações da tomadora de serviços, prestes o liame subordinativo característico da cessão de mão de obra (item 3.21).

45. Nada obstante, a literalidade das expressões "disponibilizar empregados", "fornecer empregados" ou "fornecer mão de obra" é significativa o bastante para reforçar que **o objeto da contratação não é a mera prestação do serviço de portaria, mas sim o fornecimento de mão de obra para**

Documento nato-digital

desempenho da citada atividade.

46. **Portanto, desde 05/08/2013 à 05/08/2015 (considerado o prazo de 730 dias), a Manifestante exerceu atividade de cessão de mão de obra em favor da EMAE, vedada a permanência no Simples Nacional.**

CONTRATO N° 026/2012 (Fls. 150 a 163)

47. Trata-se de contrato em que a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo SA. (Contratante) celebrou com a Manifestante para prestação de serviços de copeiragem com prazo de 12 (doze) meses, contado da 'Ordem de Início' expedida pela Diretoria Administrativa e Financeira - DF (Cláusula Quinta). Inexistindo, nos autos, este mencionado documento, assume-se como data de início 03/09/2012 (a data de assinatura).

48. Em conformidade com a Cláusula Oitava, item 8.2, "a", a Contratada deverá "**fornecer mão de obra qualificada para prestação dos serviços com experiência comprovada**", e, como outrora visto, a literalidade presente na expressão "fornecer mão de obra" não abre margem para este Julgador vislumbrar senão a cessão de mão de obra no lugar de mera prestação de serviços.

49. Os aspectos destacados pela Manifestante: a modalidade de empreitada por preço unitário (Cláusula Segunda, 2.1), a responsabilidade da Contratante dos materiais de consumo necessários à execução dos serviços (Cláusula Terceira, 3.2) e a responsabilidade integral pelos serviços contratados (Cláusula Oitava, 8.2), refugam da competência do âmbito trabalhista, a que este Julgador socorre-se para descortinar a natureza da prestação de serviços, e estão alinhados ao direito administrativo ou civil (assunto sobre o qual se discutiu em tópicos anteriores).

50. **Por conseguinte, a partir de 03/09/2012 até 03/09/2013. a Manifestante praticou cessão de mão de obra à EMTU/SP, atividade vedada à permanência no Simples.**

CONTRATO 005/2014 (Fls. 164 a 170)

51. Contrato de Prestação de Serviços em que a Fundação Educacional São Carlos contrata os serviços de portaria e vigia oferecidos pela Manifestante, com validade de 12 (doze) meses da data definida na ordem de início dos serviços (Cláusula Quarta).

52. Segundo a Cláusula Décima Primeira, item 11.6, a Contratada "responsabiliza-se integralmente **pela mão de obra** a ser empregada na execução dos serviços, de modo a se observar a legislação e os procedimentos técnicos empregados no exercício da função".

53. Diferentemente dos tópicos anteriores, em que se vislumbrava a responsabilidade civil da prestadora de serviços, neste caso, o significado de ' responsabilidade' é ínsito à seara trabalhista, mesmo porque o item 11.2 "responde pelos serviços que executar, na forma da ler cuidou de tratar da

Documento nato-digital

questão cível. Neste caso, na falta de dispositivo contratual que afirme, diversamente, que o poder de mando é da tomadora, assume-se o item 11.6 como a previsão de que é a prestadora quem detém a prerrogativa do poder hierárquico (subordinação).

54. Tem-se, portanto, prestação de serviços de portaria e vigia, em sentido estrito, ou seja, sem cessão de mão de obra.

CONTRATO N° 487/2014 (Fls. 171 a 181)

55. Trata-se de contratação para execução de serviços de operação, controle e fiscalização de portaria do Teatro Municipal, Pinacoteca e Casa de Juventude do Município de Botucatu, pelo período de 12 (doze) meses da data de assinatura no dia 10/09/2014 (Cláusula Segunda, 2.1), prorrogado até 09/09/2017 consoante ao Termo de Aditamento ao Contrato de 02 de setembro de 2016.

56. Dentre as obrigações da Contratada, está a do item 6.1.3, que evidencia a natureza do contrato de prestação de serviços: "A admissão e registro dos empregados e técnicos necessários ao desempenho dos serviços, correndo por sua conta todas as despesas relativas a salário, benefícios, encargos sociais, uniformes, equipamentos de proteção individual com pleno atendimento às exigências trabalhistas, sanitárias, previdenciárias e fiscais, **respondendo**, enfim, **por todos os custos decorrentes da execução do trabalho contratado**, eximindo a Contratante de qualquer responsabilidade sob este título, **especialmente no tocante a formação de vínculo empregatício entre seus prepostos e empresados com a Contratante** ".

57. Segundo a doutrina trabalhista, os elementos que configuram o vínculo trabalhista são: a) pessoalidade, sinônimo de infungibilidade conforme a doutrina de Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho, 7a edição, pg. 292); b) não eventualidade ou continuidade da prestação de serviços; c) onerosidade, caracterizada pelo cunho econômico da relação econômica; e d) subordinação, tantas vezes repisada neste voto.

58. Como inexiste formação de vínculo empregatício, decerto que está carente 1 (um) ou mais elementos típicos do vínculo trabalhista, quais não sejam a não eventualidade e a onerosidade, identificáveis no contrato. Resta apenas a pessoalidade e a subordinação, cuja ausência, de um ou de outro, é suficiente para **reconhecer contrato de prestação de serviços puro e simples, sem cessão de mão de obra**.

CONTRATO N° 51/2013 (Fls. 182 a 192)

59. Trata-se de contrato de prestação de serviços de copeiragem no Gabinete do Prefeito do Município de São Carlos, parte contratante, cujo termo inicial é a ordem dos serviços expedida (ausente dos autos) com vigência de 12 (doze) meses (Cláusula Quarta), prorrogado até 1º de julho de 2016 (conforme 2º

Documento nato-digital

Termo Aditivo ao Contrato).

60. Extraem-se de Cláusula Décima Primeira - Dos Direitos e Responsabilidades da Contratada, o que segue: "11.4 Conduzir os serviços de acordo com as normas de serviço e disposições legais" e "11.7 Desenvolver seus trabalhos em regime de colaboração com o Contratante".

61. Se é a prestadora de serviços quem conduz os serviços, é seguro que a ela competem os poderes inerentes à hierarquia, dentre os quais o exercício do poder de mando direto e em colaboração com tomadora de serviços. Está-se, portanto, diante de hipótese de **prestação de serviços pura e simples, sem cessão de mão de obra**.

