



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10920.001841/2003-67
Recurso nº 339.086 Voluntário
Acórdão nº 1802-00.482 – 2ª Turma Especial
Sessão de 18 de maio de 2010
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente FLORESVILLE JARDINAGEM LTDA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ CURITIBA/PR

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

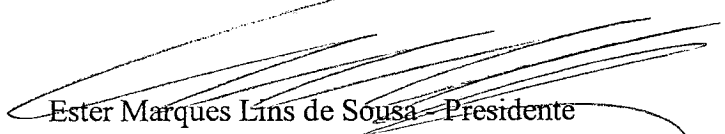
Ano-calendário: 2002

SIMPLES. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. VEDAÇÃO.

A pessoa jurídica que exerce atividades que envolvem locação de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra não podem optar pelo Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


Ester Marques Lins de Sousa - Presidente


Nelso Kichel - Relator

EDITADO EM: 08 JUL 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Gilberto Baptista (Suplente Convocado), Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e João Francisco Bianco (Vice Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ/Curitiba/PR de fls. 609/614, de 26/04/2007, que indeferiu a solicitação de revisão da exclusão do SIMPLES, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos (fl. 609):

(...)

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. VEDAÇÃO.

A pessoa jurídica que exerce atividades que envolvem locação de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra não podem optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida.

(...)

Quanto aos fatos, e atos praticados nos autos do processo, reproduzo o relatório, parte integrante da decisão recorrida (fls. 610/611):

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo Nº 108, de 27/06/2003, de emissão do Delegado da Receita Federal em Joinville – SC, tendo por fundamentação o Parecer DRF/JOI/Sacat nº 12, de 27/06/2003, de fls. 566/567, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/01/2002, informando como causa, o exercício de atividade econômica vedada, em afronta ao disposto na alínea “f” do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A ação que culminou com a exclusão da contribuinte ao Simples teve origem em Representação Administrativa do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), por meio de sua gerência executiva em Joinville-SC. A referida representação foi instruída com os documentos de fls. 01 a 555.

Cientificada do ato de exclusão, a reclamante apresentou manifestação de inconformidade de fls. 569/582, (...)

Adentrando nos fatos que originaram sua exclusão ao benefício, diz que não se enquadra na hipótese mencionada no ato declaratório, conforme pode ser constatado no objeto social desenvolvido, (...). Invoca que o art. 9º da Lei nº 9.317 tem caráter descritivo e, por essa razão, comporta interpretação literal.



Sustenta que os documentos apresentados pelo INSS estão sendo questionados e que acatá-los como parâmetro para o apenar com a exclusão do Simples é incorrer em ato frágil (...).

Afirma que não procede a tentativa do INSS de tentar imputar-lhe a atividade de locação de mão-de-obra, pois os funcionários que exercem a atividade fim da recorrente não permanecem de forma continuada, em horário definido à mesma empresa. As turmas são destinadas às empresas conforme as tarefas a serem executadas, levando em conta a especialidade de cada um. Outro ponto rebatido diz respeito à limpeza, que o fiscal do INSS fez questão de enfatizar em seu relatório. Rebate tal excesso, argumentando que “por óbvio que há limpeza de galpão, carpet, pátio, etc, pois são atividades inerentes ao ajardinamento e à conservação de vasos e plantas que se encontram no interior dos prédios”. Sustenta que a tal limpeza, resume-se à retirada da terra, galhos e folhas, grama cortada, água, enfim, resíduos da atividade fim. Questiona, por fim, onde estão as provas cabais a que alude o fiscal (...)

Informa ter efetuado, em duas ocasiões distintas, consulta de sua opção e permanência no Simples, sendo que ambas lhe foram favoráveis. Outra vez, defende que sua atividade não é locação de mão-de-obra.

Por fim, diz que a Lei nº 9.317, de 1996, violou os princípios da capacidade contributiva e da igualdade, além de afrontar os princípios da legalidade estrita e da isonomia tributária. Conclui pedindo que seja declarado nulo o ato de exclusão.

(...)

A recorrente tomou ciência da decisão da DRJ/Curitiba em 11/05/2007 (fl.616); apresentou Recurso Voluntário em 06/06/2007 de fls. 137/145, juntando, ainda, os documentos de fls. 617/628.

Constam, em síntese, das razões dos Recurso Voluntário:

- que a empresa foi excluída do SIMPLES, tendo como causa o exercício de atividade econômica vedada, notadamente a descrita no artigo 9º, inciso XII, alínea “F” da Lei nº 9.317/96;

- que, irressignada, interpôs manifestação de inconformidade perante a competente DRJ/Curitiba, cujo resultado do julgamento – Acórdão nº 06-14.057 – 2ª Turma – de 26/04/2007 – foi pela manutenção da exclusão da recorrente do SIMPLES;

- que referida decisão deve ser totalmente reformada, eis que não restou demonstrado que a recorrente presta serviço de cessão/locação de mão-de-obra;

- que a questão precípua a ser analisada, nos presentes autos, cinge-se, única e exclusivamente, quanto à atividade da recorrente. Vale dizer: se efetivamente existe uma cessão/locação de mão-de-obra, ou não;

- que, no mérito, não consta dos autos prova que pudessem caracterizar a cessão/locação de mão-de-obra;

- que a recorrente tem como atividade principal a prestação de serviços de jardinagem, e como atividades secundárias o comércio atacadista de plantas e flores, comércio de produtos de limpeza, serviços de limpeza e serviços de transporte rodoviários de resíduos, como se infere de seu Contrato Social;

- que houve por parte dos julgadores interpretação errônea do que vem a ser uma cessão ou locação de mão-de-obra (atividade vedada no art. 9º, XII, “f” da Lei nº 9.317/96) e prestação de serviços com cessão de mão-de-obra (atividade não vedada pela Lei nº 9.317/96);

- que se torna necessário diferenciar essas atividades, *in verbis* (fl. 621):

(...)

De início, cabe diferenciá-las diante de sua incontestada diferença. Na prestação de serviços com cessão de mão-de-obra há uma locação de serviços com disponibilização de mão-de-obra, não havendo obrigação da empresa contratada, como in casu a Recorrente, de fornecer determinado trabalhador (es), mas apenas de fornecer colaboradores para o desempenho do serviço contratado, e, assim, não existe pessoalidade dos trabalhadores cedidos, como no presente caso, não havendo, portanto, nenhum impedimento à opção e manutenção da empresa recorrente no SIMPLES.

Realmente, compulsando os contratos juntados aos autos depreende-se, sem que seja necessário grande esforço intelectual, que a Recorrente não trabalha com exclusividade para as empresas às quais presta seus serviços, não colocando funcionários à disposição de seus contratantes, tampouco prestando serviços contínuos. Os serviços que a empresa Recorrente presta eventualmente são executados nas dependências de seus clientes porque visam justamente manter jardins que se encontram nestas empresas (...)

Aliás, ainda na trilha destes argumentos, sobreleva ressaltar, por oportuno, que o conceito de locação de mão-de-obra adotado pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/CTA é genérico e absolutamente impreciso, vez que condiciona tal atividade à colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou na de terceiros, de segurados que realizam serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade da empresa, pouco importando que seja cessão de mão-de-obra ou locação de mão-de-obra.

Insistimos em frisar os empregados da empresa Recorrente não são locados ou colocados no ambiente ou estabelecimento de seus clientes, mas nele ingressam com o simples objetivo de realizarem sua atividade. (...)

Em outras palavras, não há subordinação jurídica dos funcionários de serviços da Recorrente para com a empresa contratante, haja vista que a direção de todas as tarefas é dada pela empresa Recorrente, e não pela empresa contratante dos

serviços. Portanto, denota-se, de forma inequívoca, a existência de apenas e tão somente de uma prestação de serviços na sede das empresas contratantes, tendo em vista a inexistência de subordinação entre os funcionários da empresa Recorrente e suas clientes.