Data de Início dos Efeitos da Exclusão

62. Recapitulando, dos contratos juntados aos autos, constatou-se a **prestação de serviços com cessão de mão de obra** nos seguintes:
    a. Contrato n° 6/2012, de 01/12/2012 a 31/05/2015;
    b. Contrato n° 8/2013, de 02/04/2013 a 01/07/2015;
    c. Contrato AIS/AID/50 28/01/2013, de 05/08/2013 a 05/08/2015; e
    d. Contrato n° 026/2012, de **03/09/2012** a 03/09/2013.

63. Destarte, **deve-se adotar a data de 03/09/2012 como o termo a quo em que a Manifestante deveria efetuar a comunicação obrigatória da exclusão do Simples Nacional por exercício de atividade de cessão de mão de obra**.

64. De maneira diversa, a fiscalização elegeu a data de 30/05/2012, qual seja a de formalização do Contrato Social da Manifestante na Junta Comercial competente, como o marco inicial em que aquela deveria proceder a exclusão obrigatória.

65. Consoante debatido neste voto, no corrente caso, parece-me insuficiente a mera obtenção do objeto social da empresa do Contrato Social para determinar o modo com que esta exerce suas atividades, a priori, não vedadas pelo Simples Nacional. Tanto é verdade que fora necessária a análise dos contratos de prestação de serviços para determinar acerca da existência de cessão de mão de obra - a circunstância impeditiva à permanência no Simples Nacional - , em vez do mero fato de executar serviços de portaria, copeiragem ou zeladoria.

66. Portanto, está em conformidade com a legislação do regime simplificado a adoção da data de 03/09/2012 para determinação do início dos efeitos da exclusão do Simples Nacional, cuja resposta está nos dispositivos extraídos abaixo:

> Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:
>
> I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória; (...)

> Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:
>
> (...)
>
> II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou
>
> (...)
>
> §1°A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal: (...)
>
> II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;
>
> (...)
>
> Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:
>
> (...)
>
> II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

67. Em síntese, a Manifestante deveria haver comunicado a exclusão obrigatória até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação. Como a cessão de mão de obra deu-se em Setembro/2012, o prazo para comunicação encerrou-se em 31/10/2012, devendo, portanto, esta Autoridade Julgadora aplicar o art. 31, II acima que determina que o início dos efeitos da exclusão dá-se a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva: 01/10/2012.

68. Diante do exposto, voto no sentido de julgar procedente em parte a presente manifestação de inconformidade, reformando-se o Ato Declaratório Executivo DRF/SOR n° 28, de 28 de abril de 2016, **para alterar a data de início dos efeitos de exclusão do regime simplificado de 01/06/2012 para 01/10/2012**.

Do Recurso Voluntário

A Recorrente, inconformada com o Acórdão de 1ª Instância, apresenta recurso voluntário, no qual repisa as razões trazidas na Impugnação:

1) Como trazido pelo próprio Voto do relator, com relação à cessão de mão de obra é preciso analisar dois aspectos distintos, "a atividade exercida e o modo com que esta é exercida", ou seja "se o contribuinte empresariava a mão de obra de seus funcionários, cedendo a terceiros, ou se, por intermédio dos funcionários, prestava-lhes um serviço".

2) Ato contínuo resumiu o entendimento: "se não houver subordinação dos empregados ao contratante (tomador de serviços), não haverá cessão de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviços. Já, pelo contrário, se a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviços for à **característica marcante**

Documento nato-digital

do contrato então, ai sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra." [destaques nossos]

3) Com efeito, considerando os contratos coligidos pela recorrente, em nenhum momento fica evidenciado que a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviço era uma característica marcante.

4) Registre-se que os termos **fornecer** e **disponibilizar** não impõe necessariamente a conclusão de cessão de mão-de-obra, haja vista que, quer seja na relação de prestação de serviço ou cessão de obra de mão-de-obra isso evidentemente ocorrerá, sendo o elemento diferenciador **a subordinação direta de teus empregados a tomadora**, o que em nenhuma relação contratual juntada isso ocorria.

5) Ademais, na qualidade de tomador, isto não significa que em nenhum momento este não poderá ao menos fiscalizar ou mesmo direcionar a prestação de serviço conforme suas diretrizes, haja vista o risco contratual de responsabilidade subsidiária [Súmula nº 331 do C. TST], em especial aos deveres trabalhistas dos funcionários alocados, por isso a definição característica marcante, o que não pretere intervenções eventuais para fins de cumprimento do resultado como um todo – qual seja – o objeto fim – a prestação de serviço.

6) Assim, ousamos discordar do respectivo voto, com expensas vênias, pois a subordinação dos empregados não era uma **característica marcante** dos contratos colacionados, a observar que em todos **há cláusula de responsabilidade integral pelos serviços prestados**.Nesse sentido, reiteramos as citações das manifestações de inconformismo, vejamos:

[...]

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Do Mérito

A Recorrente alega que, considerando os contratos coligidos pela recorrente, em nenhum momento fica evidenciado que a **sujeição dos empregados às ordens do tomador** de

Documento nato-digital

serviço era uma **característica marcante**, pois em todos há **cláusula de responsabilidade integral pelos serviços prestados**, *in verbis*:

> *Registre-se que os termos fornecer e disponibilizar não impõe necessariamente a conclusão de cessão de mão-de-obra, haja vista que, quer seja na relação de prestação de serviço ou cessão de obra de mão-de-obra isso evidentemente ocorrerá, sendo o elemento diferenciador a subordinação direta de Seus empregados a tomadora, o que em nenhuma relação contratual juntada isso ocorria.*
>
> *Ademais, na qualidade de tomador, isto não significa que em nenhum momento este não poderá ao menos fiscalizar ou mesmo direcionar a prestação de serviço conforme suas diretrizes, haja vista o risco contratual de responsabilidade subsidiária [Súmula nº 331 do C. TST], em especial aos deveres trabalhistas dos funcionários, alocados, por isso a definição característica marcante, o que não pretere intervenções eventuais para fins de cumprimento do resultado domo um todo – qual seja – o objeto fim – a prestação de serviço.*
>
> *Assim, ousamos em discordar do respectivo voto, com expensas vênias, pois a subordinação dos empregados não era uma característica marcante dos contratos colacionados, a observar em que todos há cláusual de responsabilidade integral pelos serviços prestados. Nesse sentido, reiteramos as citações das manifestações de inconformismo, vejamos:*

SERVICE SYSTEM

[DOC.1 – fls. 77/90]
CONTRATO Nº 06/2012
POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

"PARÁGRAFO SEGUNDO
*O regime de execução deste contrato é o de **empreitada por preço unitário**" [grifos nossos]*

E complementa a **CLÁUSULA SEXTA – DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA:**

*"6.2 **responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados**, nos termos da legislação vigente;*

(...) Omissis

***6.10 Manter controle de frequência/pontualidade de seus empregados**, sob contrato;" [g.n.]*

[DOC.2 – fls. 91/104]
CONTRATO Nº 008/2013
SAAE – SÃO CARLOS

"CLÁUSULA 4ª – DOS DIREITOS E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA.