Assim, o deslocamento dos empregados da empresa Recorrente não implica, de forma alguma, que está os ... "lotando" no estabelecimento de seus clientes, isto porque durante a duração deste contrato estes funcionários podem prestar estes mesmos serviços em outro cliente, realizando suas tarefas em diversas empresas, ou mesmo prestando serviços diversos à outras empresas, ou no mesmo dia prestá-los a 2 (duas) empresas diversas.

(...)

De outro norte, tem-se igualmente que a empresa Recorrente não preenche o requisito da continuidade na prestação de seus serviços por seus colaboradores, haja vista que, tendo em vista a diversidade destes, eis que não há exclusividade por parte dos mesmos no atendimento a este ou àquele cliente (...)

Ainda nesta linha de argumentos, tais trabalhadores não tem remuneração fixa mensal, o que definiria o contrato de cessão de mão-de-obra. Pelo contrário, a empresa Recorrente fatura sobre os serviços avulsos realizados naquele mês, e não pela mesma tarefa, todo o mês.

À derradeira, analisando os contratos de prestação de serviços anexados aos autos, percebe-se que a empresa Recorrente além dos funcionários que realizam seus serviços, oferta aos seus clientes a utilização de máquinas e implementos para o desempenho das atividades laborais de seus empregados, o que afasta, igualmente, a existência de locação de mão-de-obra.

(...)

Posto isso, por qualquer ângulo que se olhe a questão, tem-se que os elementos acima indicados denotam, de forma inequívoca, a inexistência de locação de mão-de-obra.

A recorrente, ainda, invocou em defesa de sua tese "da não configuração da prática de locação de mão-de-obra" precedentes da jurisprudência administrativa dos antigos 2º e 3º Conselhos de Contribuintes, particularmente os Acórdãos nºs 202-12495, 202-13376, 301-33542 e 302-38050.

Pediu que a exclusão da empresa não se dê de forma retroativa como pretendido pelo ADE nº 108, de 27/06/2003, invocando o art. 4º do próprio ADE, o art. 150, III, da CF e art. 146 do CTN; que fazer com que os atos declaratórios de exclusão alcancem momento anterior à decisão definitiva constitui manifesta afronta ao princípios e prerrogativas constitucionais.

Por fim, a recorrente pediu que se dê total provimento ao recurso; que, não sendo esse o entendimento, os efeitos do ato declaratório sejam prospectivos, ou seja, que só

gerem efeitos a partir do término do presente processo administrativo em homenagem a todos os princípios constitucionais.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'L' shape with a vertical line extending upwards and a horizontal line extending to the right, followed by a small loop and a final downward stroke.

Voto

Conselheiro NELSO KICHEL, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

O ponto controvertido – na presente lide – é saber se o serviço prestado pela recorrente configura, ou não, locação/cessão de mão-de-obra.

DOS FATOS E ELEMENTOS PROBATÓRIOS

A recorrente, mediante Ato Declaratório Executivo Nº 108, de 27/06/2003, de emissão do Delegado da Receita Federal em Joinville – SC, tendo por fundamentação o Parecer DRF/JOI/Sacat nº 12, de 27/06/2003, de fls. 566/567, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2002, informando como causa, o exercício de atividade econômica vedada, em afronta ao disposto na alínea “f” do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Dispõe o art. 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

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

(...)

XII – que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

De modo que, no caso, para a solução da lide, torna-se necessário enfrentar a questão se a recorrente, no ano-calendário 2002, praticou, ou não, a terceirização de mão-de-obra, ou seja, se praticou a cessão/locação de mão-de-obra.

Compulsando os autos, consta-se – de plano - farto material probatório que desmente, por completo, a versão da recorrente de que não teria praticado terceirização de mão-de-obra ou locação de mão-de-obra, no ano-calendário 2002.

Nesse sentido, no volume I dos autos, consta a Representação Administrativa do INSS de 09/06/2003, informando a Receita Federal do Brasil de que a recorrente, no ano-calendário 2002, efetuou locação de mão-de-obra (fls. 01/08), juntado, ainda, elementos de prova nos anexos I, II e III (fls. 09/560).