4.3 - Responder pelos serviços que executar na forma da Lei;"

[DOC. 3 – fls. 105/129]
CONTRATO GEINF.2 Nº 005/2013
AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO PAULISTA (DESENVOLVE)

"DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
CLÁUSULA TERCEIRA

(...) Omissis

PARÁGRAFO SEGUNDO: Será de exclusiva responsabilidade da CONTRATADA a disponibilização e administração de pessoal que será alocado para a prestação dos serviços ora contratados, bem como outros recursos necessários para a perfeita e regular prestação dos serviços, nos termos ajustados." *[g.n.]*

[DOC. 4 – fls. 130/149]
CONTRATO Nº AIS/AID/5028/01/2013
EMAE – EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S/A.

CLÁUSULA 1º DO OBJETO E REGIME DE EXECUÇÃO
"§ 2º - O regime de execução deste contrato é o de empreitada por preço unitário"[g.n]

[DOC. 5 – fls. 150/163]
CONTRATO Nº 026/2012

Documento nato-digital

EMTU – EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTE URBANO-SP

CLÁUSULA SEGUNDA – DO REGIME DE EXECUÇÃO
*"2.1 Os serviços serão executados no regime de **execução indireta**, na **modalidade empreitada** por preço unitário.*

CLAÚSULA OITIVA - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA
8.1** Os trabalhos deverão ser executados de forma a garantir os **melhores resultados, cabendo a contratada otimizar a gestão de seus recursos humanos, com vistas à qualidade dos serviços e à satisfação da CONTRATANTE.

***8.2** A **CONTRATADA** responsabilizar-se-á **integralmente pelos serviços contratados**, cumprindo às disposições legais que interfiram em sua execução, cabendo também:"[destaques nossos]*

[DOC. 6 – fls. 164/170]
CONTRATO 005/2014
FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SÃO CARLOS – FESC

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS DIREITOS E RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA
***11.6** Responsabilizar-se **integralmente pela mão de obra a ser empregada na execução dos serviços**, de modo a observa a legislação e os procedimentos técnicos empregados no exercício da função;*

SERVICE SYSTEM

[DOC. 7 – fls. 171/181]
CONTRATO 487/2014
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE BOTUCATU

CLÁUSULA SEXTA – DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA
***6.1.1 – responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados**, nos termos da legislação vigente;"[g.n.]*

[DOC. 8 – 182/192]
CONTRATO Nº 51/13
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS

"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS DIREITOS E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA

*11.2 **Responder** pelos serviços executados na forma da lei;*

*11.4 **Conduzir** os serviços de acordo com as normas de serviço e disposições legais aplicáveis."[g.n.]*

A Recorrente, considerando o apontado quadro, reitera os fundamentos jurídicos que embasaram o seu inconformismo, ou seja, para caracterização da cessão de mão-de-obra os profissionais deverão ficar sob ordens do tomador, *in verbis*:

Conforme norma hierarquicamente superior, Lei 8.212/91, Art. 31, § 32, entende-se que cessão de mão de obra é:

"Art. 31 - ....

§ 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."

Nesse sentido, o conceito de cessão, conforme ensina o eminente jurista PLÁCIDO E SILVA (DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 418-419, define-se como expressão textual decorrente do latim *cessio*, de *cedere* (ceder, transpassar), que em sentido amplo se traduz no ato pelo qual a pessoa cede ou transfere a outrem **direitos** ou bens que lhe pertencem, sendo, assim, perfeita alienação, ou transmissão entre vivos.

E ainda complementa o festejado jurista na mesma obra:

SERVICE SYSTEM

"Na cessão, o cessionário se sub-roga em todos os direitos do cedente, quando de crédito ou de direito, ou assume os seus deveres e obrigações, quando cessão passiva, ficando, assim, num ou noutro caso, como sucessor do antigo credor ou devedor"

SERVICE SYSTEM

"...a mera prestação de serviços não caracteriza, por si só, cessão de mão-de-obra; a cessão de mão-de-obra envolve uma transferência de subordinação do cedente para o cessionário, conclusão essa que se pode extrair da expressão colocar "à disposição do contratante".

*"As relações envolvidas no contrato de cessão de mão-de-obra envolvem três figuras: o cedente, que é a empresa (contratada), cuja finalidade é recrutar trabalhadores para colocar "à disposição do contratante", a tomadora de serviços (contratante), **que exerce o poder de subordinação sobre aqueles que vão executar a atividade objeto do contrato**, e os trabalhadores, que vão prestar o serviço sob comando da contratante..."*

E mais:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/98). CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZAÇÃO.
*- "Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (**submetidos ao poder de comando desse**), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros." (STJ, Resp. 488.027/SC, Rel. Min. Teori Albinozavascki, DJU 01.06.2004).*
- In casu, verifica-se que os médicos contratados pela apelante não ficam à disposição do DETRAN-CE, impondo-se ressaltar que o objeto do contrato não reside na colocação de médicos à disposição deste último, mas sim na realização de exames médicos de conteúdo e finalidade pré-determinados no contrato. O que se contrata, portanto, é o resultado, e não a disponibilização de uma mão de obra para a realização de um trabalho a ser efetuado.
- Restou também demonstrado que à empresa recorrente incumbe, por previsão contratual, arcar com as despesas inerentes à prestação do serviço, tendo de adquirir e manter os materiais e os equipamentos médicos necessários à realização dos exames.
- Apelação provida.
(Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Apelação Cível – AC 477291/CE) (destacamos)

Portanto, tem-se de forma conceitual e clara que a definição de cessão consiste numa transferência da titularidade da relação jurídica, ou seja, há transferência de direitos.