As provas foram colhidas durante o procedimento de fiscalização das contribuições previdenciárias pelo INSS.

A propósito, consta do relatório da Representação Administrativa do INSS, entregue à RFB (fls. 05/06):

(...)

V – Da Opção pelo SIMPLES:

*A Empresa fez opção pelo SIMPLES a partir do ano de 2002. Ocorre que, afora os crimes cometidos contra a ordem tributária comprovadamente demonstrado nesta Representação, verifica-se que a mesma, em tese, não poderia optar por este sistema de pagamento de impostos e contribuições. A Empresa Presta Serviço de Ajardinamento, Limpeza e Transporte de Resíduos. Para algumas das Tomadoras de Serviço, principalmente as que absorvem maior quantidade de mão de obra, a mesma mantém pessoal trabalhando de forma exclusiva, tanto é que elabora Folhas de Pagamento – **FPs** e Ficha de Registro de Empregados – **FREs** onde o Empregado aparece destinado a cumprir jornada de trabalho em determinada Tomadora de Serviço.*

*Nas Notas fiscais de Serviço – **NFs**, emitidas e apresentadas pela Empresa, além dos serviços de execução e manutenção de jardins, aparecem discriminadas, em grande quantidade, serviços relativo a limpeza, inclusive limpeza de galpão, higienização, carpet, pátio, etc. Existem até **NFs** emitidas que se referem a horas extras.*

Ou seja, os Empregados alocados nas Tomadoras de Serviço, estão a disposição das mesmas para realizarem os respectivos serviços contratados junto a Floresville.

*Segue anexo, junto a esta Representação, cópias de algumas **FPs** emitidas e apresentadas pela empresa, mês 02, 04 e 12/2002. Está também anexada planilha onde estão transcritas as **NFs** acima mencionadas, Planilha **NFSS**.*

(...)

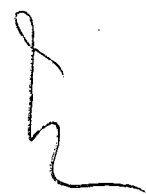
Com base nessa Representação Administrativa do INSS, instruída do farto material probatório já mencionado, a Receita Federal do Brasil, após análise detida dessas provas, e com base no Parecer DRF/JLLE/Sacat nº 12/2003, de 27/06/2003, expediu o Ato Declaratório Executivo – ADE de exclusão da recorrente do SIMPLES, em 27/06/2003, com efeito a partir de 01/01/2002 (fls. 566/568).

A propósito, convém transcrever, no que interessa, o teor desses atos.

Consta do Parecer DRF/JLLE/Sacat nº 12/2003, que serviu de base para emissão do ADE:

(...)

5. A esse respeito à referida empresa efetuou duas consultas (cópia juntada ao processo), em síntese a conclusão da consulta menciona que inexistente óbice ao comércio varejista de plantas e à atividade de jardinagem, desde que os serviços sejam prestados



por conta própria, sem que fique caracterizada a locação de mão-de-obra.

6. No entanto, a empresa vem prestando serviço de forma continuada com horário de trabalho definido à mesma empresa ver relação fls. 538 a 545, elabora folha de pagamento por centro de custo (tomadora de serviço), relacionando os funcionários disponíveis em cada empresa fls. 467 a 537. Também efetua seleção com local de trabalho definido fl. 312.

Está, portanto, caracterizada a atividade da empresa, de prestação de serviços de com cessão de mão-de-obra, enquadra-se dentre aquelas que vedam as empresas de optarem pelo Simples.

(...)

Já, do Ato Declaratório Executivo consta:

Art. 1º A exclusão da empresa FLORESVILLE JARDINAGEM LTDA, CNPJ nº 82.968.843/0001-40, do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de pequeno Porte – SIMPLES - como atividade de prestação de serviços com cessão de mão-de-obra, vedada pela sistemática do Simples, conforme o disposto na alínea “f”, inciso XII, do art. 9º da Lei 9.317/96, na redação dada pela Lei nº 9.732/98, e demais informações contidas no processo administrativo (...)

Art. 2º. A exclusão surtirá efeito a partir de 1º de janeiro de 2002, conforme disposto no art. 24, inc. II do parágrafo único, da IN SRF 250, de 26/11/2002.