Na mesma obra doutrinária, o citado Jurista conceitua o que venha ser mão de obra:

> "MÃO-DE-OBRA. Assim se entende, na execução de qualquer trabalho ou obra, o esforço pessoal ou a ação pessoal do trabalhador ou obreiro, sem que se tome em conta o material empregado. Corresponde ao serviço simplesmente necessário à feitura da obra, que se pretende executar. A mão-de-obra tanto se entende a que é executada manualmente como a mecânica. Em quaisquer dos casos, a mão-de-obra exprime somente o serviço para a execução do trabalho ou da obra, não se computando nele o que for necessário para que seja executado."

Com efeito, quando houver equipamentos e materiais, mão-de-obra não é, caracterizando-se assim relação de outra natureza, Qual seja, prestação de serviço. Portanto, ante as definições postas temos que é possível verificarmos que ***para a caracterização da cessão de mão-de-obra os profissionais deverão ficar sob ordens do tomador****.*

Com mais propriedade, segue os eminentes ensinamentos de Ana Paula Ferreira, Mariza de Abreu de Oliveira Machado e Milena Sanches Tayano dos Santos, na obra "Cessão de Mão de obra, Aspectos Trabalhistas e Previdenciários", Editora IOB, São Paulo, 1ª Edição, ano 2002, pg 170, que assim entende:

> *"colocação à disposição significa que o contratante é quem dirigirá a prestação de serviço, posto que, se o trabalhador estivesse à disposição do prestador de serviço* ***este é que comandaria o desenvolvimento do trabalho" [destaques nossos]***

Não foi outro entendimento que não este ao qual chegou à reiterada jurisprudência dos nossos Tribunais pátrios, vejamos:

Documento nato-digital

Cite-se os fundamentos de parte do voto do Desembargador do TRF – 4, Dr. João Surreax Chagas, no AI 2003.04.01.056247-4 RS:

SERVICE SYSTEM

"...a mera prestação de serviços não caracteriza, por si só, cessão de mão-de-obra; a cessão de mão-de-obra envolve uma transferência de subordinação do cedente para o cessionário, conclusão essa que se pode extrair da expressão colocar "à disposição do contratante".

*"As relações envolvidas no contrato de cessão de mão-de-obra envolvem três figuras: o cedente, que é a empresa (contratada), cuja finalidade é recrutar trabalhadores para colocar "à disposição do contratante", a tomadora de serviços (contratante), **que exerce o poder de subordinação sobre aqueles que vão executar a atividade objeto do contrato**, e os trabalhadores, que vão prestar o serviço sob comando da contratante..."*

E mais:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/98). CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZAÇÃO.

*- "Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (**submetidos ao poder de comando desse**), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros." (STJ, Resp. 488.027/SC, Rel. Min. Teori Albinozavascki, DJU 01.06.2004).*

- In casu, verifica-se que os médicos contratados pela apelante não ficam à disposição do DETRAN-CE, impondo-se ressaltar que o objeto do contrato não reside na colocação de médicos à disposição deste último, mas sim na realização de exames médicos de conteúdo e finalidade pré-determinados no contrato. O que se contrata, portanto, é o resultado, e não a disponibilização de uma mão de obra para a realização de um trabalho a ser efetuado.

- Restou também demonstrado que à empresa recorrente incumbe, por previsão contratual, arcar com as despesas inerentes à prestação do serviço, tendo de adquirir e manter os materiais e os equipamentos médicos necessários à realização dos exames.

- Apelação provida.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Apelação Cível – AC 477291/CE) (destacamos)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DOS CONTRATOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/98.

SERVICE SYSTEM

I. O artigo 31, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711/98, define as condições da retenção de 11% (onze por cento) a título de contribuição sobre a folha de empregados, nos casos de contratos de cessão de mão-de-obra.

*II. **É imperiosa, para a caracterização de tal situação fático-jurídica, a submissão dos empregados cedidos ao comando do contratante, com a execução das atividades no estabelecimento deste ou de terceiro.** Precedentes: STJ, 1ª T., REsp 488027/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 01.06.2004, p. 163 e Quarta Turma, AGTR nº 62.073/PE, desta Relatoria, julg. 18.10.2005, DJU 08.11.2005.*

III. Os contratos em questão não se caracterizam como cessão de mão-de-obra, sendo um de fornecimento de software, e outro de manutenção de equipamentos de informática, não se enquadrando na hipótese de incidência prevista nos artigos 149 e 154, V e VI da Instrução Normativa nº 100, do INSS, que regulamentou os dispositivos legais citados.

IV. Apelação provida.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Apelação em Mandado de Segurança – AMS 94635/PE) (grifos nossos)

Não foi outro entendimento que não este o que também chegou a Superior Corte de Justiça (STJ), vejamos:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS.RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.

3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp 488027 / SC) (g.n.)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI N. 9.711/98. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA FATURA OU DA NOTA FISCAL.EMPRESA MERA PRESTADORA DE SERVIÇOS.

1. A Lei n. 9.711/98 apenas introduziu novo procedimento a ser observado no recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salário, uma vez que as empresas contratantes de mão-de-obra terceirizada passaram a reter 11% sobre o valor da fatura ou da nota fiscal emitida pela empresa cedente. Não foi criada, portanto, fonte de custeio diversa, tampouco foi eleito novo contribuinte.

2. Não configurada a cessão de mão-de-obra (art. 31, § 3º, da Lei n.8.212/91), uma vez que a empresa não exerce suas atividades mediante a colocação de segurados à disposição de um tomador de serviços para trabalho contínuo, mas é mera prestadora de serviços, revela-se inaplicável a retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 673990 / RS) [destacamos]

A Recorrente reitera que, no seu entendimento, não sendo o caso de cessão de mão de obra, e nem de atividade vedada nos termos da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, não há sustentação a decisão ora proferida pela exclusão do Regime Especial (SIMPLES NACIONAL), in verbis:

> *Portanto, considerando os sólidos entendimentos doutrinários e jurisprudências referentes ao conceito de cessão de mão de obra, data máxima venha, a recorrente considera temerária a decisão de exclusão do Regime Especial, como na hipótese, haja vista que os conceitos citados e que eventualmente descaracterizam tal submissão, possui mais pressupostos que tão somente a nomenclatura.*
>
> *A decisão como posta, sobrepõe forma aos fatos, fazendo tabula rasa ao entendimento literal extraída da norma de regência.*

Documento nato-digital

Registre-se que os colaboradores por esta recorrente contratados, no cotidiano comercial, não ficam a disposição das tomadoras, mas sim na realização de tarefas pré-determinadas em contrato, ou seja, atende mais ao resultado não sendo comandados pelas tom adoras.

Com efeito, diferente da configuração e do entendimento da cessão de mão-de-obra da hostilizada decisão, a recorrente é quem é a responsável pelo serviço, respondendo pela sua execução, e a ela quem os funcionários devem prestar contas. Não ao tomador do serviço.

Ressalta-se que que a cessão de mão-de-obra referida na Lei Complementar nº 123, de 2006, está conceituada, no âmbito da legislação previdenciária, no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. A Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, coube tão somente reproduzir o conceito legal e definir o que vem a ser "dependências de terceiros", "serviços contínuos" e "colocação [de trabalhadores] à disposição da empresa contratante", conforme se verifica a partir da análise de seu art. 115:

Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

As empresas que realizem cessão de mão de obra não podem aderir ao Simples nacional, conforme disposto no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº123, de 14 de dezembro de 2006, assim dispõe:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

***XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra**;*

Documento nato-digital

Vê-se que a própria lei traz os requisitos necessários para que seja caraterizada a cessão ou locação de mão de obra: colocação de funcionários à disposição do contratante e a prestação de serviços contínuos. Esse requisitos foram reforçadas através da doutrina e jurisprudência administrativa trazidas na decisão recorrida, conforme os seguintes excertos:

69. *À guisa da ótica doutrinária, Roque Carrazza e Eduardo Domingos Bottallo, apartam os conceitos em exame:*

> *A cessão (ou locação) é espécie do gênero prestação de serviços e se configura quando o esforço humano posto à disposição do contratante (o tomador dos serviços)* ***consiste na própria colocação da mão-de-obra, para que este dela faça uso, segundo suas conveniências e oportunidades****. Por outro lado, pode haver a contratação de prestação de serviços mediante utilização de pessoal pertencente a quadro próprio do prestador, que se encarrega da respectiva execução, ou, em outras palavras, de dar cumprimento à assumida obrigação de fazer. Nestes casos, embora exista prestação de serviços, não há cessão ou locação de mão-de-obra.*

70. *Como vemos, o elemento diferenciador entre a prestação de serviço (gênero) e a cessão ou locação de mão-de-obra (espécie) reside no seguinte: se não houver subordinação dos empregados ao contratante ("tomador de serviços), não haverá cessão ou locação de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviços. Já, pelo contrário,* ***se a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviços for a característica marcante do contrato, então, aí sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra****.*

71. *Hugo de Brito Machado e Hugo de Britto Machado Segundo também corroboram esse entendimento, afirmando que:*

> *O contrato de cessão de mão de obra não se confunde com o contrato de prestação de serviços.* ***No contrato de cessão de mão-de-obra o objeto contratado é a própria mão-de-obra, ou força de trabalho humano, e não o produto dela resultante****. Em se tratando, por exemplo, de construção civil, pelo contrato de cessão de mão-de-obra o cedente coloca à disposição do cessionário segurados que podem ser um engenheiro, um pedreiro, um servente, um pintor de paredes.* ***Não importa o que tais segurados vão fazer, pois os mesmos trabalharão sob a gerência do contratante que deles dispõe****.* ***Já no contrato de prestação de serviços o objeto do contrato é o produto e não a mão-de-obra****. Em se tratando de construção civil, pelo contrato o prestador do serviço obriga-se a construir uma casa, ou um muro, um galpão. O objeto do contrato é o produto, e não a mão-de-obra. Os segurados trabalham sob a gerência do prestador do serviço, e não do tomador destes.*

72. *Os dois elementos característicos que separam a cessão de mão de obra da prestação de serviços estão centrados no objeto do contrato e na direção dos serviços prestados. Enquanto na cessão de mão de obra registra-se a sujeição dos funcionários às ordens do tomador do serviço, na mera prestação de serviços o prestador comanda os seus funcionários na realização do serviço, respeitados os termos contratuais.* ***Enquanto na cessão de mão de obra o objeto contratado é a força de trabalho humano, na simples prestação de serviços contrata-se o produto dela resultante****.*

73. *Tais fatores são uma decorrência conceitual do elemento normativo referente à disponibilização, que singulariza o contrato de locação de mão obra. Assim,* ***disponibilizar a mão de obra para o tomador de serviços significa que é este quem dirige os trabalhos****, e não o prestador do serviço; e* ***que se contratou a***

Documento nato-digital

força de trabalho, ***não o produto dela resultante***.

74. *Esses são os delineamentos teóricos pertinentes ao caso analisado, cabendo à Autoridade Julgadora* ***examinar a natureza da atividade desempenhada*** *pela Manifestante, não apenas a literalidade do Contrato Social e alterações subsequentes.* ***Deve-se identificar, sem que haja dúvidas, que as atividades de portaria, copeiragem e zeladoria são exercidas mediante cessão de mão de obra****, e, para tanto, requer-se debruçar sobre o inteiro teor dos Contratos de Prestação de Serviços que a Manifestante juntou aos autos.*

75. *Essa é também a posição da jurisprudência administrativa dominante, reunida na sequência:*

> ***Acórdão DRJ/FNS n° 07-36567 de 2015***
>
> *SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.*
>
> *Não caracteriza cessão ou locação de mão-de-obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que, não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à cessão de mão-de-obra.*
>
> ***Acórdão DRJ/RJ1 n° 12-33042 de 2010***
>
> *EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E LOCAÇÃO (CESSÃO) DE MÃO-DE-OBRA. DISTINÇÃO.*
>
> *Não se caracteriza a locação (cessão) de mão-de-obra quando a empresa contratada presta serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (Súmula n° 331, III, do TST).*
>
> ***Acórdão CARF/3ª Câmara/1" Turma Ordinária n"2301-002.685 de 2012***
>
> *CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO OU DA SUBORDINAÇÃO.*
>
> *(...)*
>
> *Para que o serviço se enquadre como cessão de mão de obra, é necessário que seja prestado em* ***caráter contínuo*** *(necessidades contínuas da empresa), com subordinação das pessoas físicas prestadoras a tomadora dos serviços e que esteja expressamente arrolado no rol previsto no art. 31, § 4o, da Lei n° 8.212/1991 ou do art. 219, §2°do Decreto n° 3.048/1999, sem o que não lhe será aplicado o regime jurídico previsto no caput do art. 31 da Lei n° 8.212/1991.*
>
> ***Acórdão CARF/2ª Turma Especial nº 1802-001.689 de 2013***
>
> *SIMPLES EXCLUSÃO INDEVIDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.*
>
> *Não caracteriza a locação de mão de obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que, não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à respectiva cessão de mão de obra.*
>
> *Acórdão CARF/3ª Câmara/lª Turma Ordinária nº2301-004.225 de 2014*

Documento nato-digital

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DESCARACTERIZAÇÃO.