(...)

As planilhas de fls. 542/549 demonstram e confirmam que houve a emissão de aproximadamente 400 (quatrocentas) notas fiscais no ano-calendário 2002, e apenas em torno de 20 (vinte) notas fiscais referem-se a serviços de jardinagem. As demais notas fiscais emitidas pela recorrente correspondem a prestação de serviços, transporte de resíduos, serviços de higienização, e de limpeza.

Nas folhas de pagamento de fls. 516/540, consta, em relação a cada funcionário, a função que exerce. Entre as diversas atividades descritas, constam serviços que não possuem correlação com o serviço de jardinagem. Por exemplo, na fl. 518, consta funcionária com função de secretária, disponibilizada para a empresa AMANCO – Brasil. Os outros estão classificados como auxiliar de serviços gerais e auxiliar de limpeza, em sua maioria. Pontualmente, encontram-se auxiliares de jardinagem e jardineiros.

Assim, as planilhas de notas fiscais (fls. 542/549), bem como as folhas de pagamento, por “centro de custo”, identificando o tomador dos serviços, não deixam dúvida da existência, de fato, de locação de mão-de-obra.

LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA



Quanto à vedação de opção pelo SIMPLES para empresas que se dedicam a locação de mão-de-obra, empreitada exclusivamente de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra, o Parecer nº 69/99 da COSIT abordou a matéria, nos seguintes termos:

(...)

3. Em se tratando de locação de mão-de-obra, pressupõe que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outem a atividade laborativa em virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas.

4. A locação de mão-de-obra pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado.

Na locação de mão de obra, também definida, como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, a locadora avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

(...)

Ainda, quanto à locação de mão-de-obra, Valentim Carrion assim leciona:

Na locação de mão-de-obra e na falsa subempreitada, quem angaria trabalhadores, os coloca simplesmente (ou quase) à disposição de um empresário, de quem recebem as ordens e com quem se relacionam constante e diretamente, inserindo-se no meio empresarial do tomador de serviço, muito mais no que do de quem o contratou e o remunera; o locador é apenas um intermediário que se intromete entre ambos, comprometendo o relacionamento direto entre empregado e seu patrão natural; em seu grau extremo, quando, sem mais, apenas avilta o salário do trabalhador e lucra o intermediário (in Consolidação das Leis do Trabalho, 19ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p. 292).

Na locação de mão-de-obra, os empregados são colocados a serviço da locatária, pessoa jurídica, em local por essa determinado (IN SRF nº 34/89).

Na locação de mão-de-obra é a locatária que administra os serviços realizados pelos empregados da locadora, isto é, a locatária detém o comando, determinando as tarefas, fiscalizando a execução dos trabalhos, enfim, controlando o andamento dos serviços desempenhados pelos empregados colocados à sua disposição (Parecer COSIT nº 1.236/89).

Ainda, dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 9.711/98 (art. 23), *verbis*:

Art. 31. (...)

§ 3º. *Para 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.*

§ 4º. *Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:*

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II – vigilância e segurança;

III – empreitada de mão-de-obra;

IV- contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974.

Destarte, os conceitos de locação de mão-de-obra e cessão de mão-de-obra são similares ou equivalentes, fato que implica vedação dessa atividade de opção pelo SIMPLES.

EMPREITADA DE MÃO DE OBRA

Algumas empresas, por outro lado, trabalham através do contrato de empreitada, que tem por objeto a produção de um resultado a ser promovido pelo contratado. Ao contrário da locação de mão-de-obra, nesta espécie de contrato o locador se responsabiliza pelo resultado final, arcando com seus custos e riscos.

As diferentes espécie de contrato de empreitada estão previstos na Lei Civil – Lei nº 10.406/02 (art. 610/623).

É admissível a existência das seguintes espécies de empreitada: de material e mão –de-obra; exclusivamente de mão-de-obra (lavor) e por administração. Sua principal característica é o trabalho autônomo, possuindo utilização corrente na consttuição civil e no meio rural. A distinção entre os diferentes tipos de empreitadas far-se-á pela natureza da prestação de trabalho. Fundamental para caracterizar-se a empreitada é que o empreiteiro assuma o risco de realizar a obra contratada, por sí ou seus prepostos, segundo as especificações estabelecidas de tempo e preço.

O empreiteiro é responsável pela organização dos meios necessários e a gestão do próprio risco, além da obrigação de executar a obra ou o serviço para o qual foi contratado.

Como regra geral, todos os contratos de empreitada pressupõem a assunção, por parte do contratado, do ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento do bem objeto da contratação.

A diferenciação básica existente entre empreitada e a locação de mão-de-obra, portanto, é obtida pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o que é ajustado limita-

se ao fornecimento da mão-de-obra, sob controle e supervisão do locatário, temos a locação de mão-de-obra.

Se o que é ajustado restringe-se à apresentação de um resultado, defrontamos com a empreitada.

No caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra, o resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra.

Por conseguinte, dedicando-se a empresa à execução de empreitada exclusivamente de mão-de-obra não poderá optar pelo SIMPLES

A distinção entre locação de serviço de mão-de-obra e empreitada de obra foi muito bem resumida por Sílvia Rodrigues:

Na locação de serviços o objeto do contrato é apenas a atividade do locador. Este tem que prestar o serviço físico ou intelectual determinado, sob orientação do locatário sendo irrelevante que a final alcance, ou não, a execução da obra. Sua remuneração é proporcional ao tempo que dedicou ao trabalho, independente do sucesso do empreendimento.

Na empreitada, ao contrário, o objeto da prestação não é o esforço ou a atividade do locador, mas a obra em si. De modo que a remuneração do empreiteiro continua a mesma, quer a execução da obra ocupe mais ou menos tempo, e só será devida se o empreendimento prometido for alcançado.

Nota-se que que uma linha muito tênue separando ambas as modalidades contratuais.

Outro aspecto relevante diz respeito à forma de remuneração.

Na locação de mão-de-obra a remuneração baseia-se nas horas-homem trabalhadas, isto é, em razão do tempo que o empregado permanece à disposição do locador, enquanto na empreitada de obra a forma de remuneração baseia-se na produção.

À vista do exposto, conclui-se que a empresa que atua através de contratos de realização de tarefa, assumindo os riscos da obra, recebendo tão-somente orientação da contratante, e cuja remuneração se dê em função da tarefa cumprida e não do tempo empregado na sua realização, não é considerada locadora de mão-de-obra.

Contudo, a empresa que apenas disponibiliza empregados para o desenvolvimento da tarefa pretendida pelo contratante, ficando este com a responsabilidade pelo empreendimento e os riscos na sua realização, sendo a remuneração ajustada pelo tempo e o número de empregados que permaneceu à disposição do tomador do serviço, deve ser caracterizada como locação de mão-de-obra e tem impedimento para ingresso no SIMPLES em função de sua atividade.

Com base no exposto, estão impedidos de optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que:

- tem como atividade a locação de mão-de-obra;

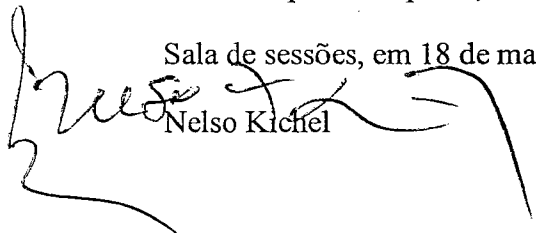
- firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;

- contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra; estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção cível, independentemente de fornecimento de material (Lei nº 9.528/97, art. 4º).

Portanto, infere-se que os serviços desenvolvidos pela recorrente caracterizam cessão de mão-de-obra, e assim a atividade da empresa é incompatível com a legislação de regência do SIMPLES, para efeito opção e permanência nesse regime de tributação favorecida e simplificada.

Por tudo que foi exposto, voto para NEGAR provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 18 de maio de 2010.



Nelson Kichel