Não havendo documentação nos autos que configurem a cessão de mão de obra, mormente a ***subordinação dos empregados da cedente à cessionária*** *nos falta um dos pressupostos caracterizadores.*

Na decisão recorrida conclui-se que a prestação de serviços com cessão de mão de obra é objeto dos seguintes contratos:

a. Contrato n° 6/2012, de 01/12/2012 a 31/05/2015;
b. Contrato n° 8/2013, de 02/04/2013 a 01/07/2015;
c. Contrato AIS/AID/50 28/01/2013, de 05/08/2013 a 05/08/2015; e
d. Contrato n° 026/2012, de **03/09/2012** a 03/09/2013.

Observa-se que a análise conclui que apenas os contratos de serviço 005/2014, 487/2014 e 51/2003 não envolviam a cessão de mão de obra.

Ao contrário do alega a recorrente, foi realizada a análise individual e detalhada dos referidos contratos de prestação de serviço, conforme reproduzido a seguir:

CONTRATO N° 6/2012 (Fls. 77 a 90)

76. Trata-se de contrato de "prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, edifícios, com a efetiva cobertura dos postos designados no âmbito do Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania - DPPC" (Cláusula Primeira), com vigência de 15 (quinze) meses, contados da data da assinatura, com início em 01/12/2012 a término em 28/12/2014 (Cláusula Quarta). Saliento que com o 1º Termo de Aditamento contratual, o prazo prorrogou-se até 31/05/2015.

77. Extrai-se da Cláusula Sexta - Das Obrigações e Responsabilidades da Contratada as seguintes cláusulas:

> 6.3 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária que irão prestar serviços, uniformizados e portando crachá com foto recente e devidamente registrados em sua carteira de trabalho;
>
> 6.4 **Fornecer empregados** qualificados em serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, digitação e operação de sistemas de controle de acesso, equipamentos de proteção, preenchimento de fichas e relatórios de atividade e ocorrências, controle de veículos e pessoas, com experiência mínima de 1 (um) ano na função;
>
> (...)
>
> 6.6 **Fornecer empregados** com instrução mínima de primeiro grau ou equivalente, comprovado por escola reconhecida;
>
> 6.7 **Fornecer mão de obra** com aparência e porte adequados ao desenvolvimento dos trabalhos, bem como orientar os funcionários que estes assumam diariamente os postos devidamente uniformizados, portando crachás com fotografia recente e com aparência pessoal adequada;

Documento nato-digital

(...)

6.12 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária para garantir a operação dos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente;

(...)

6.19 **Instruir seus empregados quanto à necessidade de acatar as orientações do Contratante**, inclusive quanto ao cumprimento das Normas Internas e de Segurança e Medicina do Trabalho, tais como prevenção de incêndio nas áreas do Contratante.

78. De seu turno, a Manifestante destaca os itens:

CLÁUSULA PRIMEIRA

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO

O regime de execução deste é o de empreitada por preço unitário.

CLÁUSULA SEXTA

(...)

6.2 **Responsabilizar-se integralmente pelos serviços contratados**, nos termos da legislação vigente;

(...)

6.10 Manter controle de frequência/pontualidade, de seus empregados, sob contrato;

79. Cotejando-se os dispositivos acima reproduzidos, entendo tratar-se de **prestação de serviços mediante cessão de mão de obra**, pelas razões que passo a expor.
80. O item 6.19 pincela que os empregados da prestadora de serviços devem acatar (sinônimo de obedecer, cumprir) as orientações da tomadora de serviços, presente, logo, o poder de mando desta sobre os empregados daquela, de sorte que está presente o elemento da subordinação ínsito da cessão de mão de obra.
81. Nada obstante, a literalidade das expressões "disponibilizar empregados", "fornecer empregados" ou "fornecer mão de obra" é significativa o bastante para reforçar que o objeto da contratação não é a mera prestação do serviço de portaria, mas sim o fornecimento de pessoal para desempenho da citada atividade.
82. A manutenção de controle de frequência e pontualidade por parte da prestadora de serviços (Manifestante) não elide o contorno característico da cessão de mão de obra, configurando-se como aspecto puramente formal de praxe habitual: o empregado registra o início e fim da jornada de trabalho

Documento nato-digital

junto a prestadora de serviços, embora obedeça às ordens emanadas da tomadora. De nada esta cláusula desfaz o caractere de cessão de mão de obra.

83. No mesmo sentido, a cláusula que prevê responsabilização integral pelos serviços contratados reporta-se à responsabilidade civil da prestadora de serviços por danos causados a terceiros, em nada se relacionado à interpretação ofertada pela Manifestante, de que "é a responsável pelo serviços respondendo pela sua execução, e a ela quem os funcionários devem prestar contas". Trocando em miúdos, responsabilizar-se equivale a assumir o risco da atividade, matéria de cunho cível, não trabalhista.

84. Finalmente, a forma de execução indireta do contrato administrativo (empreitada por preço unitário, tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei n° 8.666, de 1993) é tópico de direito administrativo (licitações e contratos), não trabalhista.

85. **Logo, com fulcro na análise do contrato administrativo, desde 01/12/2012 até 31/05/2015, a Manifestante exercia atividade de cessão de mão de obra junto ao Estado de São Paulo, vedada a permanência no Simples Nacional**.

CONTRATO N° 8/2013 (Fls. 91 a 104)

86. Trata-se de contrato em que figura como contratante o Serviço Autônomo de Água e Esgoto e cujo objeto é o "**fornecimento de mão de obra** destinada à prestação de serviços de portaria em diversos do SAAE" (Cláusula Primeira), com prazo de 12 (doze) meses desde 2 de abril de 2013, prorrogado até Io de julho de 2015, segundo os termos de aditamento.

87. O item 4.8 da Cláusula 4a - Dos Direitos e Responsabilidades da Contratada especifica que a Contratada (prestadora de serviços) desenvolverá os trabalhos em **regime de colaboração** com a Contratante (tomadora de serviços), inexistindo, nas disposições contratuais restantes, quaisquer elementos que permitam identificar, com certeza, a elementar da subordinação.

88. Resta alinhar-me ao objeto expresso do contrato, cujo termo "fornecimento de mão de obra" não abre margem para interpretação, senão a de que se trata de cessão de mão de obra.

89. **Destarte, com base no contrato supracitado, desde 02/04/2013 a 01/07/2015, a Manifestante exercia atividade de cessão de mão de obra junto a SAAE, vedada a permanência no Simples Nacional.**

CONTRATO GEINF.2 N° 5/2013 (Fls. 105 a 129)

90. Denominado Contrato de Prestação de Serviços de Copa, com a Nossa Caixa Desenvolvimento no polo Contratante, refere-se à prestação de serviços de copeiragem com vigência de 15 (quinze) meses a partir da data de assinatura, 7 de março de 2013 (Cláusula Segunda), prazo este prorrogado, por igual período, em conformidade com o disposto em Instrumento Particular de Prorrogação a ser contado de 07/06/2014.

Documento nato-digital

91. Consoante o Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira, "**será de exclusiva responsabilidade da Contratada a disponibilização e administração do pessoal** (...)", reforçado pela Cláusula Quarta, que lê "**Não obstante a Contratada seja a única e exclusiva responsável pela plena e regular execução do objeto contratado**, a Contratante reserva-se o direito de, sem que de qualquer forma restrinja a **plenitude dessa responsabilidade**, exercer a mais ampla e completa fiscalização sobre os serviços (...)".

92. Em síntese, é a prestadora de serviços que exerce o poder de mando, sem olvidar do poder fiscalizatório inerente da tomadora e que com subordinação não se confunde.

93. **Por conseguinte, fala-se não em prestação de serviços de copeiragem pura e simples, sem cessão de mão de obra, atividade não impediente à permanência no Simples Nacional.**

CONTRATO AIS/AID/5028/01/2013 (Fls. 130 a 149)

94. Consiste no Contrato Administrativo de Prestação de Serviços n° AIS/AID/5028/01/2013 formalizado com a EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A para prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com prazo de 730 (setecentos e trinta) dias contados da autorização expedida por escrito da Contratante (Cláusula 6a). Ausente este citado documento, assume-se como data de início a data de 5 de agosto de 2013 (assinatura do contrato).

95. O Anexo I do referido contrato administrativo enumera as Obrigações e Responsabilidades da Contratada, dentre as quais:

> 3.3 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária que irão prestar serviços, uniformizados e portando crachá com foto recente e devidamente registrada em sua carteira de trabalho;
>
> 3.4 **Fornecer profissionais** qualificados em serviços de controle, operação e fiscalização de portarias, digitação e operação de sistemas de controle de acesso, equipamentos de proteção, preenchimento de fichas e relatórios e atividades e ocorrências, controle de veículos e pessoas, com experiência mínima de 1 (um) ano na função;
>
> (...)
>
> 3.7 **Fornecer empregados** com instrução mínima de primeiro grau ou equivalente, comprovado por escola reconhecida;
>
> 3.8 **Fornecer mão de obra** qualificada e porte adequado ao desenvolvimento dos trabalhos, bem como orientar os funcionários que estes assumam diariamente os postos devidamente uniformizados e portando crachás com fotografia recentes;
>
> (...)
>
> 3.14 **Disponibilizar empregados** em quantidade necessária para garantir a operação dos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente;
>
> (...)

Documento nato-digital

> 3.21 **Instruir seus empregados quanto às necessidades de acatar as orientações da EMAE**. inclusive quanto ao cumprimento das Normas Internas e de Segurança e Medicina do Trabalho, tais como prevenção de incêndio nas áreas da EMAE;

96. Repisa-se a obrigação dos empregados da prestadora de serviços de acatar (leia-se: obedecer) as orientações da tomadora de serviços, prestes o liame subordinativo característico da cessão de mão de obra (item 3.21).

97. Nada obstante, a literalidade das expressões "disponibilizar empregados", "fornecer empregados" ou "fornecer mão de obra" é significativa o bastante para reforçar que **o objeto da contratação não é a mera prestação do serviço de portaria, mas sim o fornecimento de mão de obra para desempenho da citada atividade.**

98. Portanto, desde 05/08/2013 à 05/08/2015 (considerado o prazo de 730 dias), a Manifestante exerceu atividade de cessão de mão de obra em favor da EMAE, vedada a permanência no Simples Nacional.

CONTRATO N° 026/2012 (Fls. 150 a 163)

99. Trata-se de contrato em que a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo SA. (Contratante) celebrou com a Manifestante para prestação de serviços de copeiragem com prazo de 12 (doze) meses, contado da 'Ordem de Início' expedida pela Diretoria Administrativa e Financeira - DF (Cláusula Quinta). Inexistindo, nos autos, este mencionado documento, assume-se como data de início 03/09/2012 (a data de assinatura).

100. Em conformidade com a Cláusula Oitava, item 8.2, "a", a Contratada deverá "**fornecer mão de obra qualificada para prestação dos serviços com experiência comprovada**", e, como outrora visto, a literalidade presente na expressão "fornecer mão de obra" não abre margem para este Julgador vislumbrar senão a cessão de mão de obra no lugar de mera prestação de serviços.

101. Os aspectos destacados pela Manifestante: a modalidade de empreitada por preço unitário (Cláusula Segunda, 2.1), a responsabilidade da Contratante dos materiais de consumo necessários à execução dos serviços (Cláusula Terceira, 3.2) e a responsabilidade integral pelos serviços contratados (Cláusula Oitava, 8.2), refugam da competência do âmbito trabalhista, a que este Julgador socorre-se para descortinar a natureza da prestação de serviços, e estão alinhados ao direito administrativo ou civil (assunto sobre o qual se discutiu em tópicos anteriores).

102. Por conseguinte, a partir de 03/09/2012 até 03/09/2013. a Manifestante praticou cessão de mão de obra à EMTU/SP, atividade vedada à permanência no Simples.

CONTRATO 005/2014 (Fls. 164 a 170)

103. Contrato de Prestação de Serviços em que a Fundação Educacional São Carlos contrata os serviços de portaria e vigia oferecidos pela Manifestante, com validade de 12 (doze) meses da data definida na ordem de início dos

Documento nato-digital

serviços (Cláusula Quarta).

104. Segundo a Cláusula Décima Primeira, item 11.6, a Contratada "responsabiliza-se integralmente **pela mão de obra** a ser empregada na execução dos serviços, de modo a se observar a legislação e os procedimentos técnicos empregados no exercício da função".

105. Diferentemente dos tópicos anteriores, em que se vislumbrava a responsabilidade civil da prestadora de serviços, neste caso, o significado de ' responsabilidade' é ínsito à seara trabalhista, mesmo porque o item 11.2 "responde pelos serviços que executar, na forma da ler cuidou de tratar da questão cível. Neste caso, na falta de dispositivo contratual que afirme, diversamente, que o poder de mando é da tomadora, assume-se o item 11.6 como a previsão de que é a prestadora quem detém a prerrogativa do poder hierárquico (subordinação).

106. Tem-se, portanto, prestação de serviços de portaria e vigia, em sentido estrito, ou seja, sem cessão de mão de obra.

CONTRATO N° 487/2014 (Fls. 171 a 181)

107. Trata-se de contratação para execução de serviços de operação, controle e fiscalização de portaria do Teatro Municipal, Pinacoteca e Casa de Juventude do Município de Botucatu, pelo período de 12 (doze) meses da data de assinatura no dia 10/09/2014 (Cláusula Segunda, 2.1), prorrogado até 09/09/2017 consoante ao Termo de Aditamento ao Contrato de 02 de setembro de 2016.

108. Dentre as obrigações da Contratada, está a do item 6.1.3, que evidencia a natureza do contrato de prestação de serviços: "A admissão e registro dos empregados e técnicos necessários ao desempenho dos serviços, correndo por sua conta todas as despesas relativas a salário, benefícios, encargos sociais, uniformes, equipamentos de proteção individual com pleno atendimento às exigências trabalhistas, sanitárias, previdenciárias e fiscais, **respondendo**, enfim, **por todos os custos decorrentes da execução do trabalho contratado**, eximindo a Contratante de qualquer responsabilidade sob este título, **especialmente no tocante a formação de vínculo empregatício entre seus prepostos e empresados com a Contratante** ".

109. Segundo a doutrina trabalhista, os elementos que configuram o vínculo trabalhista são: a) pessoalidade, sinônimo de infungibilidade conforme a doutrina de Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho, 7a edição, pg. 292); b) não eventualidade ou continuidade da prestação de serviços; c) onerosidade, caracterizada pelo cunho econômico da relação econômica; e d) subordinação, tantas vezes repisada neste voto.

110. Como inexiste formação de vínculo empregatício, decerto que está carente 1 (um) ou mais elementos típicos do vínculo trabalhista, quais não sejam a não eventualidade e a onerosidade, identificáveis no contrato. Resta apenas a pessoalidade e a subordinação, cuja ausência, de um ou de outro, é suficiente

Documento nato-digital

para **reconhecer contrato de prestação de serviços puro e simples, sem cessão de mão de obra**.

CONTRATO N° 51/2013 (Fls. 182 a 192)

111. Trata-se de contrato de prestação de serviços de copeiragem no Gabinete do Prefeito do Município de São Carlos, parte contratante, cujo termo inicial é a ordem dos serviços expedida (ausente dos autos) com vigência de 12 (doze) meses (Cláusula Quarta), prorrogado até 1º de julho de 2016 (conforme 2º Termo Aditivo ao Contrato).

112. Extraem-se de Cláusula Décima Primeira - Dos Direitos e Responsabilidades da Contratada, o que segue: "11.4 Conduzir os serviços de acordo com as normas de serviço e disposições legais" e "11.7 Desenvolver seus trabalhos em regime de colaboração com o Contratante".

113. Se é a prestadora de serviços quem conduz os serviços, é seguro que a ela competem os poderes inerentes à hierarquia, dentre os quais o exercício do poder de mando direto e em colaboração com tomadora de serviços. Está-se, portanto, diante de hipótese de **prestação de serviços pura e simples, sem cessão de mão de obra**.

A Recorrente por sua vez, insiste que, considerando os contratos coligidos, em nenhum momento fica evidenciado que a **sujeição dos empregados às ordens do tomador** de serviço era uma **característica marcante**, pois em todos há **cláusula de responsabilidade integral pelos serviços prestados**.

Entende que a cláusula de responsabilidade integral pelos serviços prestados não desnatura os contratos de prestação de serviço por cessão de mão de obras, estando presente as demais características daquela modalidade de prestação de serviço. A cláusula de responsabilidade pode estar contida tanto no contrato de prestação de serviço, como ou sem cessão de mão de obra, pois trata-se de definir a responsabilidade civil da prestadora de serviços por danos causados à terceiros.

A Recorrente reitera os fundamentos jurídicos que embasaram o seu inconformismo, ou seja, para caracterização da cessão de mão-de-obra os profissionais deverão ficar sob ordens do tomador, argumenta que essa não era a característica marcantes dos contratos de prestação de serviço sob análise.

Conforme a decisão recorrida, a literalidade das expressões “disponibilizar empregados”, “fornecer empregados” ou “fornecer mão de obra” é significativa o bastante para reforçar que o objeto da contratação não é a mera prestação do serviço de portaria, mas sim o fornecimento de pessoal para desempenho da citada atividade.

Como explicitado na Instrução Normativa RFB nº 971/09, na cessão de mão de obra entende-se por disponibilização de trabalhadores a efetiva cessão dos empregados da empresa contratada para a contratante, nas dependências desta ou onde ela indicar, deixando de ter a prestadora de serviços a força do labor dos seus trabalhadores cedidos. Tal conceituação,

Documento nato-digital

que à primeira vista parece tautológica, permite – quando bem entendida – que se afira a efetiva cessão de mão-de-obra, uma vez que a empresa contratada quando cede seus trabalhadores, não pode contar com eles para a realização de qualquer outra tarefa, exceto aquela estabelecida com seu contratante, na qual – mediante cessão de mão-de-obra - prestará o serviço avençado.

No presente caso, os trabalhadores eram efetivamente disponibilizados à tomadora dos serviços, portanto esses não ficavam sob ordens da empresa prestados dos serviços. Essa não podia dispor de seus trabalhadores para executar outros serviços. Conclui-se que estando os trabalhadores disponíveis e/ou cedidos, esses ficam sob ordens da tomadora de serviço, havendo inclusive cláusula para que a contratada instruísse seus empregados para acatarem as ordens do contratante.

Conforme demonstrado através dos contratos de prestação serviço, sob a modalidade de cessão de mão de obra, verifica-se que a recorrente desenvolve uma atividade vedada nos termos da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, não havendo reparos à decisão recorrida.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias

Documento nato-digital